

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2014 – Numero 3

Saggi

- Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa, di Giuseppe Vettori.. p. 101
- La rilevanza d'ufficio della nullità e la mancanza degli elementi costitutivi del contratto, di Giancarlo Filanti p. 107
- I profili successivi della riforma sulla filiazione, di Giovanni Passagnoli p. 113
- Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell'art. 6, par. 1, CEDU, di Simona Caporusso p. 118

Materiali e commenti

- I danni da malattia congenita non diagnosticata, di Antonio Gorgoni p. 143

Attualità

- L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza n° 238/2014 della Corte Costituzionale, di Daniele Imbruglia p. 163

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 Cappallo; Sebastiano Ciccarello; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zucchio.

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 2239-8370

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: Simona Caporusso; Giancarlo Filanti; Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Giovanni Passagnoli; Giuseppe Vettori.

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

Saggi

cessivamente, con riferimento a diritti e libertà stabilite a livello sovranazionale⁸³. Oggi, invece, è sempre più diffusa la consapevolezza che l'effettività sia una caratteristica che, sotto forma di diritto dell'individuo ("diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela"⁸⁴), accompagna ogni momento dell'attività giurisdizionale e non più solo quello relativo alla tutela delle libertà convenzionali (art. 13 Cedu) o dei diritti euromunitari (art. 19, co. I, TUE)⁸⁵. Per altro verso, l'interesse della sentenza 238/2014 risiede, oltre che nel ribadire l'inscindibilità del momento della "verifica giurisdizionale" rispetto al diritto sostanziale, nella conferma dell'articolo 24 Cost. come disposizione che impone all'interprete la "ricerca inesaurita di rimedi capaci di eliminare, sino ad un ideale grado zero, la lesione del bene protetto, fin dove sia possibile farlo"⁸⁶.

e di A. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, 1938.

⁸³ Si pensi all'art. 13, Cedu che riconosce a ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti dalla Convenzione siano stati violati il "right to an effective remedy before a national authority" così da assicurare una via interna per la protezione dei diritti e delle libertà convenzionali (in argomento, si veda R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso effettivo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 2, p. 279 e, tra la giurisprudenza di Strasburgo, la decisione *Kudla vs Poland*, 26.10.2000, §152).

⁸⁴ Corte di Cassazione III Sez. Civ., 17.09.2013, n° 21255 (disponibile in <http://www.itagliare.giustizia.it>).

⁸⁵ Per un'indagine sull'evoluzione nel senso indicato nel testo del diritto d'azione tra la giurisprudenza sulla Cedu, ossia del sistema dove più è "radicato" il profilo dell'effettività della tutela (R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. Dir.*, 2007, 3, p. 277), si veda l'importante contributo di N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *ib.* *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 221, il quale conclude affermando che "[i]n una moderna visione del diritto d'azione, il diritto al giudice e al giudizio devono trovare il loro necessario complemento nel diritto ad un rimedio effettivo sul piano cognitorio come esecutivo" (ivi, p. 265).

⁸⁶ L'espressione si legge in I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 299. Si tenga a mente che la decimazione delle tutele civilistiche (contrattuali e extraccontrattuali) in riferimento al dettato dell'art. 24 Cost. e segnatamente al profilo dell'effettività della verifica giurisdizionale, non è una questione la cui rilevanza viene colta solo dalla dottrina italiana. *Muatis mutandis*, di un nesso tra "right to an effective remedy" e "law of remedies in private law" si discorre anche a livello europeo. Sul punto si vedano, in generale, il contributo di C. MAK, *Rights and Remedies: Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H. Mieslitz (ed.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, p. 236, e, con specifico riferimento alla possibilità una "interpretation of the MFJD I in the light of the right to an effective remedy", quello di O.O. CHEREDNYCHENKO, *Fun-*

Questa "ricerca" porta a escludere la costituzionalità di quelle discipline rimediali i cui limiti non trovano una "giustificazione nel limite dell'impossibilità naturale o dalla necessità di un bilanciamento di valori"⁸⁷ e muove secondo dinamiche diverse. Quando la "ricerca" impegna il giudice comune, essa si traduce nell'impiego dell'effettività della tutela quale principio ermeneutico "atto ad intervenire sull'assetto dei mezzi di tutela giurisdizionale". Si pensi alla sentenza n° 21255/2013 della Cassazione, in cui l'effettività della tutela è stata utilizzata per escludere quell'interpretazione dell'assetto delle tutele per la quale, escludendo che l'obbligo al risarcimento del danno ingiusto debba essere considerato subordinato alla preventiva impugnazione dell'atto lesivo, anche qualora quest'ultima non sia più esperibile, "non produce alcun effetto utile per la conservazione o la affermazione del diritto di cui si è titolari"⁸⁸. Quando, invece, il ricorso al principio di effettività della tutela giurisdizionale è impiegato dalla Consulta come nella sentenza in commento, esso serve per collocare fuori dal nostro ordinamento quella regola che, scindendo il collegamento tra la posizione sostanziale e la possibilità di agire in giudizio, esclude, *in law as well as in practice*, il riconoscimento del mezzo di tutela adeguato.

damental Rights, European Private Law, and Financial Services, in *ibid.*, p. 170.

⁸⁷ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 294 e, nello stesso senso, A. DI MAIO, *Tutela (dir. priv.)*, cit., p. 372. Per questo illustre studioso, dalla giurisprudenza costituzionale (in particolare, dalla decisiva sentenza 14.07.1986 n° 186, in www.cortecostituzionale.it), si trarrebbe l'indicazione di metodo per cui "una volta individuato un diritto meritevole di tutela (come il diritto alla salute, ex art. 32 cost.), sorge l'esigenza di rinvenire nell'ordinamento un mezzo di tutela adeguato, pena l'illegittimità costituzionale di norme o disposizioni che tale tutela non somministrino o somministrino in forma insufficiente (ad esempio, l'art. 2059)".

⁸⁸ Il passaggio citato si legge in Corte Cost. sent. 21.02.09.03.1992 n° 89 in www.cortecostituzionale.it.



sdizione⁸¹, la Corte ha rimesso gli atti al giudice remittente. Davanti al Tribunale di Firenze, si accerterà la responsabilità civile per i crimini nazisti imputabile allo Stato straniero convenuto secondo le regole interne previste dal codice civile, senza che la disciplina internazionale possa (più) rilevare nel corso del giudizio.

5. Conclusioni.

Dunque, mentre sul piano del contenuto la responsabilità internazionale e quella aquiliana impongono allo Stato autore di *delicta imperii* un medesimo obbligo risarcitorio in favore dell'individuo/vittima, l'ambito di applicazione di questo dovere varia tra disciplina interna e disciplina internazionale con riferimento all'ipotesi in cui la responsabilità da accertare per la violazione dei diritti fondamentali sia quella di uno Stato straniero. In un ordinamento, come quello repubblicano, "contadistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo" e dall'inscindibilità della verifica giurisdizionale con cui garantisce la tutela effettiva di quei diritti e quelle libertà, nulla può giustificare l'assenza di rimedi e la proposizione dell'azione di risarcimento del danno ingiusto non può mai essere legittimamente esclusa per le violazioni di quei diritti inviolabili.

A tale fine, la (forma riparatoria della) tutela giurisdizionale dei diritti umani violati dai *delicta imperii* commessi da uno Stato straniero seguirà la disciplina interna della responsabilità civile e non quella di diritto internazionale generale. Pertanto, davanti al giudice civile italiano è possibile l'accertamento della responsabilità aquiliana di una qualunque lesione dei diritti individuali dell'uomo, prevista dall'art. 2043 c.c., e riconosciuta quale che sia il soggetto responsabile, senza che possa spiegarla l'efficacia normativa l'esclusione della responsabilità per lo Stato straniero propria della norma di diritto internazionale generale.

⁸¹ Con riferimento al quesito di legittimità costituzionale, relativo all'obbligo (ex art. 3, L. 5/2013) per il giudice comune di non procedere con l'accertamento della responsabilità civile dello Stato straniero per la violazione dei diritti fondamentali, la Consulta ne ha dichiarato l'incostituzionalità, ribadendo come "il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili, sancito dalla combinazione degli art. 2 e 24 della Costituzione repubblicana, riconoscendo l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, non può giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l'esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero, quale deve ritenersi in particolare quello espresso attraverso atti ritenuti crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona".

Chi scrive non ha gli strumenti per dire se - come accaduto per la giurisprudenza italo-belga degli anni venti del secolo scorso - la sentenza avrà l'effetto di (iniziare a) modificare la disciplina internazionale sull'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero, stavolta restringendo il ricorso di questo privilegio alle sole ipotesi di atti rientranti nell'esercizio della sua potestà e che non comportano, al contempo, una violazione di diritti fondamentali verso la quale nessun rimedio è altrimenti concesso all'individuo/vittima, o se, invece, quella disciplina confermerà la propria predilezione per le esigenze degli Stati in spregio a quelle di rispetto dei diritti umani e continuerà a risolvere la questione della loro violazione applicando le regole di diritto internazionale comune sulla sovranità.

Qui, piuttosto, appare opportuno soffermarsi sui riflessi interni della pronuncia che afferma la piena giurisdizione del giudice italiano rispetto alle domande risarcitorie con cui, ex art. 2043 c.c., le vittime dei crimini nazisti hanno inteso difendere i propri diritti fondamentali. A ben vedere, il percorso seguito dalla dottrina più accreditata, dal Tribunale di Firenze e dalla Consulta con la sentenza dello scorso 22 ottobre, testimonia la piena centralità che nell'art. 24 Cost. - non a caso recentemente definito come "regola cardine dell'ordinamento costituzionale" - riveste la dimensione di effettività della tutela. Il mancato ingresso della disciplina di diritto internazionale generale in materia di immunità dello Stato straniero è giustificato, infatti, dalla circostanza per cui quella norma determina la privazione dell'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.

L'impiego dell'effettività della tutela giurisdizionale per definire il perimetro costituzionale ha vari significati. Per un verso, esso conferma l'evoluzione stessa dell'effettività nella nostra esperienza giuridica. Fino a qualche tempo fa, con questa formula si faceva riferimento alla prestazione giurisdizionale dovuta dallo Stato con riguardo, dapprima, alla tutela dei cittadini stranieri⁸² e, suc-

⁸² Più precisamente, con riferimento alla disciplina della protezione dello straniero, si discorre di effettività del rimedio ritornado all'aspetto processuale del c.d. "trattamento minimo" che ciascuno Stato si impegna a riconoscere al cittadino straniero che opera sul proprio territorio e che, per l'appunto, si traduce nell'obbligo di "offrire idonee garanzie di imparzialità e di buon funzionamento, affinché gli stranieri possano ottenere un accertamento delle loro pretese ed un rimedio effettivo qualora la violazione lamentata sia stata ritenuta sussistente" (M. IOVANE, *La riparazione nella teoria*, cit. p. 238). In generale, sull'argomento si rinvia alle trattazioni contenute nei principali manuali (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit. e N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2013⁴, p. 357) e, tra le monografie, ai classici lavori di E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1923

CONTROLLO GIUDIZIALE DEL CONTRATTO ED EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE. UNA PREMessa

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. L'individuazione di un diritto costituzionale ad un rimedio effettivo. - 2. Principio di effettività e tutele sostanziali. - 3. Contratto e processo giusto.

1. L'individuazione di un diritto costituzionale ad un rimedio effettivo.

L'esistenza, i contenuti e l'evoluzione del principio di effettività sono stati esaminati, con estremo rigore e chiarezza¹ dalla dottrina sul processo mentre il tema non ha avuto altrettanta attenzione negli studi di diritto sostanziale. La prassi giudiziaria ha evocato più volte il tema. In modi diversi.

Una recente ordinanza della Corte costituzionale ha potenziato il ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto. Si riconosce al giudice "a fronte di una *clausola negoziale che rifletta un regolamento non equo e gravemente sbilanciato*, il potere di intervenire d'ufficio dichiarando "la nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ. della *clausola, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. che entra direttamente nel contratto*"².

¹ V. in particolare N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1172 e ss.; *Id.*, *Dal "Giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2007, p. 35 ss. ora in *Id.*, *La formazione del processo civile europeo...*, Torino, 2011.
² Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248 e 22 aprile 2014, n. 77. Si ribadisce il potere della norma costituzionale di funzionalizzare "il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse

Il testo richiama le sentenze della Cassazione, sulla riducibilità di ufficio della penale e sull'abuso del diritto, ed è un monito preciso per il giudice al diretto utilizzo dei principi e all'uso di un'interpretazione adeguatrice che deve essere, come si è osservato, presa finalmente sul serio³.

Sicché non sarà più sufficiente utilizzare fra di quelle più vicina al testo costituzionale, ma è proprio questo che sarà attuato nel caso concreto quando le norme di settore non formino una tutela adeguata. La svolta è netta ed è preparata dalla dottrina.

Oltre dieci anni fa si erano posti in luce i tratti di una diffusione della normatività come preludio all'avanzare del diritto per principi⁴. La tendenza

proprio dell'obbligato" e si ricordano alcuni precedenti Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009.

³ E. SCODITTI, *L'interpretazione adeguatrice presa sul serio: due ordinanze della Corte costituzionale sulla caparra confirmatoria*, in *Giustizia civile.com*; *Id.*, *Il diritto dei contratti fra costrizione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2036.

⁴ G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, 2003, p. 460 ss. V. anche P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed*



era tratta da una precisa evoluzione delle fonti. Il Parlamento, stante l'uso abnorme dei decreti legge e legislativi, non era già allora capace di assicurare «la stabilità dell'ordinamento». L'organizzazione amministrativa e decentrata «non serviva più solo a rendere conoscibili gli ingranaggi statali, ma allo stesso tempo (*era ed è*) anch'essa matrice di nuova legalità, proprio perché costituzionalmente impiantata per dare visibilità e forza allo Stato».

Tutto ciò è ampliato dal nuovo art. 117 della Costituzione perché «il diritto positivo... si indebolisce al suo interno, dismettendo la certezza di sé e la forza del suo precetto come espressione del dover essere». La conseguenza è chiara. «L'antico sistema delle fonti «si nebulizza» e l'interprete deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha bisogno della integrazione dei fatti e dei principi che «hanno il segno della normatività e si debbono confrontare con l'esperienza, la prassi, il gioco degli interessi». Per un motivo evidente. Sono i soli che «mettono a nudo il fondamento sociale del diritto positivo» e sotto «un certo profilo contribuiscono a legare validità ed effettività».

L'ordinanza della Corte costituzionale recepisce con forza questa consapevolezza. Si sollecita il giudice alla ricerca, nel sistema costituzionale integrato, del rimedio effettivo, oltre le conclusioni di un'interpretazione costruita sulle tradizionali categorie civilistiche e sulle norme ordinarie generali o settoriali basate sui rimedi tipici⁶. Ed è chiaro il perché. L'ingresso del parametro costituzionale nel contratto impone la ricerca di strumenti di attuazione che possono e debbono essere ricavati «con il bilanciamento dei principi costituzionali, in relazione alle circostanze del caso concreto, senza passare «necessariamente» attraverso l'interpretazione di settore»⁷.

D'altra parte una sentenza recente della Corte di Cassazione utilizza il principio di effettività, qualificato esattamente come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»⁸.

⁶ *eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

⁷ G. BERTI, *op. cit.*, pp. 462-464.

⁸ v. sul punto G. DE NOVA, *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 453 ss.

⁹ E. SCODITTI, *L'interpretazione adeguatrice presa sul serio...*, cit.

¹⁰ Cass. 27 giugno 2013, n. 12355. Su di essa si possono esaminare i diversi contributi (di P. Santoro, G. Ponzanelli, G. Impagnatello, G. Vettori, A. Palmieri, R. Parcollesi, A. Romano, G. Lener, B. Tassone, P. G. Monateri) pubblicati in *Danno e resp.*, 2014, p. 123 ss. e in *Resp. civ. prev.*, 1, 2014,

Il che significa riconoscere la «facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato», in forza di «un iterario di pensiero» indicato da precise norme. L'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea sui diritti umani e l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali. Le quali indicano non solo un diritto di «accesso al giudizio», ma «un diritto alla misurazione appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela»⁹.

Provo a trarre qualche potenzialità da queste norme e queste sentenze nel ripensare contenuto e limiti degli istituti e delle tutele sostanziali.

E' noto che la Corte costituzionale non ha mai dato un'interpretazione univoca dell'art. 24 della Costituzione e non è mai stato facile individuare «la portata concreta della copertura costituzionale, stabilendo se essa riguardi solo il diritto al «giusto processo» o «anche quello all'effettiva tutela»¹⁰ sostanziale. I punti di partenza sono due. La nozione di interesse giuridicamente protetto, nucleo primario della nozione di diritto soggettivo¹¹. Il significato dell'effettività delle tutele¹².

Iniziamo dalla prima.

La protezione di un interesse non può che aprire «tutte le vie della tutela giuridica, secondo il criterio universale dell'adeguamento degli effetti alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico»¹³. Su questo ha insistito la Cassazione nell'aprire la via alla risarcibilità degli interessi legittimi ma non solo. A questa conclusione conduce una corretta qualificazione della rilevanza giuridica e dei rimedi.

Sul primo aspetto. «Ciò che assume rilevanza per il diritto non è la situazione storica, che ha un rilievo diverso in base ai giudizi ed alle scelte che su di essa possono operarsi, ma è il fatto che risponde al criterio di individuazione definito e pensato secondo l'ordine delle valutazioni proprie del

p. 8 ss.; (G. Iudica, G. De Nova, V. Roppo, E. Giliberti, C. Scognamiglio, F. Benatti)

⁹ L'ampliamento della regola di buona fede è coerente con la responsabilità da contatto sociale riconosciuta prima come un'ipotesi affine a quella contrattuale e comunque distinta da quella extracotrattuale (Cass. 21 novembre 2011, n. 24438) e poi ricostruita in guisa di contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, caratterizzato da tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c. (Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648).

¹⁰ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 56

¹¹ A. FAZZA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 683 ss. ma anche la nota sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999.

¹² L.P. COMOCALO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 1076 ss. Citato da I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit. p. 57.

¹³ I. PAGNI, *op. cit.*, p. 59.

si collocano in conflitto con i principi costituzionali, ma, al contrario, soggiace anch'esso al «limite che segna l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale e sovranazionale», rappresentato «dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale». Per conseguenza, nelle coordinate imposte dagli articoli 2 e 24 Cost., l'immunità dello Stato straniero dalla giurisprudenza italiana copre unicamente l'esercizio tipico della potestà di governo, senza al contempo potere rilevare per quegli atti (essivi dei diritti fondamentali e rispetto ai quali la vittima è sprovvista di rimedi).

In secondo luogo, nella parte in cui esclude la verifica giurisdizionale dei diritti inviolabili, la norma internazionale si pone altresì in conflitto con la dimensione effettiva, che, come «in tutti gli ordinamenti democratici», costituisce un aspetto connotato al diritto al giudice il quale, appunto, «richiede una tutela effettiva dei diritti dei singoli»⁷⁷. Sul punto, la sentenza, dopo avere richiamato i propri precedenti più rilevanti⁷⁸, ha concluso rilevando come anche «l'insussistenza della possibilità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali mediante un giudice» renda manifesto il contrasto della norma internazionale con i citati principi costituzionali.

Indipendentemente dalla sua conformità al diritto internazionale, una simile preclusione della «ver-

⁷⁷ Tra la dottrina, una lettura della tutela giurisdizionale *ex art. 24* come qualcosa di ulteriore all'esercizio dell'azione in giudizio si riscontra in A. DI MAIO, *Tutela (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 372 e in L.P. COMOCALO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 1063. Per quest'ultimo, in particolare, la disposizione riconosce che la tutela giurisdizionale implica «la possibilità, seria ed effettiva, di ottenere dal giudice un provvedimento di tutela (cioè, in altre parole, un provvedimento di merito), il quale sia adeguato alla natura delle situazioni soggettive tutelabili, e sia omogeneo con esse, soddisfacendo pienamente il «bisogno di tutela» di chi abbia agito» (*ivi*, p. 1076).

⁷⁸ A proposito dell'effettività della tutela, la Consulta richiama la giurisprudenza euronormata sul caso *Kadi* e altre proprie recenti decisioni con cui si è affermato che, se è vero «che il legittimo godimento di ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali (giurisprudenza costante di questa Corte), è però vero che il diritto di difesa, al pari di ogni altro diritto garantito dalla Costituzione, deve essere regolato dalla legge ordinaria in modo da assicurare il carattere effettivo» (seni. 07.07.2010, n° 281, in www.cortecostituzionale.it). In aggiunta, la Corte ha richiamato la più risalente sentenza 13-21.04.1989 n° 232 in cui si affermò che «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a subitarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubita della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si vedesse rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima».

sica giurisdizionale» dei diritti fondamentali «rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato». In altri termini, l'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali rivela come «*limite massimo di utilizzabilità*» interna della disciplina internazionale sull'immunità dello Stato straniero.

In ragione del forte contrasto con l'art. 24 — diritto al giudice e diritto a una tutela effettiva — e con l'art. 2 — inviolabilità dei diritti fondamentali — la Corte ha così statuito che «la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto». Per conseguenza, non operando nel diritto interno la preclusione della giurisdizione sui diritti fondamentali previsti dalla disciplina dell'immunità di diritto internazionale, «questi risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva», così che non sussiste la questione della legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze⁷⁹.

Escluso l'ingresso della norma internazionale generale sull'immunità dello Stato straniero rispetto alle ipotesi di responsabilità aquiliana per i c.d. *delicta imperii* e, altresì, espunte dall'ordinamento interno le norme che, in conflitto con il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti fondamentali, impongono al giudice civile di dare esecuzione alla sentenza CIG⁸⁰ e di declinare la propria giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva» (Corte Cost., sent. 238/2014, *cit.*).

⁷⁹ «La questione prospettata dal giudice rimette con riguardo alla norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.», della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati è, dunque, non fondata, considerato che la norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell'art. 10, primo comma, Cost. non comprende l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva» (Corte Cost., sent. 238/2014, *cit.*).

⁸⁰ In virtù di questa estraneità della disciplina di diritto internazionale sull'immunità rispetto ai principi del nostro ordinamento, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione che impone a ciascun membro delle Nazioni Unite di conformarsi a una decisione della CIG di cui lo stesso sia parte (art. 1, 848/1957). Anche tale enunciato normativo si è rivelato essere in contrasto con la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, rispetto alla quale «non può opporre resistenza la norma denunciata (l'art. 1 della legge di adattamento), limitatamente alla parte in cui vincola lo Stato italiano, e per esso il giudice, a conformarsi alla sentenza del 3 febbraio 2012 della CIG, che lo costringe a negare la propria giurisdizione in ordine alle azioni di risarcimento danni per crimini contro l'umanità, in palese violazione del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali».



suetudini formati prima dell'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica⁷⁴.

Dopo avere altresì chiarito che il verificarsi di un conflitto tra la norma internazionale da inserire ex art. 10 Cost. e uno di quegli "elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale" ⁷⁵ comporta che la "la norma internazionale, per la

⁷⁴ Nella propria difesa, l'Avvocatura dello Stato aveva sostenuto l'irrinunciabilità della questione in parola, riprendendo l'indirizzo (supra, nt. 62) per cui il giudizio di legittimità costituzionale sarebbe precluso con riferimento a consuetudini internazionali sorte prima della Costituzione. La Consulta è stata netta nel respingere una simile tesi e, con parole che si vorrebbero definitive, ha negato in radice la fondatezza dell'orientamento che poggia sulla sentenza n. 48/1979, cit. Sul punto, nella sentenza 238/2014, cit., si legge che "[i]nvero, nell'occasione evocata dall'Avvocatura, questa Corte valutò precisamente la legittimità costituzionale della norma consuetudinaria internazionale sulla immunità degli agenti diplomatici, dopo averla definita espressamente «consuetudine più che scolare degli Stati nelle loro reciproche relazioni» e affermando che «La prospettazione della questione così come formulata dal giudice a quo, riferita all'ordine di esecuzione di cui alla legge n. 804 del 1967, in relazione all'art. 31, paragrafi 1 e 3 della Convenzione di Vienna, appare solo formalmente esatta perché, sul punto che interessa, la disposizione patizica è meramente ricognitiva della norma di diritto internazionale generale sopra descritta. Il fondamento della questione va considerato, pertanto, con riferimento a quest'ultima norma, ed il vero oggetto del giudizio, cui va rivolto l'esame della Corte, concerne la compatibilità con gli invocati principi costituzionali della norma interna di adeguamento alla consuetudine internazionale generale» (punto 3. del Considerato in diritto). In un passaggio successivo, poi, questa Corte aggiunse: «Occorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistere dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione» (punto 3. del Considerato in diritto)". Invece, a sostegno della propria tesi (con cui si ammette il giudizio di costituzionalità sulla consuetudine internazionale precedente al 1948), la Consulta adduce il passaggio contenuto nella sentenza 05/06/1956 n° 1 per cui "[i]l assunto che il nuovo istituto della «legittimità costituzionale» si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di «questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali". In termini positivi, la sentenza in commento afferma che l'art. 134 Cost. "«assoggetta al controllo accentrato di costituzionalità tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo, anche quelle da ultimo richiamate. Sono esclusi dallo scrutinio riservato a questa Corte soltanto gli atti che hanno un rango ed una forza inferiori rispetto alla legge»".

parte confliggente con i principi ed i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento e non può quindi essere applicata", la Corte Costituzionale ha convenuto con l'esistenza di un nesso inscindibile tra il diritto di adire il giudice (art. 24, Cost.) - dalla stessa più volte definito alla stregua di un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale e ora inserito tra "i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema del nostro tempo" - e i diritti inviolabili della persona (art. 2, Cost.), come prospettato dall'ordinanza di remissione.

Ferma restando la diversità di piani delle due disposizioni⁷⁵, la Corte ha riconosciuto la comune rilevanza che, dimanzi alla verifica della compatibilità della norma internazionale sull'immunità dello Stato straniero rispetto alle azioni di responsabilità i c.d. *delicta imperi*, riveste sia la norma a presidio dell'«inviolabilità dei diritti fondamentali sia quella che tutela l'accesso alla giustizia per fare valere il proprio diritto. A tal proposito, essa limpidamente ha affermato che "[s]arebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela".

Orbene, secondo quanto si legge nella sentenza, il sacrificio totale di questo diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali delle vittime conseguente alla norma internazionale generale sull'immunità si pone in contrasto con i principi costituzionali ora richiamati.

In primo luogo, il conflitto si manifesta con riferimento a quella giurisprudenza costituzionale, in tema di immunità dalla giurisdizione civile per gli Stati stranieri, con cui si ammette la limitazione del diritto al giudice allorchando vi sia un interesse pubblico preminente e ricorra la garanzia che lo stesso sia rigorosamente valutato rispetto al caso concreto⁷⁶.

Per la Consulta, non esiste nel nostro ordinamento un interesse pubblico idoneo a giustificare il totale sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, Cost.) dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.). Difatti, l'obiettivo del "mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia", nella cui prospettiva muove l'istituto dell'immunità dalla giurisdizione civile per gli Stati stranieri, non può introdurre discipline che

⁷⁵ Il primo è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell'«inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità. Il secondo è anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile» (Corte Cost., sent. 238/2014, cit.).

⁷⁶ Sul punto la sentenza richiama, rispettivamente, le proprie decisioni 22.01.1982 n° 18 (in www.cortecostituzionale.it) e 329/1992, cit.

formalismo giuridico. Questa qualifica non è il fatto materiale né la conseguenza che da esso promana, è l'essenza giuridica del fatto, ossia la sua rilevanza per il diritto che va tenuta distinta dall'efficacia an- che se diverse sono le ricostruzioni concettuali pro- poste⁷⁴. Sicché questa *essenza giuridica* orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione sog- gettiva.

La nozione di effettività conferma questa con- clusione.

Con essa si attribuisce "alla tutela sostanziale un'elasticità ... propria dei *remedies* di *common law*"⁷⁵ in base ad una lettura attenta dell'art.24 della Costituzione e delle fonti europee di pari rango.

Basta ricordare che l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali riproduce un principio generale del diritto comunitario, vigente da oltre un ventennio⁷⁶. Le norme e il principio che la Carta riafferma esi- gono che si dia attuazione, in Europa, alla pretesa di un rimedio effettivo, inteso come pretesa di adegua- ti strumenti di tutela e idonee configurazioni pro- cessuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse tutelato.

Questa ultima indicazione va precisata, per fuga- re l'incertezza che il termine rimedi assume troppo spesso⁷⁷. Per fare un minimo di chiarezza occorre ricordare che la riflessione sul tema presuppone l'esistenza di un interesse protetto⁷⁸, sicché l'approccio rimediale non incide sull'*an* della prote- zione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale ma intende fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare.

Il metodo è anch'esso tracciato. Tale prospettiva di analisi si connota per un rifiuto del formalismo, per un'attenzione alla comparazione, e per la ricerca delle regole operazionali che si celano spesso dietro

⁷⁴ V. sul punto per una sintesi G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 378.

⁷⁵ L.P. COMOGGIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, cit., p. 1076.

⁷⁶ Si veda sul punto il bel saggio di N. TROCKER, *L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta Europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, p. 381 ss. Ma soprattutto I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 54 ss.

⁷⁷ V. U. MATTEI, *I Rimedi, in Il diritto soggettivo, nel Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105 ss.; A. DI MAIO, *Il linguaggio dei rimedi, in Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341 ss.; *Id.*, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, ivi, 2007, p. 2 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediate*, ivi, 2005, p. 605 ss.; P.G. MONATERI, *Ri- pensare il diritto civile*, Torino, 2006.

⁷⁸ U. MATTEI, *I Rimedi, in Il diritto soggettivo*, cit., p. 108.

la retorica dei diritti. Si comprende, così, come tale tecnica si sia diffusa e sia utilizzata in fonti legisla- tive come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, i Principi Lando e Unidroit.

Si capisce anche quali vantaggi essa comporti per l'interprete e il giudice.

L'attenzione ai rimedi⁷⁹ tende ad accorciare, "per così dire le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e o al bene che si intende tutelare"⁸⁰. Ciò accade con un uso corretto delle clausole gene- rali, ma non solo. Accade anche percependo in pre- nolo l'evoluzione delle forme e degli istituti in tema di eliminazione degli effetti dell'invalidità e del rie- quilibrio negoziale.

2. Principio di effettività e tutele sostanziali.

In un bel libro scritto dieci anni fa si era sostenuto che le incertezze della giurisprudenza interna sa- rebbero state ampiamente superate dall'intercizio delle fonti determinato dal nuovo articolo 117 della nostra Costituzione. E così è successo. Combinando l'art.24 della Costituzione con l'art. 13 CEDU e 47 della Carta di Nizza Strasburgo non può che emer- gere un principio fondamentale che esprime un le- game stretto fra "esigenze di tutela e forme di tutela disponibile"⁸¹.

Occorre esaminare come tale principio debba es- sere attuato e la scelta è ancora chiara.

La complessità della relazione fra posizione so- stanziale e processo tende ad essere difficile la pronun- zia di incostituzionalità delle norme del codice civi- le divenute obsolete o riduttive. La interpretazione applicazione resta invece prioritaria. Con essa si fanno emergere i contenuti di quelle norme che non si giustificano più con il principio di effettività e si può " intervenire sui mezzi di tutela giurisdizionale per correggere in via interpretativa i difetti di previ- sione normativa disseminati nel sistema"⁸².

Si è già dato conto di come questo metodo possa incidere sulla delimitazione dell'ambito della re- sponsabilità della Pubblica Amministrazione, sulla tutela aquiliana a protezione del contratto, sulla pre- cisa azione della responsabilità pre-contrattuale e sui danni endo-familiari⁸³.

Un esempio chiarirà questo assunto indicando il metodo da seguire.

19 A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed., Milano, 2003, p. 13 ss.; *Id.*, *Il linguaggio dei rimedi*, op. cit., p. 342 ss.

20 A. DI MAIO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 355.

21 I. PAGNI, *op. cit.*, p. 68.

22 G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno e resp.*, 2, 2014, p. 150 ss.



Un libro sull'ipoteca ha dato spunto di recente ad un raffinato e dotto dialogo sul modo di adeguare l'immobilismo di alcuni istituti essenziali per la dinamica giuridica, ma disciplinati in modo oramai inadeguato, si da generare incertezze e malumori presenti ogni volta che il discorso giuridico "appare in qualche modo inappagante e reclama una riformazione critica".²⁴

Le opinioni dei due autorevoli autori si differenziano pur indicando la stessa strada da seguire.

L'uno teorizza una dogmatica non tradizionale che non si fondi sulla logica deduttiva, superi le strettoie dell'analogia, si affidi a principi che consentano di reinterpretare norme e istituti, con un obiettivo diverso dal passato. Non la conformità ad una regola data o l'ossequio alla verità logica, ma la ricerca di una soluzione ispirata dalla ragionevolezza persuasiva, dal verisimile adeguatamente motivato e convincente, con grande attenzione alle conseguenze dell'esito emmenetico.²⁵

L'altro propone di abbandonare lo stesso riferimento alla dogmatica, legata troppo al giustpositivismo scientifico, per assumere un diretto riferimento alla giurisprudenza e all'attività applicativa. La quale deve scrutare i valori e ricercare la giustizia del caso attraverso il rispetto della retorica, della logica e della persuasione. Nessun richiamo al formalismo. Anzi. L'art. 101 della Costituzione è riferito precisando che ogni pronunzia del giudice non è persuasiva se non è "in regola con una trasposizione corretta degli enunciati, collocati nella gerarchia costituzionale". Sicché l'interprete deve guardare, più che alla analogia, alla formazione di "regole contestuali" tratte non solo da un enunciato normativo, ma attingendo a una pluralità di norme e principi. Regole da intendere come trama di un ordito tessuto secondo le esigenze di proporzionalità. Con due soli limiti inderogabili. Non incorrere in un divieto e basarsi su tecniche di ricerca di regole di giudizio misurate e adeguate agli interessi e ai conflitti da valutare.²⁶

D'altra parte in un'importante opera recente questo itinerario è tracciato con sapienza e vigore.²⁷

Si ribadisce come e in che modo l'interprete partecipa oggi al processo di positivizzazione della norma e delle tutele ricordando che "il diritto vive di disposizioni come di precedenti consolidati, di legislatori come di Corti, chiamate a bilanciare inte-

ressi, a interpretare norme nel quadro dei principi, a disapplicare leggi nazionali in esecuzioni di fonti comunitarie". Fatto che le regole vengono scritte e riscritte da soggetti diversi. "tra i quali è spesso difficile stabilire chi comanda e chi obbedisce".²⁸ Tutto ciò, se non si vuole minare alla radice il valore della certezza richiede ai civilisti un nuovo e difficile impegno nel contribuire a creare un nuovo ordine adatto ai tempi che esige almeno due compiti intermedi.

Da un lato ripensare i diritti, l'autonomia privata, i controlli per dare loro pienezza ed effettività in un contesto generale profondamente mutato. Dall'altro esaminare come la loro disciplina e regolazione possa contribuire a contenere e superare gli effetti della crisi per disegnare i nuovi contorni di una regolazione dei rapporti privati adatta ai tempi. Sappiamo di non poter più contare "sul modello novecentesco di tipo statale, nazionale, politico legislativo, ma avvertiamo anche che la frantumazione delle fonti, il mercato, la giurisprudenza non assicurano di per sé un contesto equo ed efficace, tale da esprimere autorità sufficiente nell'affrontare e risolvere i punti di contraddizione, le asimmetrie e le situazioni di conflitto".²⁹ Avvertiamo tutti la necessità di un'etica della responsabilità che richiami ciascuno, giudice, avvocato, studioso ad un contributo di misura, equilibrio prudenza. Non possiamo rincorrere l'ultima legge o l'ultima sentenza come espressione di una continua e disordinata evoluzione, senza una visione sistemica.

Da qui il ruolo dell'interprete come protagonista nella ricerca del nocciolo duro del diritto che ogni giorno siamo chiamati ad applicare. Un diritto in cui la regola deve essere la risposta oggettiva alle attese di giustizia che non è calata dall'alto, ma è un'intenzione della ragione e dell'astuzia sapiente del migliore argomento³⁰ costruito nella densità della motivazione.

Insomma se la ricerca attenta delle fonti su cui decidere soddisfa l'esigenza di oggettività, la soggettività dell'interprete (stretto nel suo esercizio qui e adesso) richiede prudenza e sapienza e cioè sapere e saggezza. Solo in tal modo sarà credibile il suo scritto e tramandabile il precedente. Ciò richiede di saldare la riflessione fra contratto e processo giusto.

²⁴ A. PUNZI, *Prefazione al volume di G. Benedetti, Oggettività essenziale dell'interpretazione*, cit. p. XV ss.

²⁵ M. FIORAVANTI, *Cultura costituzionale e trasformazioni economiche-sociali: l'esperienza del novecento*, in R. Bifulco e O. Roselli, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Torino, 2013, p. 13 ss.

²⁶ G. BENEDETTI, *op.cit.*, p. 33 ss., 69 ss., 103 ss., 223 ss., 241 ss.

nega che l'ammissibilità della azione civile nei confronti di uno Stato straniero presenti aspetti problematici e delicati⁷¹ e, anzi, configura - a mo' di privilegio - una deroga alla giurisdizione interna così che sia un giudice straniero ad accertare la responsabilità dello Stato offensore e, eventualmente, ad accordare il rimedio riparatorio alla vittima. Per costoro, in sintesi, il bilanciamento tra l'interesse dello Stato convenuto e quello della vittima non potrebbe però andare oltre all'attribuzione della giurisdizione sulla responsabilità civile dello Stato straniero a un giudice esterno al nostro ordinamento giudiziario.

4.2.2. La sentenza della Consulta 238/2014.

La tesi seguita in questo secondo indirizzo e che professa l'incostituzionalità della disciplina internazionale generale sull'immunità degli Stati stranieri rispetto alla violazione dei diritti fondamentali è stata sostanzialmente accolta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 238/2014.

Innanzitutto, la Consulta ha riconosciuto l'esistenza nel diritto internazionale generale di una norma sull'immunità in favore dello Stato straniero, la quale, nell'interpretazione più "qualificata" com'è quella resa dalla CJG, comporta il difetto di giurisdizione rispetto alle domande risarcitorie avanzate contro quel soggetto pubblico da individui che si assumono vittime di crimini contro l'umanità nonché di lesioni dei diritti fondamentali e determina l'assenza di rimedi giurisdizionali per costoro.

Rispetto a questa regola consuetudinaria, la Corte, dando pieno seguito all'indirizzo in parola, ha ritenuto essere "inderogabile" procedere alla verifica del conflitto, prospettato nell'ordinanza di remissione, tra la regola consuetudinaria da immettere nell'ordinamento, peraltro con rango costituzionale, e "il principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale (art. 24, Cost.), congiuntamente al

29.10.2010, *Natonienski v. Federal Republic of Germany*, in *Polish Yearbook Int. Law*, 2010, p. 299) e nazionale (Corte Cass., Sez. Unite, 08.06.1994, n° 5565).

⁷¹ Secondo A. GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità*, cit. p. 682, sul punto si contrappongono due esigenze "entranti" che si sommano: da una parte, l'aspettativa che la vittima di violazioni così gravi di diritti fondamentali venga adeguatamente tutelata; dall'altra, la possibilità, conmutata alle violazioni su larga scala, di ricorsi innumerevoli e di condanne economicamente molto pesanti per gli Stati autori delle violazioni, condanne che finirebbero per gravare su cittadini a volte estranei o vittime essi stessi di regimi autoritari e per pregiudicare l'evoluzione democratica di questi ultimi".

principio posto a tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2, Cost.).

In linea con l'impostazione ora richiamata, la Consulta ha affermato che a una tale verifica - definita come il "tema decidendum" che il Tribunale di Firenze ha sottoposto a questa Corte⁷² e rispetto alla quale essa stessa si definisce avere competenza esclusiva⁷³ - non sono di ostacolo né la circostanza per cui la norma internazionale cui rinvia l'art. 10 Cost. sia, potenzialmente, di rango costituzionale⁷⁴, né, tantomeno, l'eccezione sollevata dall'Avvocatura di Stato per cui il giudizio di legittimità costituzionale non potrebbe riguardare con-

⁷² Sul punto, così scrive la Consulta nella sentenza 238/2014, cit.: "Il sistema accentrativo di controllo di costituzionalità è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali. Vero è, infatti, che la competenza di questa Corte è determinata dal contrasto di una norma con una norma costituzionale e, ovviamente, con un principio fondamentale dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero con un principio posto a tutela di un diritto inviolabile della persona, contrasto - la cui valutazione non può competere ad altro giudice che al giudice costituzionale. Ogni soluzione diversa si scontra - nel sistema accentrativo di controllo - con la competenza riservata dalla Costituzione a questa Corte, restando scolpito nella sua giurisprudenza, fin dal primo passo, che «La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge non può essere fatta che dalla Corte costituzionale in conformità dell'art. 136 della stessa Costituzione» (sentenza n. 1 del 1956). Anche di recente, poi, questa Corte ha ribadito che la verifica di compatibilità con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e di tutela dei diritti umani è di sua esclusiva competenza (sentenza n. 284 del 2007), ed ancora, precisamente con riguardo al diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), che il rispetto dei diritti fondamentali, così come l'attuazione di principi inderogabili, è assicurato dalla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale (sentenza n. 120 del 2014)".

A tal proposito, la sentenza afferma che "la possibilità della verifica di compatibilità resta inattuata comunque, anche tra norme - come nella specie - entrambe di rango costituzionale, il bilanciamento rientrando tra «le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza» (sentenza n. 236 del 2011). Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un «diritto all'ingresso [...] delle norme inderogabilmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali "controllimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea (ex plurimis: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Prati Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, 1 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottintesi anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.; così nella sentenza n. 1146 del 1988)".



del diritto anche in caso di sua violazione, sarebbe un ordinamento incompleto, monco, sarebbe un ordinamento che non potrebbe essere qualificato giuridico⁶⁴ e, successivamente, ha registrato come, nell'ordinamento interno, questo nesso tra la tutela giurisdizionale e la situazione materiale sia un principio supremo, ossia "insuscettibile di cedere di fronte alla norma consuetudinaria di diritto internazionale"⁶⁵.

Da un lato, questo argomento trova conferme nella giurisprudenza costituzionale. Infatti, proprio in ragione della garanzia ex art. 24 Cost., la Consulta ha ritenuto di poter escludere "che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere"⁶⁶. A differenza di quanto mostra di ritenere la CIG allorché ha respinto il c.d. *last resort argument* auspicando una soluzione politica negoziale per le riparazioni dovute alle vittime dei nazisti, il giudice delle leggi ha sempre affermato che il legame tra la posizione giuridica sostanziale e la tutela giurisdizionale "non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni"⁶⁷. Il modo di intendere la disposizione costituzionale *de qua* come garanzia per i titolari di diritti e interessi⁶⁸ è condiviso dalla migliore dot-

⁶⁴ A. PROTTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1959, p. 5 (ma già nelle precedenti edizioni). In argomento si veda anche il passaggio di R. VON JHERING, *Law as a Means to an End*, Boston, 1913, p. 241: "a legal rule without legal coercion is a contradiction in terms, a fire which does not burn, a light that does not shine".

⁶⁵ A tal proposito, il Tribunale riporta l'inciso contenuto nella sentenza 22.01.1982, n° 18, pubblicata in www.corteconstituzionale.it, per cui il diritto alla tutela giurisdizionale andrebbe ad iscriversi "tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio".

⁶⁶ Corte Cost. sent. 03.07.1997 n° 212, pubblicata in www.corteconstituzionale.it.

⁶⁷ Corte Cost. sent. 11.02.1999 n° 26, pubblicata in www.corteconstituzionale.it. Non a caso, il giudice *a quo* scrive che "[i]nvocare l'eguaglianza sovrana tra gli Stati per escludere la possibilità di accettare e sanzionare in via giudiziale (in assenza di altre strade giuridicamente garantite) le gravissime violazioni di diritti umani compiute nel perseguimento di sistematiche e programmate azioni di sterminio vuol dire, nell'opinione del rel. emittente, rifiutare di pronunciare giustizia davanti a crimini internazionali che hanno minacciato l'umanità intera minando le fondamenta stesse della coesistenza internazionale" (corsivo aggiunto).

⁶⁸ Si osservi, peraltro, che secondo attenta dottrina, il diritto di agire in giudizio come previsto dalla Costituzione repubblicana nasce anche in risposta "agli abusi [dibattito] del regime fascista, che, grazie all'elasticità delle norme statutarie, spesso aveva limitato arbitrariamente o, addirittura escluso, la difesa giurisdizionale del cittadino nei confronti di molti atti del potere esecutivo" (L.P. COMOGGIO, sub Art. 24, in *Comm. Cost. Branca, Rapporti civili (art. 24-26)*, Bologna-Roma, 1981, p. 4).

trina: per questa, infatti, l'articolo in parola "si rivolge nella facoltà per la parte e nel potere-dovere per il giudice di denunciare alla Corte Costituzionale la difformità, dall'art. 24, di leggi o di atti aventi forza di legge che attentino alla inscindibilità tra situazioni sostanziali e possibilità di agire in giudizio, che l'art. 24 assicura".

Da altro lato, nelle parole del giudice *a quo* sembra delinearci una piena adesione alla tesi della c.d. soddisfazione per equivalente, ossia a quell'indirizzo per cui la limitazione alla giurisdizione interna è ammessa solo quando si accerta che "al singolo, impedito nell'esercizio del proprio diritto all'interno del foro", sia "garantito l'accesso ad un organo giurisdizionale straniero, dotato di adeguate garanzie di imparzialità ed indipendenza, nonché capace di giudicare la lite osservando appropriate regole di procedura"⁶⁹. Tale indirizzo non

⁶⁹ V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1959, p. 202, per il quale, appunto, l'articolo 24 "sanisce che alle situazioni sostanziali (diritti, poteri) è inscindibilmente congiunta la possibilità di agire in giudizio per la tutela giurisdizionale". Del medesimo A. si veda anche *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *N. riv. dir. comm.*, 1954, p. 312, per cui dal primo comma dell'art. 24, Cost., si ricaverrebbe "il fondamentale principio che chi è titolare di un diritto soggettivo ovvero di un interesse legittimo, è in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione inesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo" (ivi, pp. 314-315).

⁷⁰ Così, R. LUZZATTO - I. QUEROLO, *Sovranità territoriale, cit.*, p. 275. Nello stesso senso, già, R. PISILLO MAZZESCHI, *Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1976, p. 489 e L. CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1979, I, p. 455. In questi termini anche B. CONFORTI, *Diritto internazionale, cit.*, p. 348. Questo A. sottolinea come "l'art. 24 della nostra Costituzione, il quale garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti, sia un principio fondamentale della Costituzione medesima e porti quindi a disapplicare le norme consuetudinarie sull'immunità dalla giurisdizione civile; ma ciò solo se si accetta che l'art. 24 non sia, nel caso concreto, soddisfatto per equivalenti, solo se si accetta cioè che non esistono nello Stato straniero, nello Stato di appartenenza dell'agente diplomatico, o nell'organizzazione internazionale che rispettivamente beneficino dell'immunità, procedure di soluzione delle controversie, azionabili da chi è danneggiato a causa dell'immunità". In posizione difforme è M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia, cit.*, p. 447. L'Autrice, a partire dalla pronuncia della Consulta 48/1979, *cit.*, afferma che "la giurisdizione costituzionale non consente di escludere le immunità dalla giurisdizione dalle norme internazionali consuetudinarie introdotte dall'art. 10 della Costituzione; ciò dovrebbe indurre la giurisprudenza interna a conformarsi agli obblighi internazionali in nel senso indicato dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia". A sostegno della tesi in parola (soddisfazione per equivalente), sono anche quella straniera (Trib. Genève, 17.11.1993, in *Int. Law Reports*, 2000, p. 643; Cass. francese, 25.12.2005, in www.sfdl.org/actualites/cass.fr.25.12.05.pdf; Cass. belge 21.12.2009, *Western European Union v. Stalder*, in <http://jure.juridict.just.fgov.be/>); Corte Suprema polacca,

3. Contratto e processo giusto

Come si è osservato esattamente occorre distinguere nelle fonti interne e comunitarie due aspetti complementari ma non coincidenti. Il diritto ad un ricorso effettivo come "possibilità di agire" attraverso una tutela giurisdizionale effettiva potenzia da ogni anomalia o preclusione che svuoti la situazione sostanziale (art. 10 della Dichiarazione delle Nazioni unite del 1948, 6 della CEDU, 47 della CDFUE). E il diritto ad rimedio effettivo che consente di ottenere nel processo tutte le utilità che l'interesse protetto accorda al soggetto titolare³¹ (art. 24 cost., 6 e 13 CEDU, 47 CDFUE).

Il primo implica il rispetto delle condizioni minime di effettività del giudizio che deve essere svolto in un termine ragionevole, da un giudice indipendente e imparziale, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa³². Il secondo apre la via ad un ripensamento e adeguamento delle tutele che nel processo devono garantire la piena soddisfazione di ogni diritto e interesse tutelato³³. Su questo principio occorre soffermarsi di più per la delicatezza e attualità del tema che ci riguarda da vicino.

Basta pensare che grazie all'opera della dottrina e delle Corti l'effettività si è estesa a tutelare non solo le modalità di accesso e lo svolgimento del processo ma le potenzialità delle situazioni cui deve essere garantita piena realizzazione rimuovendo tutti gli ostacoli sostanziali e processuali³⁴. In tal modo il diritto ad un ricorso effettivo è stato progressivamente inteso come "right to an effective remedy"³⁵. Ciò implica che il processo giusto

³¹ S. CAPORUSSO, *Il diritto ad equo processo*, op.cit.; e in particolare N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.; Id., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 171 ss.; L.P. COMOGGIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1070 ss.; Id., *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparata*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 728 ss. e da ultimo D. DALEFNO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 3, p. 907 ss.

³² V. da ultimo per una lucida e profonda sintesi S. CAPORUSSO, *Il diritto ad un equo processo*, op.cit.

³³ Sulla strumentalità del processo A. PROTTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale, in La tutela giurisdizionale dei diritti*, Napoli, 2003, p. 1 ss.

³⁴ N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività del rimedio: l'azione*, nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 358s.; BIANCHI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 62. Ma come predece significativamente M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 233 ss.

³⁵ D. DALEFNO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, op.cit., p. 917 ed ivi il richiamo a Corte cost., 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*; 19 giugno 1990, C-213/89, *House of Lords*, spec. Punto 21, in

(art. 11 Cost.) ed equo (6 CEDU e 47 CDFUE) non può prescindere dalle tutele sostanziali: da rivedere assieme a quelle processuali bilanciando interessi e valori perché "giusto ed equo...sono qualificazioni che non si esauriscono nel richiamo al principio di legalità, ma richiamano, il sistema dei valori sotteso alle regole".

Si tratta in sostanza di individuare e di ricostruire la tutela più efficace per garantire l'interesse sostanziale come espressione di un canone di adeguatezza della tutela che è stato elaborato dalle Corti europee³⁷. Con la possibilità di scelta dei rimedi specifici o per equivalente e del cumulo in presenza di determinati presupposti³⁸.

L'art. 24 della Costituzione con il diritto di adire un giudice deve essere coordinato con gli art. 2, 3 e 4 che impongono di individuare un contenuto concreto e differenziato alla tutela di quel diritto che può non essere soddisfatto dal binomio della tutela specifica o per equivalente. Proprio perché il processo deve dare a "chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire"³⁹.

Dunque il legame fra processo e contratto giusto è incombibile ma è chiaro il problema.

Quarantasette paesi e 820 milioni di abitanti si riconoscono nella CEDU, ma il Consiglio d'Europa e la Corte di Strasburgo imputano all'Italia disfunzioni gravissime. Quattro Stati occupano il 55% del contenzioso e l'Italia (seconda in questo elenco) non ha fatto nulla per porre rimedio a questo stato. Il nostro paese ha un debito enorme accumulato per i rimborsi per eccessiva durata dei processi.

La classifica redatta dalla Banca Mondiale sull'efficienza del sistema giudiziario in materia contrattuale colloca l'Italia al 103° posto su 189. Con un miglioramento rispetto al passato (era al 169°) ma con una posizione di grande distanza dai paesi europei. Basta pensare che Francia, Germania e Austria sono fra i primi sette paesi, Spagna e Gran Bretagna intorno al 60° posto. Che cosa tutto ciò significhi in termini di competitività e di crescita è facile intuirlo.

Insomma problemi sostanziali e processuali premono per un profondo ripensamento culturale e non solo normativo del nostro sistema. E' necessaria-

Foro it., 1992, IV, c. 498; Corte giust., 25 luglio 2002, C-50/00 e Tribunale Unione europea, sez. II, 3 marzo 2011, C-110/07.

³⁶ D. DALEFNO, op.cit., p. 918.

³⁷ N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *La formazione del diritto processuale europeo*, cit. p. 107, 126 ss. e V. VARANO, voce *Recessione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 571 ss.

³⁸ D. DALEFNO, op.cit., p. 927 il quale cita gli artt. 12.18, 2058, 1453, 2740 c.c. e 185 c.p.

³⁹ CHOYENKA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 81.

rio un cambio di mentalità con una visione sistemica, un centro e un metodo. Basta qualche cenno al dialogo fra le Corti che si afferma sempre più con alcuni caratteri.

La ricerca di un'unità nella diversità sostenibile. Un confronto che supera la teoria dei contro limiti. EDU ad esprimere principi generali fra i quali il diritto ad un rimedio effettivo acquista sempre più rilievo.⁴⁰

Sicché è evidente la tensione verso un sistema da costruire nel dialogo fra norme e giudici. Con una centralità del caso su cui solo è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo generale. Il che evoca l'importanza dell'interpretazione e delle tecniche applicative. Vediamo come.

- a) La disapplicazione della norma interna incompatibile, pur riconosciuta anche da sentenze recenti, è delimitata con rigore⁴¹. Una direttiva anche se chiara precisa e incondizionata e volta a conferire diritti e obblighi, non può essere applicata in una controversia fra privati di per sé. D'altra parte una norma che contenga un diritto o un principio (che per produrre i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni interne e comunitarie) non può essere invocata ai fini della disapplicazione⁴².
- b) Il rinvio pregiudiziale appare sempre un controllo diffuso nelle mani del giudice. Non è necessario se la soluzione è autoevidente o se il problema è già stato risolto dalla Corte di Giustizia. Lo si deve esercitare negli altri casi e ciò comporta una conoscenza piena del diritto comunitario da parte delle Corti di merito e di legittimità⁴³.
- c) L'interpretazione conforme assume sempre più spessore e precisione. La norma interna deve essere applicata alla luce del testo e della finalità della Direttiva (o del principio) per giungere ad una soluzione interpretativa conforme all'obiettivo perseguito da queste fonti. Da qui la ricostruzione di una regola tramite l'interpretazione⁴⁴.
- d) Il controllo della Corte EDU sui diritti sociali e sui limiti di bilancio assumono un si-

gnificato di grande rilievo orientativo e sul punto occorre soffermarsi.

Si è ritenuto legittima la riserva nazionale sulle proprie politiche sociali solo se priva di ogni profilo di discriminazione e in presenza di una espressa motivazione sulla proporzionalità fra la scelta nazionale e i mezzi impiegati dal legislatore nell'attualità⁴⁵. Si è ribadito che i rimedi non devono essere "meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione".⁴⁶ Da ultimo si è censurato il potere del Curatore fallimentare di sciogliere un contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 bis della Legge Fallimentare perché le Corti italiane sono legittimate "unicamente ad esaminare la legalità formale della misura contestata, senza potersi occupare delle sue necessità e proporzionalità alla luce dei principi enunciati nell'art. 1 del Protocollo I della Convenzione. Sicché si reputa contrario all'art. 13 CEDU tale istituto "perché il sistema giuridico italiano non ha offerto alla ricorrente garanzie sufficienti contro l'arbitrio e l'interessata non ha avuto a sua disposizione un ricorso effettivo per far valere la sua doglianza a livello nazionale".⁴⁷

Ce ne è abbastanza a livello nazionale⁴⁸ del principio della effettività delle tutele è uno strumento di ordine e di riduzione della complessità del diritto dei privati che richiede oggi, come alle origini, un'opera sapiente della legge e dei giudici capace di «integrare organicamente, in un unico quadro solido e applicabile»⁴⁹ vecchi iura e nuove leges, si da fissare orientamenti condivisi nelle risposte alle esigenze sempre più articolate della vita di relazione. La ricerca è solo all'inizio e la Rivista darà conto del percorso seguito.

⁴⁵ CEDU, 8 aprile 2014, cit. 53; "per quanto riguarda i "motivi di bilancio" adottati dal Governo, la Corte ammette che la tutela degli interessi di bilancio dello Stato costituisce motivo legittimo della distinzione in questione. Tale scopo tuttavia, non può d'per sé giustificare la disparità di trattamento denunciata".
⁴⁶ Corte di Giustizia, Grande sez., 19 luglio 2012, *Litllewoods v. Her-Mevey's Commissioners*, punti 27, 28, 31 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wels* e 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04.
⁴⁷ CEDU, 4 febbraio 2014, n.25376/06, *Centi c. Italia*, punti 98, 99, 100, 101 e il richiamo a CEDU, 6 giugno 2013, n. 38450/05, *Sabanchiyeva e altri contro Russia* e a CEDU, 20 giugno 2002, n. 50963/99, *Al-Nashif c. Bulgaria*.

⁴⁸ A. SCHIAVONE, (ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 8) riferisce con tali parole l'opera di Giustiniano nel rigenerare un ordine giuridico. «Nulla di simile era stato fatto prima: E l'obiettivo era alto: rimodellare il pensiero degli antichi maestri nella forma di un diritto codificato».

sione del diritto inviolabile del ricorrente (art. 3, l. 5/2013)⁶¹.

Dopo aver correttamente ricostruito la piena legittimità del proprio sindacato sulla norma consuetudinaria dell'immunità⁶² e avere escluso la possibilità

⁶¹ In particolare, con le ordinanze del Tribunale di Firenze ha rimesso alla Consulta la questione relativa alla manifesta incostituzionalità *h)* "della norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10 primo comma Cost., della consuetudine internazionale accertata, dalla Corte Internazionale di Giustizia con sentenza 03.02.2012 nella parte in cui nega la giurisdizione di cognizione nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte nello Stato del giudice adito, "iure imperii" dal Terzo Reich"; *ii)* "dell'art. 1 della legge 848 del 17 agosto 1957, nella parte in cui recependo l'art. 94 dello Statuto dell'Onu, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi "iure imperii" dal Terzo Reich, almeno in parte nel territorio italiano"; *iii)* "dell'art. 1 della legge 5/2013 nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi "iure imperii" dal Terzo Reich nel territorio italiano". Il testo delle ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale come redatta dal Tribunale di Firenze (est. dott. Minniti; causa n° r.g. 1300/2012) è disponibile in www.magistraturademocratica.it.
 Sull'ordinanza si vedano le osservazioni di F.M. PALOMBINO, *Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta*, in *Riv. dir. internaz.*, 2014, 2, p. 501 e di D. Russo, *Il rapporto tra norme internazionali generali e i principi della Costituzione al vaglio della Corte Costituzionale: il Tribunale di Firenze rinvia alla Consulta la questione delle vittime dei crimini nazisti*, in *OsservatorioSolefonti.it*, 1/2014.
⁶² Si è già detto della posizione della dottrina più accreditata, favorevole a riconoscere nei principi della Costituzione un limite all'adattamento del diritto interno alle norme internazionali generalmente riconosciute. A tal proposito va però evidenziato come vi sia (la Corte di Cassazione, sent. 530/2000, cit.; L. Sico, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale generale* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 39) restringe il controllo di costituzionalità alle sole norme consuetudinarie formatesi successivamente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (il che vorrebbe dire escludere il giudizio di costituzionalità rispetto alla norma consuetudinaria sull'immunità). In tal senso, militerebbe Corte Costituzionale, sent. 18.06.1979 n° 48, pubblicata in www.cortecostituzionale.it, §3 ("per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione"). Oltre che dalla dottrina più accreditata (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 349 e L. S. CONFORTI, *Il riconoscimento "generale" delle consuetudini*, cit. p. 5), tale tesi non è condivisa dal Tribunale di Firenze. Facendo seguito alla giurisprudenza costituzionale (73/2001, cit.) e di legittimità (Corte Cass., Sez. Pen., I, 30.05.2012, n° 32139) più recente, dove il controllo di legittimità costituzionale non risulta più essere ristretto alle sole

lità di procedere autonomamente alla disapplicazione⁶³, il Tribunale fiorentino si è concentrato sul profilo di incostituzionalità, individuato nella lesione che la regola internazionale dell'immunità (come interpretata dalla CIG) arrechierebbe alla "connessione (di rango costituzionale) tra diritti inviolabili della persona e diritto alla tutela giurisdizionale".

Il punto di partenza del ragionamento del giudice fiorentino è l'affermazione della CIG circa "la permanenza della consuetudine internazionale senza alcun limite obiettivo se non quello della connotazione della condotta come esercizio di funzioni pubbliche". Secondo il Tribunale di Firenze, il condanne ferite all'immunità dello Stato straniero un carattere così assoluto ha per conseguenza quella di "precludere, per gli individui interessati, qualsiasi possibilità di veder accertati e tutelati i propri diritti, nel caso di specie già negati nell'ordinamento tedesco". In altri termini, per il giudice *a quo* l'assenza di altre strade giuridicamente garantite e la negazione dell'accesso al processo finiscono con il rimettere la protezione individuale a dinamiche discrezionali e a rapporti tra organi politici di Stati che per decenni non sono riusciti a trovare soluzione.

Secondo quel giudice, un simile risultato sarebbe in contrasto con il nostro ordinamento perché interrompe la connessione tra la posizione sostanziale e il momento processuale della tutela.

A proposito di questo legame, l'ordinanza, dapprima, ha richiamato la celebre formula di Proto Pisani per cui "un ordinamento che si limitasse ad affermare una situazione di vantaggio (...) a livello sostanziale, senza predisporre a livello di diritto processuale strumenti idonei a garantire l'attuazione delle norme consuetudinarie successive alla Costituzione, il giudice *a quo* ha ritenuto essere doverosa "la verifica della legittimità costituzionale della norma consuetudinaria di provenienza internazionale, tanto nel caso che sia di formazione precedente che nel caso di sua creazione posteriore alla entrata in vigore della Costituzione".

Atteso che per il diritto internazionale consuetudinario il nostro sistema delle fonti esclude che sia necessario l'intervento del legislatore e riserva all'interprete un ruolo del tutto preminente, si ammette generalmente che questi possa procedere alla diretta disapplicazione della norma consuetudinaria che sia in contrasto con un principio fondamentale del nostro ordinamento. Ciò non di meno, il giudice remittente ha escluso di poter procedere in questo senso sia perché il principio dell'immunità ristretta come inteso dalla CIG è stato cristallizzato dalla legge alla Corte Costituzionale rimane l'unica percorribile nel rispetto delle prerogative di controllo accentratò sul sistema delle fonti del diritto "L'opzione prescelta dal Tribunale di Firenze è condivisa sia da D. Russo, *Il rapporto tra norme internazionali generali e i principi della Costituzione*, cit. p. 9 sia da F.M. PALOMBINO, *Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati?*, cit., per il quale, appunto, "la presenza di un orientamento granitico della Suprema Corte finirebbe sostanzialmente per inficiare qualsiasi decisione di merito che se ne discostasse".



Conforti intende sottolineare che “il ricorso anche il più aperto alle fonti internazionali non può essere spinto all’interno dello Stato fino al punto di compromettere valori fondamentali della comunità statale, di solito costituzionalmente garantiti”⁶⁷.

Questo limite all’adattamento interno sussiste anche rispetto alle norme generali internazionalmente riconosciute, come appunto quella relativa all’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile. Se è certamente vero che il dato letterale dell’art. 10 Cost., esclude che tali regole entrino nel nostro ordinamento in posizione subordinata alle norme costituzionali, va altresì rilevato come, per questo insegnamento, la disposizione costituzionale non possa essere intesa come titolo di ingresso per regole che si pongano in contrasto con i valori fondamentali della Repubblica⁶⁸.

Da queste indicazioni di carattere generale, si desume l’esistenza di uno spazio per valutare la conformità della norma di diritto internazionale consuetudinario e per verificare se la sua applicazione all’interno del nostro ordinamento non travalichi il limite massimo di utilizzabilità di quella fonte nel nostro sistema.

In altre parole, non si può considerare la regola sull’immunità di cui alla sentenza *Germany v. Italy* come una sorta di corpo autonomo che, in ragione di un supposto automatismo, riceva piena forza ed efficacia nel nostro ordinamento, anche a prescindere dal suo contenuto⁶⁹. Al contrario, come fatto da

alcuni Autori⁶⁰, occorre verificare se la norma consuetudinaria sull’immunità come interpretata nel caso *Germany v. Italy*, sia compatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, e, solo nell’eventualità di un esito positivo, si potrà dare applicazione interna alla decisione escludendo la giurisdizione del giudice adito ex art. 2043, codice civile.

4.2.1. Le ordinanze di remissione del Tribunale di Firenze.

In questa direzione si è mosso anche il Tribunale di Firenze, che, con tre identiche ordinanze di remissione alla Consulta curiosamente depositate il medesimo giorno della decisione delle Sezioni Unite n° 1337/2014, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento alla possibilità che l’art. 10 Cost. abbia prodotto una norma incostituzionale perché in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento, nonché con riguardo alle disposizioni di legge che impongono al giudice di dare seguito all’indirizzo della CIG (art. 1, l. 848/1957) e che gli impediscono di accertare la le-

nuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti (*Medellin v. Texas* 25.03.2008, in AJIL, 2008, p. 622, con cui si è escluso un adattamento automatico alle sentenze internazionali), nonché alla c.d. vicenda *Kadi* (Corte di giustizia, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakat International Foundation c. Consiglio dell’Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Causa C-402/05, sent. 03.09.2008). In questo celebre caso, la Corte di Giustizia ha affermato che, nonostante il carattere vincolante delle decisioni del Consiglio di Sicurezza per tutti gli Stati Membri dell’Unione, le misure concretamente adottate erano da considerarsi come ineseguibili nell’Unione perché contrarie al principio fondamentale del diritto di ogni individuo al controllo giurisdizionale delle decisioni che lo riguardano.

Il riferimento è a quegli scritti a commento della sentenza *Germany v. Italy* nei quali si è avanzato un dubbio di incostituzionalità della regola di diritto internazionale: *ex multis*, si confrontino quelli di R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull’immunità*, cit., p. 325; B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice*, cit., p. 141; M. SOGAS, *Are Italian Courts Directly Bound*, cit., p. 187; G. CATALDI, *L’esecuzione nell’ordinamento italiano della sentenza*, cit., p. 144. Quest’ultimo A. così scrive: “[l]a teoria dei controlli mi sembra senz’altro applicabile nel caso di specie, ossia in una ipotesi in cui, a fronte di una richiesta di risarcimento del danno causato da crimini odiosi, il rischio è che non ci sia nessun giudice a pronunciarsi. Non il giudice tedesco, che, come si è detto, ha rifiutato di pronunciarsi in merito, non il giudice italiano se si consensisce alla norma sull’immunità dalla giurisdizione civile, come interpretata dalla CIG, di operare. La conseguenza sarebbe la violazione dell’art. 24 della Costituzione italiana, norma che esprime un principio, veramente fondamentale, che sancisce il diritto ad un giudice”.

LA RILEVABILITÀ D’UFFICIO DELLA NULLITÀ E LA MANCANZA DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL CONTRATTO

Di Giancarlo Filanti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ “essenza” della nullità secondo le Sezioni Unite. – 3. Ambito applicativo nella rilevabilità d’ufficio secondo le Sezioni Unite. – 4. La nullità e le nullità. – 5. Funzione e oggetto del giudizio di nullità. – 6. Ratio della rilevabilità d’ufficio della nullità. – 7. Causa petendi e giudicato sulla validità. – 8. Presenza di elementi impeditivi e assenza di elementi costitutivi. – 9. Rilevabilità d’ufficio della nullità in caso di domanda di annullamento e di nullità per una causa diversa.

1. Premessa.

La rilevabilità d’ufficio della nullità è nella bufera. Dopo quasi mezzo secolo di oscillazioni, la Casazione sembra disorientata di fronte alla semplice domanda: si può pronunciare la risoluzione per inadempimento di un contratto nullo? L’attesa risposta “definitiva” delle Sezioni Unite, consegnata alla sentenza 4 settembre 2012, n. 14828, è stata immediatamente messa in discussione dalla Sez. II. La quale ha ritenuto inapplicabile la soluzione ivi indicata ed ha pertanto investito di nuovo della questione le Sezioni Unite, invocando “un approccio più problematico e più ampio”, poiché “la costruzione non sembra pienamente condivisibile e del tutto co-

erente” (Cass. Sez. II, 3 luglio 2013, n. 16630, ordinanza interlocutoria).

Mi sembra che non vi sia da aggiungere altro per comprendere come una effettiva soluzione sia oggi una chimera. Occorre, quindi, raccogliendo il suggerimento dell’ordinanza interlocutoria, collocare il tema della rilevabilità d’ufficio in un più ampio orizzonte di senso. Ciò significa ripensare la nullità ed il giudizio che la investe nei suoi fondamenti.

Essendomi già occupato del tema (monografia citata e voce Nullità, in Enc. Giur. Treccani), piuttosto che riportare direttamente le mie idee, intendo confrontarle con argomenti e soluzioni espressi nella sentenza delle Sezioni Unite.

2. L’ “essenza” della nullità secondo le Sezioni Unite

Con la sentenza richiamata le Sezioni Unite, ripercorso il lungo e tormentato cammino della giurisprudenza sulla rilevabilità d’ufficio della nullità in caso di domanda di risoluzione per inadempimento – ora negata in ossequio al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (tesi per lungo periodo dominante); ora ammessa perché logica-

⁶⁰ Ancora la nullità? Ironizzano colleghi ed amici. Voglio mettere le cose in chiaro: non sono io che la cerco, è lei che mi insegna.

La mia monografia “Inesistenza e nullità del negozio giuridico” vede la luce in tempi di calma piatta nella materia. Ma in seguito il legislatore si è dato da fare. Prima la nullità di protezione, poi l’introduzione nell’ordinamento della nullità dell’atto amministrativo. Provocazioni alle quali non ho saputo resistere (v. rispettivamente, la voce Nullità speciali, in Enc. giur. Treccani, e La nullità, le nullità e.... Itaca, in Persona e mercato, 2013). Quanto alla giurisprudenza, il disorientamento sulla rilevabilità d’ufficio. Anche in questo caso cercherò di dare una risposta.

mente soltanto un contratto efficace può dar vita all'obbligazione che si afferma inadempita - individua il fondamento teorico della soluzione (vicina alla seconda tesi) che intende proporre nell'essenza stessa della nullità.

La quale, secondo consolidata tradizione, risiederebbe nella "tutela di interessi generali, di valori fondamentali che comunque trascendono quelli del singolo".

Pertanto escludere la rilevanza d'ufficio in caso di domanda di risoluzione per inadempimento, significa "depotenziare" la funzione della nullità che esprime il "disvalore" dell'atto di autonomia privata che ne è colpito.

Cause di nullità che sono tutte da porre sullo stesso piano dal punto di vista della disciplina, ad eccezione delle c.d. nullità di protezione.

3. Ambito applicativo nella rilevanza d'ufficio secondo le Sezioni Unite

Su queste premesse, il potere di rilevare d'ufficio la nullità non può che avere la massima estensione: quale che sia la domanda, quale che sia la causa di nullità.

Tuttavia una simile risposta al quesito esaminato deve essere sembrata eccessivamente disinvolta nei confronti del principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato.

Così, una volta che il giudice ha indicato alle parti le questioni rilevabili d'ufficio (fra le quali appunto la nullità), queste hanno la possibilità di proporre domanda di nullità (art. 183, comma 5, c.p.c.). Nel qual caso la domanda di risoluzione può essere convertita in domanda di nullità o cumulata con questa. La sentenza (ovviamente dire) avrà effetto di giudicato sulla nullità. Se, invece, le parti non propongono domanda, il rilievo della nullità porta al rigetto della domanda di risoluzione "con accertamento incidenter tantum della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto".

La soluzione di compromesso fra la tesi favorevole al rilievo officioso, che chiamerò "sostanzialista", e la tesi contraria, definita comunemente "processualista", non convince.

O la questione della validità rientra nella causa petendi della domanda di risoluzione al pari della domanda di esecuzione, ed allora la rilevazione d'ufficio della nullità dovrà comunque portare ad una pronuncia con effetto di giudicato. Oppure la questione della validità non rientra in quella causa petendi, ed allora la rilevazione d'ufficio è preclusa.

Questo è il rilievo che può muoversi dall'"interno" del ragionamento delle Sezioni Unite.

A me sembra, tuttavia, che le criticità della costruzione riflettano la fragilità delle fondamenta. Si che per avviare il problema a soluzione occorre ritenere i presupposti relativi all'"essenza" della nullità e alla funzione della rilevanza d'ufficio.

4. La nullità e le nullità

Ravvisare l'"essenza" della nullità nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali, è un dogma di consolidata tradizione, ma ormai sottoposto a revisione critica da più parti.

La mancanza di accordo, la mancanza della forma ad "substantiam" sono testualmente indicati come cause di nullità (art. 1418, secondo comma, cod. civ.); e tuttavia non si vede quale possa essere l'interesse pubblico lesa. Si tratta di atti semplicemente inutili, rispetto ai quali l'ordinamento è indifferente.

Meritevole di approfondimento è invece l'affermazione pressoché pacifica della equivalenza delle cause di nullità in generale e specificamente con riguardo al giudizio di nullità.

Se con tale assunto si volesse semplicemente dire che il negozio nullo non produce effetti, quale che sia la causa di nullità, non vi sarebbe alcunché da eccepire.

Se, invece, l'equivalenza è predicata in relazione alla disciplina della nullità, le cose stanno diversamente.

Le cause di nullità sono, nelle diverse tipologie, profondamente diverse fra loro: incompletezza della fattispecie, illiceità, contrasto con norme imperat-ve, gli "altri casi previsti dalla legge". Di fronte a simile eterogeneità - sconosciuta per l'annullabilità: sostanzialmente vizi della volontà e incapacità di agire - è incoerente e fuorviante ipotizzare una ratio unitaria e quindi una disciplina omogenea.

Così è ormai pacifico che le figure normative di efficacia "eccezionale" del negozio nullo (articoli 128, 590, 799, 2126, 2352, 2652, n. 6 del cod. civ.) non possono trovare applicazione in tutti i casi di nullità.

I quali, ai sensi del secondo comma dell'art. 1418, riguardano anche la mancanza dei requisiti essenziali. Si apre così la strada all'imperfezione della fattispecie negoziale, che non tollera logicamente alcuna limitazione alla sua essenziale negatività. L'approdo è il "non essere" del negozio nullo, non identificabile in termini positivi e perciò idoneo a costituire il primo termine del binomio causale effetti.

L'interprete deve pertanto, nelle ipotesi di efficacia del negozio nullo, volgere in positivo la formula, individuare cosa del negozio deve sussistere affin-

giudici hanno dichiarato il difetto di giurisdizione rispetto alla domanda avanzata da diversi cittadini italiani per ottenere il risarcimento del danno derivato dal fatto di essere stati deportati "in Germania nel corso della seconda guerra mondiale e sistematicamente sfruttati quali cd. *schiavi di Hitler*, al di fuori di qualsiasi rapporto contrattuale e senza una causa giustificata da norme internazionali". Più in particolare, una volta esclusa l'incostituzionalità della normativa⁵⁴, le Sezioni Unite hanno ritenuto di non potere che "adeguarsi al dettato normativo e dichiarare il difetto di giurisdizione, con conseguente cassazione senza rinvio della sentenza impugnata".

L'intervento legislativo e l'interpretazione delle Sezioni Unite militano entrambe a favore di una lettura dei confini dell'azione di danni da c.d. *delicta imperii* in conformità con la norma internazionale sull'immunità. Pertanto, anche per il diritto interno l'unica responsabilità aquiliana connessa con la violazione da parte di uno Stato dei diritti fondamentali dell'individuo che possa essere accertata in un giudizio sarebbe quella dello Stato del foro. L'eventuale opposizione dell'immunità da parte di Stati sovrani diversi da quelli del foro (stranieri) sarebbe legittima e costoro, ancorché se responsabili

precedente interno e la pronuncia della Corte internazionale, affermando che la seconda dovesse prevalere in quanto l'obbligo di sottostare alla giurisprudenza internazionale ha fonte costituzionale e come tale prevale sul principio legislativo della *res iudicata* (Trib. Firenze, sent. 28.03.2012, pubblicata in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 583). In senso critico rispetto a questo ragionamento è M. SOSSAI *Are Italian Courts Directly Bound*, cit., p. 186, il quale rileva che l'indirizzo proposto "does not discuss the possible constitutional foundation of the principle of res iudicata itself, which Italian commentators find in the combined effect of Article 111 and Article 24 of the Italian Constitution". Per parte sua, atteso che l'indirizzo *Ferrini* è rimasto in minoranza e rilevata la sopravvenienza della decisione CIJ, la Cassazione aveva ritenuto di dover accogliere il ricorso presentato dalla Repubblica Federale tedesca e ha riformato le sentenze di merito di condanna al risarcimento del danno (Corte di Cassazione, Sez. I Pen., sent. 09.08.2012 n° 321239, pubblicata in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 1196. Su questa impostazione, si confronti la cesura di G. CATALDI, *L'esecuzione nei confronti della sentenza*, cit., p. 143).

⁵⁴ Cass. 11377/2014, cit.: "Nessun dubbio di costituzionalità può essere adombrato relativamente alle disposizioni di cui all'art. 3 della legge in questione, posto che esse risultano dettate ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848. L'art. 94 citato stabilisce che "chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie - Tutti i membri delle Nazioni Unite si obbligano a conformarsi alle decisioni della Corte internazionale di Giustizia, pronunciate all'esito dei procedimenti cui abbiano preso parte". Lo Statuto della Corte internazionale è norma (derivata) di diritto internazionale; sicché, l'art. 3 della legge n. 5 del 2013 costituisce una norma di adeguamento dell'ordinamento interno a quello internazionale, e, di conseguenza, dà attuazione all'art. 11, secondo periodo, Cost."

delle violazioni, non potrebbero essere giudicati o condannati alla rimozione delle conseguenze dannose dalla sfera giuridico-patrimoniale delle vittime.

4.2. La tesi contraria all'adattamento della norma sull'immunità nel diritto interno.

Rispetto a questo primo percorso che, riconoscendo rilevanza normativa interna alla consuetudine generale sull'immunità, limita l'azione ex art. 2043 c.c. per i *delicta imperii* commessi dallo Stato alle sole ipotesi in cui essa sia rivolta all'accertamento della responsabilità civile dello Stato del foro, si oppone un altro indirizzo seguito dalla scienza internazionalista più accreditata e, specialmente, dalla Consulta, con la sentenza in commento.

Come insegna la migliore dottrina, posto che "la comunità internazionale nel suo complesso non dispone di mezzi giuridici per reagire efficacemente ed imparzialmente in caso di violazione di norme internazionali", l'"osservanza delle norme di diritto internazionale (ossia le norme che si formano al di sopra dello Stato) riposa sulla volontà degli operatori giuridici interni diretta ad utilizzare, *fino al limite massimo di utilizzabilità*, gli strumenti che lo stesso diritto statale offre"⁵⁵.

Il nostro ordinamento, con riferimento alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, tale volontà degli operatori interni diviene un vero e proprio obbligo, grazie all'art. 10 della Costituzione repubblicana. Questa disposizione ha introdotto il c.d. "trasformatore permanente", sicché le norme internazionali generali consuetudinarie valgono nell'ordinamento interno se e finché vigono nell'ambito della comunità internazionale e la loro rilevanza e interpretazione è rimessa all'interprete (senza, quindi, che il legislatore debba fare alcunché).

Si è ora detto che il ricorso agli strumenti offerti dal diritto statale da parte degli operatori giuridici interni, così da poter assicurare l'effettivo rispetto delle norme internazionali, è ammesso "fino al limite massimo di utilizzabilità". Con questa espressione, che anticipa la c.d. teoria dei controlli⁵⁶, il

⁵⁵ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 8-9, ma, già, ID., *Appunti dalle lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1976, p. 10.

⁵⁶ In argomento, si vedano M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; R. CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella Giurisprudenza costituzionale*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del "Gruppo di



sull'immunità come affermata nella sentenza *Germany v. Italy* è una norma di diritto internazionale generale a cui, come tale, l'ordinamento italiano deve adeguarsi in ragione del dettato di cui all'art. 10 della Costituzione. Su questa base, il percorso in parola ha prodotto un testo normativo che ripete la preclusione prevista dalla CiG rispetto le azioni civili intentate contro Stati stranieri e una interpretazione giurisprudenziale in questo medesimo senso.

4.1.1. La legge 5/2013.

Più precisamente, a livello di diritto positivo, il Parlamento ha approvato la legge 14 gennaio 2013 n° 5, la quale disciplina l'ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza della CiG che abbia "escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile"⁵⁰.

Puntualmente, il primo comma dell'art. 3, l. 5/2013, prevede che "il giudice davanti al quale pendente la controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo"⁵¹.

Il secondo comma del medesimo enunciato normativo statuisce che "le sentenze passate in giudicato

in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al 1° comma, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'art. 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione e in tal caso non si applica l'art. 396 del citato codice di procedura civile". Posto che in questo caso il contrasto è tra il principio affermato dalla CiG e alcune decisioni interne coperte dal giudicato, una simile disposizione espressa "era necessaria, non potendosi altrimenti ipotizzare, a questi fini, di far ricorso allo strumento processuale della revocazione, che, com'è noto, è azionabile solo nei casi tassativamente previsti dalla legge"⁵².

4.1.2. La sentenza 1137/2014.

A livello giurisprudenziale, invece, il primo provvedimento della Corte di Cassazione successivo all'approvazione della l. 5/2013 è favorevole all'immunità della Germania e rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite n° 1337 dello scorso 21 gennaio 2014⁵³. In quell'occasione i supremi

⁵⁰ A. CIAMPI, *L'Italia attua la sentenza della Corte internazionale, cit.*, p. 148. L'Autrice, peraltro, rileva come l'art. 3, co. II, violi "il principio di eguaglianza-ragionevolezza in quanto essa concerne esclusivamente i giudizi civili, non anche le sentenze definitive rese nell'ambito di un giudizio penale, nel quale la Repubblica Federale di Germania sia stata convenuta *qua reus* responsabile civile per i fatti criminosi dell'imputato, dalle persone offese costitutesi parte civile". Sul punto, va poi segnalata la posizione di G. CATALDI, *L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza, cit.*, p. 140-141. L'A. giudica convincente la scelta del legislatore di "procedere con legge ad introdurre, in via generale, una nuova ipotesi di legittima riapertura del processo già conclusi con sentenza definitiva". La possibile alternativa – rappresentata dall'annullamento *ope legis* di tutte le decisioni contrastanti con la sentenza CiG *Germany v. Italy*, *cit.* – metterebbe "in discussione infatti principi costituzionalmente garantiti in Italia quali quello del rispetto della funzione giurisdizionale da parte degli altri poteri dello Stato e il diritto dei singoli alla tutela giurisdizionale (art. 102 e 113 Cost.), ed anzitutto il principio di eguaglianza di fronte alla legge ed al giudice (art. 3 e 24 Cost.), poiché nella specie si adatterebbe una soluzione non utilizzata in altre fattispecie analoghe e per altri soggetti, vanificando i risultati dell'attività difensiva della parte vittoriosa". Nello stesso senso militano le osservazioni di M. SOSSAI, *Are Italian Courts Directly Bound, cit.*, p. 183, M.L. PADELETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale, cit.*, p. 449 e F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale, cit.*, p. 360.

⁵¹ Corte di Cassazione, Sez. Un., sent. 21.01.2014 n°1137, in www.italgiure.eu/visualizza/. Sulla sentenza si veda la nota di M. CORLETO, *In tema di esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia e tutela dei diritti fondamentali, in Giur. It.*, 2014, 4, p. 861. Peraltro, già nel periodo intercorso tra la decisione *Germany v. Italy* e l'approvazione della legge 5/2013 vi sono state pronunce di merito e di legittimità, in particolare si era provveduto a uniformarsi alla sentenza CiG, in partecolare, il Tribunale di Firenze aveva risolto il conflitto tra il

ché quegli effetti si producano. Ciò comporta una selezione fra le cause di nullità.

5. Funzione e oggetto del giudizio di nullità

Analoghe considerazioni si possono formulare riguardo al giudizio di nullità, al suo oggetto.

La questione in tal caso è più delicata e complessa. Il giudizio di nullità non ha ad oggetto un negozio nullo ma efficace, ma semplicemente un negozio nullo.

Tuttavia, in quanto oggetto di giudizio il negozio nullo non si può risolvere nel puro non essere del negozio. Del negozio vi deve essere tanto o poco: comunque qualcosa².

Per individuare questo qualcosa occorre individuare l'interesse che il legislatore intende tutelare accordando l'azione di nullità. Operazione niente affatto agevole. Lo spazio fra interesse alla restituzione (ripetizione dell'indebito, rivendica) e interesse alla eliminazione degli effetti (annullamento) è estremamente sottile, quasi impalpabile. Storia e comparazione lo confermano: ignota al sistema romano, francese e italiano sub codice 1865, assente nel Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927³, ignorata ancora oggi dal Progetto di riferimento quadro del diritto europeo dei contratti (Draft Common Frame of Reference), l'azione di nullità nasce nella sua configurazione autonoma con la pandettistica ed è introdotta in Italia da Chiovenda. Che ne ravviva la funzione nell'esigenza di rimuovere l'incertezza sulla validità suscitata dal negozio (benché) nullo.

Un'incertezza ex re da distinguere dalla incertezza da contestazione che caratterizza l'azione generale di mero accertamento.

L'incertezza sulla validità mi sembra peraltro indicazione troppo generica. Quante volte un negozio suscita dubbi interpretativi sul significato di una o più clausole ed una delle interpretazioni possibili ha come esito la nullità del negozio, l'azione dovrebbe essere ammessa.

Troppo volte. Al giudice si finisce in tal modo per assegnare una funzione consultiva.

² Tale premessa epistemologica, non è condivisa da PAGLIANTINI S., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2011, p. 793 e ss.; il quale nella sua ampia analisi critica afferma tra l'altro che selezionare le cause di nullità contraddirebbe la lettera dell'art. 1418 (p. 773). A ciò si può replicare che la mancanza degli elementi essenziali e dei loro requisiti (secondo comma) porta ineluttabilmente dritto alla identificazione del negozio nullo con il "non negozio": una "non realtà" nella quale è facile smarritsi.

³ GUARNERI A., *L'azione di nullità (Riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, p. 41 ss. spec. 72 e pagine conclusive.

In realtà essa è proposta in via autonoma piuttosto raramente. Di regola si accompagna all'azione di ripetizione dell'indebito rispetto alla quale nell'esperienza francese ha funzione puramente "ancillare".

Se, al di là delle enunciazioni astratte, si vuole ritagliare all'azione di nullità uno spazio autonomo, piuttosto angusto peraltro, bisogna pensare ad un interesse del tutto peculiare tutelato attraverso di essa.

Tale interesse è volto non già a rimuovere un'incertezza, bensì una relativa certezza. Quella che caratterizza un atto negoziale apparentemente valido. L'avverbio è polisemico e in definitiva, in tale contesto, descrive empiricamente il fenomeno, senza un vero ancoraggio tecnico-giuridico.

Questo può desumersi da una norma chiave dell'ordinamento privatistico. Mi riferisco all'art. 2697, cod. civ., sull'onere della prova.

Se all'attore è sufficiente provare i fatti costitutivi del diritto del quale chiede tutela, ciò significa che da essi il giudice trae il convincimento della fondatezza della pretesa.

Ma se i fatti costitutivi "convincono" il giudice, è naturale che essi siano idonei a "convincere" anche i consociati. O, capovolgendo i termini, sono da considerare fatti costitutivi, fondativi della pretesa, quei fatti che segnalano ai consociati la presenza di un diritto.

L'ontologismo sostanzialista induce a pensare che la fattispecie sia integrata dalla presenza dei fatti costitutivi e dall'assenza dei fatti impeditivi⁴.

Un puro schema, una figura piatta, statica, avulsa dall'esperienza giuridica. Ma nel processo, dove si fa il diritto, non ci si affida a ciò che è ma a ciò che deve essere dedotto e provato.

La fattispecie si scompone nella rappresentazione dinamica della realtà giuridica; i fatti costitutivi fondano la pretesa; i fatti impeditivi la paralizzano. L'onere della prova è ripartito. Non fosse altro perché è estremamente arduo, anzi illogico, senza ricorrere ad indici presuntivi, richiedere la prova dell'inesistenza di un fatto.

Ebbene, con riguardo alla fattispecie negoziale nulla, gli elementi costitutivi del negozio suscitano nei consociati la (relativa) certezza della validità ed efficacia del negozio. Senonché tale certezza è fallace, in quanto sussistono (anche) elementi impeditivi dell'efficacia.

Ed allora l'azione di nullità mira a rimuovere l'apparenza di validità ed efficacia giuridicamente qualificata dalla presenza degli elementi costitutivi del negozio, in realtà negata dalla contestuale pre-

⁴ Sul punto, v. PATTI S., *Le prove. Parte generale*, in *Tratt. Inedita - Zatti* – Milano 2010, p. 123.



senza degli elementi impeditivi. Si che al giudice si chiede semplicemente di dichiarare l'inefficacia degli elementi costitutivi.

Questo, a mio avviso, l'oggetto del giudizio di nullità. Il quale, una volta esclusi i casi di assenza degli elementi costitutivi, si restringe notevolmente (si può pensare, ad esempio, al motivo e alla causa in concreto illeciti; alla simulazione, al negozio del falso rappresentante, entrambi oggetto di giudizio di nullità secondo la Cassazione).

In linea del resto con il dato statistico di cui dianzi si è detto e con l'estrema difficoltà con la quale tale azione ha trovato un suo spazio autonomo (tuttora incerto: v. Cass. 5775/2003 che afferma l'insistenza dell'interesse alla pronuncia di nullità se l'azione di ripetizione dell'indebitito è prescritta; v. anche Cass. 382/1997 e 27334/2005).

E l'assenza di elementi costitutivi? Essa segnala il mero non essere del negozio, al quale si può attribuire l'affermazione di Kelsen: il caso di nullità assoluta è fuori dal diritto. L'azione di nullità, si è visto, è volta invece a rimuovere "qualcosa".

La rilevanza d'ufficio della nullità e la mancanza degli elementi costitutivi del contratto (Giampaolo Pansa)

6. Ratio della rilevanza d'ufficio della nullità

Il "qualcosa", come dianzi individuato, oggetto dell'azione di nullità è contrastato dalla rilevanza d'ufficio.

La regola, a prima vista, sembra confortare l'idea tradizionale, condivisa dalle Sezioni Unite, della nullità come presidio di interessi generali che trascendono quelli del singolo. Finalità che dovrebbe caratterizzare ciascuna causa di nullità. Ma così, come si è visto, non è. Né varrebbe la pena ridurre le cause di nullità a quelle poste effettivamente a tutela di interessi generali. Si restringerebbe in tal modo l'oggetto del giudizio e della rilevanza in particolare alle ipotesi di contrasto con norme imperative, ordine pubblico e buon costume dell'oggetto o della causa del negozio. Un risultato che lascerebbe insoddisfatta la stessa dottrina che propugna quell'idea di nullità.

Non è dunque nelle cause di nullità che deve essere ricercata la ragione della rilevanza d'ufficio.

Un simile potere del giudice, che in qualche misura limita il principio dispositivo, chiama in causa un interesse ulteriore, questo sì di rango superiore rispetto a quello del privato che agisce in giudizio.

Tale interesse non ha una matrice "sostanzialista", non è desumibile dalle cause di nullità, come si è detto, ma è tutto interno al processo civile e ai suoi principi.

La presenza degli elementi costitutivi fonda pretese e diritti negoziali. La presenza di elementi im-

peditivi rivela che quell'apparenza di validità ed efficacia è fallace. Se al giudice non fosse accordato il potere di rilevare d'ufficio la presenza dei secondi, in assenza di un'iniziativa di parte, quell'apparenza di validità si consoliderebbe in virtù del giudicato.

Fin qui, si potrebbe osservare, niente di diverso da qualunque giudizio civile, il cui sviluppo ed esito è delimitato dal perimetro segnato dalle parti.

Senonché la nullità esprime, pur nella sterminata varietà delle cause di essa, un'inefficacia radicale, garantita dalla imprescrittibilità ed assoluta dell'azione.

In qualunque tempo, chiunque vi abbia interesse può promuovere un giudizio di nullità.

Si che su iniziativa ad esempio del terzo creditore dell'alienante, quel giudicato di validità (fra le parti del negozio) sarebbe travolto dalla successiva pronuncia di nullità e con esso pregiudicato l'interesse generale all'ordinato svolgersi dei rapporti giuridici (v. in tal senso Cass. 19903/2005).

Il potere del giudice trova dunque giustificazione nell'esigenza di impedire che si formi il giudicato sulla validità ed efficacia del negozio pur in presenza di elementi impeditivi.

Se così è, la regola entra in gioco soltanto quando il giudicato investe validità ed efficacia del negozio.

Ed è proprio su questo punto cruciale che le conclusioni giurisprudenziali sono irriducibili: Per rimanere al caso paradigmatico: in caso di domanda di risoluzione per inadempimento (accolta o rigettata che sia) si forma il giudicato sulla validità?

La tesi "processualista" lo esclude in omaggio al principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato; la tesi sostanzialista dà risposta affermativa per la priorità logica dell'efficacia del contratto rispetto all'obbligazione di cui si lamenta l'inadempimento.

Coerentemente la prima esclude la rilevanza d'ufficio della nullità, la seconda ritiene la regola operante.

A me è sembrato che per dipanare la matassa fosse necessario individuare l'oggetto del giudizio di nullità e quindi della rilevanza d'ufficio di essa.

A tal fine ho cercato lumi nel dettato normativo sull'onere della prova. Si tratta di principio fondamentale dell'ordinamento privatistico, decisivo innanzitutto per individuare la causa pendente: nella specie dell'azione di risoluzione per inadempimento.

le conseguenze negative dalla sfera giuridica e patrimoniale dell'individuo\vitima della lesione dei propri diritti fondamentali".

Come pure già ricordato, a livello interno questo dovere di riparazione esiste anche in assenza di una specifica disposizione. Difatti, la prestazione risarcitoria dello Stato responsabile rispetto alle conseguenze della violazione di un diritto fondamentale dell'individuo rientra nell'obbligo di rimozione del danno che l'art. 2043 c.c., quale generale "dovere fondamentale di *alterum non laedere*", pone a carico del responsabile e in favore di ogni danneggiato.

Orbene, mentre è pacifico che, sul piano del contenuto della prestazione, il dovere di riparazione delle conseguenze della violazione dei diritti fondamentali previsto dal diritto internazionale generale e patrizio a carico dello Stato autore dell'illecito e in favore dell'individuo\vitima coincide con il dovere di risarcimento del danno ingiusto ex art. 2043 c.c., resta da comprendere se, anche con riferimento ai confini della domanda individuale, vi sia identità tra la disciplina del dovere di riparazione nella responsabilità internazionale e quella risarcitoria come prevista dal codice civile. In particolare, è necessario stabilire se la limitazione all'accertamento della responsabilità dello Stato straniero per la violazione dei diritti inviolabili dell'uomo davanti a un giudice civile si ripeta anche con riferimento all'azione esercitata in base al codice civile.

48. A seguito della sentenza, il principio dell'immunità *in abstracto* (per cui il privilegio è da ritenersi esteso anche ad atti che violano norme cogenti poste a tutela dei diritti umani è stato seguito) è stato seguito anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dapprima con la pronuncia 11.06.2013 *Schiting Mothers of Srebrenica and others v. Netherlands* (su cui si confronta, M. I. PAPA, *Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell'Associazione Madri di Srebrenica*, in *Dir. am. dir. int.*, 2014, p. 27) e, dopo, con la decisione del 14.01.2014, *Jones and others v. United Kingdom*. Con questa seconda decisione, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la concessione dell'immunità dalla giurisdizione civile straniera si conforma a regole generalmente riconosciute di diritto internazionale, per cui essa non può essere considerata come una violazione del diritto di accesso alla giustizia contenuto nell'art. 6 Cedu (per una critica ad anzidetta sentenza si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *ivi*, p. 215). In questa direzione milita anche la recente decisione della Supreme Court of Canada, 10.10.2014, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, in <https://www.legallimes.typepad.com/>. In senso contrario all'indirizzo affermato dal CIJG, è invece la decisione della *United States District Court for the District of Columbia*, *Jeffrey Paul O'Brien, et al. v. Islamic Republic of Iran*, dello scorso 28.03.2012, che ha ritenuto risarcibili i danni connessi alla strage di 241 soldati americani a Beirut nel 1983 (la sentenza è disponibile in <http://www.legallimes.typepad.com/>).

A tale scopo, occorre definire la *vis normativa* interna della regola di diritto internazionale generale sull'immunità. La questione, come testimonia l'intervento del giudice delle leggi, non è solo teorica. Difatti, diversi cittadini italiani tuttora domandano la soddisfazione del proprio diritto al risarcimento del danno ingiusto come patito a seguito delle atrocità naziste e, a fronte dell'assenza di ogni rimedio in Germania, incardinano le proprie istanze nei confronti di quello Stato davanti a tribunali italiani ricorrendo all'art. 2043 del codice civile.

La celebrazione di questi processi è ostacolata dalla sentenza *Germany v. Italy*, in forza della quale, da un lato, pende sull'Italia una condanna a rendere inefficaci (promulgando l'opportuna legislazione o facendo ricorso ad altro metodo a sua scelta) le decisioni dei suoi giudici che hanno violato la norma sull'immunità come riconosciuta alla Repubblica Federale di Germania dal diritto internazionale e, dall'altro, ex art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848, deriva un obbligo per il giudice nazionale di adeguarsi alla pronuncia della CIJG⁴⁹.

4.1.1. L'adeguamento dell'azione di danno ex art. 2043 c.c. alla norma internazionale generale sull'immunità.

Rispetto al quesito sulla forza normativa interna da riconoscere alla norma internazionale generale sull'immunità si sono succeduti due diversi percorsi. In ordine cronologico, il primo è stato quello tracciato dal legislatore e dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione nell'immediatezza della sentenza della CIJG. La *ratio* seguita in questo indirizzo è la seguente: la disciplina internazionale

49. In virtù dell'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte. L'obbligo di dare esecuzione a queste pronunce è ulteriormente rafforzato dalla possibilità per il Consiglio di Sicurezza di fare specifiche raccomandazioni e di indicare le misure da prendere affinché la sentenza della CIJG abbia piena ed efficace esecuzione. Peraltro, sebbene la CIJG abbia respinto l'ulteriore pretesa del ricorrente che domandava la condanna dell'Italia ad adottare tutte le misure necessarie per evitare in futuro nuovi giudizi sulle azioni risarcitorie per i crimini nazisti, in virtù della citata legge, la sentenza *Germany v. Italy*, come tutte le decisioni internazionali dell'organo giudicante internazionale, deve intendersi come rivolta allo Stato nel suo complesso, sicché anche quando non sono specificamente dirette "alle singole articolazioni interne dello Stato, queste sono obbligate, in base al diritto internazionale, ad agire in conformità della decisione, ciascuna secondo il riparto di competenze come regolato dal diritto interno" (così G. CATALDI, *L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza, cit.*, p. 139; nello stesso anche M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale, cit.*, p. 445).



gio accordato allo Stato straniero segue la natura (pubblicistica) dell'atto: nella visione della CIG, l'effettiva impossibilità per le vittime della condotta dannosa di ottenere un risarcimento non incide sul riconoscimento dell'immunità⁴⁴. Consapevole che la sua decisione "may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned", la CIG si è limitata ad auspicare che "the claims arising from the treatment of the Italian military internees (...) together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled — and which formed the basis for the Italian proceedings — could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue"⁴⁵. Così, anche l'indirizzo "Ferrini", teso a negare che il pri-

174

(su cui si veda P. PUSTORINO, *Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi Waite et Kennedy e Beer et Regan*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 132). In quelle pronunce, il giudice di Strasburgo aveva affermato che, sebbene il diritto di accesso ai tribunali, riconosciuto dall'art. 6, non fosse assoluto e potesse essere sottoposto a limitazioni stabilite dagli Stati, spettava alla Corte verificare se tali limitazioni pregiudicassero la sostanza del diritto: in particolare, per determinare se l'immunità dalla giurisdizione sia ammissibile ai sensi della Convenzione occorre verificare "whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention". Con riferimento alla dottrina italiana, la tesi *de qua* essa è sostenuta da R. PISILLO MAZZESCHI, *Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1976, p. 489; L. CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1979, I, p. 455; e F. MARONGIU BUONAUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, p. 244.

⁴⁴ CIG, *Germany v. Italy*, cit., §98-104. Sul punto, in senso critico, sono A. BIANCHI, *Il tempio e i suoi sacerdoti*, cit., p. 305; B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice*, cit., p. 138-141, e R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull'immunità*, cit., p. 324. A proposito del mancato riconoscimento (definito dalla CIG, §99, come sorprendente e spiacevole) da parte delle autorità tedesche del risarcimento del danno patito dagli internati italiani, si riporta l'efficace sintesi di G. F. TINARELLI, *Relazione tematica R.G. N° 29352/2010*, 2012, in www.cemilano.giustizia.it: "tutti questi soggetti sono rimasti esclusi da ogni risarcimento: prima perché non erano considerati prigionieri di guerra, poi perché questo status non avrebbe potuto essere loro riconosciuto e la nuova norme non attribuito alcun diritto a coloro che ne beneficiavano". Sul punto si veda, più diffusamente, A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 260.

⁴⁵ CIG, *Germany v. Italy*, cit., §104. Su questo punto si confronta, ancora una volta, H. FOX, *The Law of State Immunity*, cit., p. 525: "a procedural rule going to the jurisdiction of a national court does not contradict a prohibition contained in a jus cogens norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement". Sul profilo di una possibile negoziazione tra le parti del contenzioso (Germania e Italia) si veda, F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale*, cit., p. 367.

vilégio dell'immunità accordato agli atti *jure imperii* copra anche i *delicta imperii*⁴⁶, è stato respinto.

Per la CIG l'immunità, sebbene ristretta, è ancora assoluta. Essa segue la sovranità senza conoscere alcuna limitazione che possa riflettere la gravità dell'atto commesso dallo Stato e il suo eventuale conflitto con i valori fondanti la comunità internazionale. Pertanto, a meno di voler considerare la decisione *Germany v. Italy* errata rispetto al diritto internazionale attuale, si deve ritenere che, in seno a quell'ordinamento, il diritto del singolo alla riparazione dell'illecito sussista solo nei confronti dello Stato del foro o, il che è lo stesso, che il dovere di riparazione dello Stato verso le persone fisiche vittime di violazioni obblighi lo Stato responsabile unicamente con riguardo alle azioni di responsabilità intentate nel proprio foro⁴⁷.

4. La norma internazionale sull'immunità degli Stati dalle giurisdizioni straniere e l'azione interna di risarcimento del danno conseguente alla violazione dei diritti fondamentali.

In principio, si è detto che il diritto internazionale consuetudinario e pattizio impone allo Stato responsabile il dovere di procedere alla riparazione della violazione dei diritti umani in favore dell'individuo/vittima.

Si è poi osservato che nel diritto internazionale l'azione riparatoria promossa dall'individuo si deve misurare con la norma consuetudinaria sull'immunità dello Stato sovrano dalla giurisdizione civile straniera. Per come intesa nella decisione *Germany v. Italy*, questa disciplina limita il dovere di riparazione in parola al solo Stato del foro, di modo che, per l'ordinamento internazionale, sia da escludersi che, quantanche autore dell'illecito, uno Stato straniero possa essere condannato a rimuovere

⁴⁶ Per dirla altrimenti, gli atti commessi dallo Stato e che rilevano come crimini internazionali "are not acta iure imperii (...), they are unlawful acts, delicta imperii, atrocities, international crimes of the utmost gravity, engaging the responsibility of the State and of the individuals that perpetrated them. The traditional distinction between acts iure imperii and iure gentium, as I have already indicated, is immaterial here, in a case of the gravity of the present one" (*dissenting opinion Judge Cançado Trindade*, cit., §306).

⁴⁷ Diversi Autori hanno sottolineato come la sentenza della CIG riveli l'eccessiva attenzione riservata da questo organo agli interessi degli Stati e si caratterizzi per un notevole conservatorismo: ex multis, si vedano A. BIANCHI, *Il tempio e i suoi sacerdoti*, cit., p. 306-308; A. CIAMPI, *The International Court of Justice Between 'Reason of State'*, cit., p. 398; B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice*, cit., p. 137; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull'immunità*, cit., p. 311. Sul punto si veda, ancora, la *dissenting opinion Judge Cançado Trindade*, cit., §360.

chi vuol far valere il diritto alla risoluzione deve provare i fatti su cui la pretesa si fonda ossia la causa e l'adempimento. Se si riconoscesse al giudice il potere di rilevare la presenza di fatti impeditivi, ove non si avvedesse della loro presenza, si formerebbe il giudizio sulla validità del negozio. Benché l'accertamento non investa tale qualificazione, che è fuori dal perimetro del giudizio.

Chi, invece, vuol far valere il diritto all'esecuzione, allega e prova gli elementi costitutivi del contratto, postulando altresì l'assenza di elementi impeditivi, in quanto non solo il contratto ma anche la sua validità ed efficacia, integrano il fatto costitutivo su cui la sua pretesa si fonda ossia la causa pretendi.

La rilevanza d'ufficio degli eventuali elementi impeditivi, quindi della nullità, si colloca in tal caso nel perimetro del giudizio.

Se la presenza di elementi impeditivi non è rilevata, è del tutto logico e coerente che si formi il giudizio sulla validità.

In conclusione: nella domanda di risoluzione la causa pretendi è il contratto (nei suoi elementi costitutivi) e l'adempimento; nella domanda di esecuzione la causa pretendi è la validità ed efficacia del contratto ossia elementi costitutivi del contratto e (postulata) assenza di elementi impeditivi.

Si capisce quindi perché la regola della rilevanza d'ufficio della nullità entri in gioco quando si chiede l'esecuzione del contratto e non la risoluzione di esso. Un ambito applicativo ristretto, certo, come circoscritto del resto è l'oggetto del giudizio di nullità.

8. Presenza di elementi impeditivi e assenza di elementi costitutivi.

E le cause di nullità rappresentate dall'assenza di elementi costitutivi?

Secondo la ricostruzione suggerita, sono fuori dal giudizio di nullità. La compravendita di immobile verbale, il dissesto palese, l'impossibilità materiale dell'oggetto sono semplicemente imperfezioni della fattispecie negoziale, la quale, al pari di qualunque altra fattispecie imperfetta (es. usucapione ordinaria invocata prima del decorso del termine ventennale), non integra il fatto costitutivo posto a fondamento del diritto fatto valere in giudizio. Non entra in gioco la rilevanza d'ufficio: l'esito è il rigetto della domanda (nel merito), esattamente come per ogni altra fattispecie imperfetta.

E ciò accade quale che sia il petitum: esecuzione o risoluzione.

Nel primo caso la soluzione mi sembra lineare: mancano gli elementi costitutivi del contratto sul quale si fonda la pretesa.

Nel secondo caso si tratta di intendersi sulla causa pretendi. Se essa, come ho detto, è rappresentata dal contratto e dall'adempimento, l'imperfezione del primo connota dall'assenza degli elementi costitutivi, conduce dritto al rigetto della domanda.

Impropriamente si richiama la rilevanza d'ufficio della nullità, che è regola per così dire più sofisticata, estranea al giudizio di risoluzione.

Vi è una pronuncia della Cassazione che ha contribuito notevolmente alla "svolta" in senso sostanzialista della rilevanza d'ufficio (sent. n. 2956/2011).

Di fronte ad una domanda di risoluzione per inadempimento di preliminare di vendita immobiliare verbale, la Cassazione ha rilevato e pronunciato la nullità del contratto.

Tale sentenza in realtà ha contribuito a rendere ancora più inestricabile la matassa.

Accettato acriticamente il dogma della equivalenza di tutte le cause di nullità, la conseguenza non può essere altra che quella tratta dalla sentenza in questione. Quale che fosse il convincimento sulla questione generale della rilevanza d'ufficio, la Suprema Corte non poteva cadere nel paradosso di una pronuncia sulla risoluzione di preliminare orale.

Secondo la distinzione proposta fra le cause di nullità, la soluzione lineare doveva portare al rigetto della domanda per mancanza del contratto ossia degli elementi costitutivi di esso e quindi di uno dei due fatti su cui si fonda la domanda di risoluzione: come si è visto, il contratto (e non anche la sua validità) appunto e l'inadempimento.

9. Rilevanza d'ufficio della nullità in caso di domanda di annullamento e di nullità per una causa diversa

Le Sezioni Unite, nella sentenza più volte richiamata, rinviava ad un successivo autonomo giudizio l'esame della questione in epigrafe.

Mi sembra di poter dire, secondo la linea di pensiero esposta, che quando si chiede l'annullamento o la nullità per una causa diversa (in ipotesi insussistente), l'oggetto del giudizio verte sulla efficacia del contratto, come in caso di domanda di esecuzione. Nel secondo caso se ne afferma l'efficacia nel primo l'inefficacia.

Negare la rilevanza d'ufficio della nullità nelle ipotesi in questione, porterebbe, ove risultasse insussistente il vizio invocato come causa d'annullamento o di nullità, al formarsi del giudizio sulla validità ed efficacia del contratto esattamente



te come quando la domanda ha ad oggetto l'esecuzione del contratto.

Giudicato peraltro caduco di fronte alla domanda di nullità di un terzo per causa di nullità (o per causa di nullità diversa). Con le conseguenze dianzi rilevate in termini di turbamento dell'ordine giuridico e sociale.

L'ingresso nel discorso fin qui svolto dell'azione d'annullamento richiede alcune precisazioni.

Ritengo che domanda di annullamento e domanda di nullità, quanto alla causa petendi, obbediscano al medesimo schema. Elementi costitutivi del contratto inficiati dalla presenza di elementi impeditivi.

Diverso è naturalmente il petitum, perché in un caso ricorrono gli elementi impeditivi che portano all'annullamento, nell'altro gli elementi impeditivi che sono a fondamento della dichiarazione di nullità.

L'accertamento dell'inefficacia degli elementi costitutivi obbedisce a sua volta a regole diverse nei rispettivi giudizi, secondo una graduazione di risposte alle rispettive violazioni della fattispecie negoziale, che si traducono comunque in entrambi i casi in fatti impeditivi dell'efficacia degli elementi costitutivi.

Tali violazioni – fatti impeditivi sono testuali in caso di annullabilità, spesso virtuali e, per le ragioni dette, indeterminate in caso di nullità. L'esigenza di individuare le seconde in modo coerente con le regole del giudizio di nullità non è ancora sufficientemente avvertita. Di qui il disorientamento di fronte alla rilevanza d'ufficio.

da quella inglese⁴⁰, per cui non vi sarebbe alcuna autonomia o contrasto tra le norme di *jus cogens* e la regola sull'immunità, le prime avendo natura sostanziale e la seconda procedurale⁴¹. Inoltre in ra-

quably, then, there is no substantive content in the procedural plea of State immunity upon which a jus cogens mandate can bite”. Questa posizione è condivisa da D. AKANDE, *International Law Immunities and the International Criminal Court*, in *AJIL*, 2004, p. 407; C. TOMUSCHAT, *L'immunità des états en cas de violations graves des droits de l'homme*, in *RGDIP*, 2005, p. 51; D. AKANDE e S. SHAH, *Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts*, in *EJIL*, 2011, p. 815. Successivamente alla sentenza, la distinzione tra la norma sostanziale e quella procedurale è ribadita da S. TALMON, *Jus cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished*, in *Bonn Research Papers in Public International Law*, 4/2012, disponibile presso <http://ssrn.com/abstract=2085271>; e G. BOGGERO, *Senza immunità (dello Stato), niente responsabilità (dell'individuo)*, in *Riv. dir.-pubb. comp. eur.*, 2013, p. 397.

Si vedano, rispettivamente, le decisioni della CIJ, *Arresi Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, sentenza 14.02.2002, §60 (“immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law”); *House of Lords, Jones v. Saudi Arabia*, cit., §44 (“State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law: it does not contradict a prohibition contained in a jus cogens norm but merely diversifies any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of state immunity upon which a jus cogens mandate can bite”).

40 *CIJ, Germany v. Italy*, cit., §93: “In the opinion of the Court, however, no such conflict exists. Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of jus cogens, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State”. Con riferimento alla distinzione tra norme sostanziali e procedurali e alla conseguente esclusione di una autonomia tra immunità e *jus cogens* si veda, in senso critico, C. ESPOSITO, *Jus cogens and Jurisdictional*, cit., p. 170 e A. ATTERTANO, *Stati stranieri*, cit., p. 293 per il quale l'assunta distinzione tra norme procedurali e sostanziali non sarebbe condivisibile: “negli ordinamenti giuridici non esiste una linea che divide nettamente, in due emisferi non comunicanti, le norme processuali dalle norme sostanziali. Si pensi ad esempio al principio di uguaglianza. Tale principio è certamente di natura sostanziale, ma ciononostante esprime effetti importanti anche in ambito processuale. La questione delle immunità parlamentari e dei Capti di Stato e di Governo ne è un esempio. Del resto, che l'immunità incida sul cosiddetto diritto sostanziale è evidente, posto che comprime il diritto di accesso alla giustizia dell'individuo, diritto che, essendo logicamente e temporalmente precedente all'inizio del processo, non può essere considerato di natura meramente processuale”. Con argomentazioni ancora diverse, poi, la tesi sostenuta dalla CIJ – insistenza di una autonomia tra la normativa *jus cogens* e quella della nullità in ragione della diversa natura delle regole – è convincentemente criticata da L. COSENZA, *Immunità dello Stato*

gione di anzidetta natura (procedurale) della normativa sull'immunità, la CIJ ha affermato che il riconoscimento di un tale privilegio nulla ha da dire sulla liceità di una situazione creata dallo Stato sovranamente estero in violazione di una norma *jus cogens* (sostanziale), così smentendo la tesi delle Sezioni Unite⁴².

In secondo luogo, la Corte ha contestato la tesi, sostenuta dalla difesa italiana nella propria memoria, che subordina l'immunità dello Stato straniero all'esistenza di rimedi alternativi per la vittima (c.d. *last resort argument*)⁴³. Ancora una volta il privilegio *est* e *ius cogens*, cit. p. 328-330. Secondo l'Aurice e come già indicato da R. LUZZATTO, *Stati stranieri*, cit., p. 173-174, a seguito dell'abbandono della tesi dell'immunità assoluta, non si può più ritenere che la *ratio* dell'immunità sia l'esenzione della giurisdizione civile straniera: al contrario, la norma intende proteggere – per il tramite di una sottrazione dalla giurisdizione straniera limitata alle sole ipotesi di atti espressione dei pubblici poteri – la sovranità dello Stato. Come il divieto della commistione di gravi crimini di guerra rappresenta uno dei mezzi di tutela della persona umana, così la norma che contempla i limiti alla giurisdizione costituisce il modo attraverso il quale l'ordinamento internazionale tutela la sovranità. Pertanto, conclude l'Aurice, il principio dell'immunità “si configura dunque come norma sostanziale, la quale determina riflessi di tipo procedurale negli ordinamenti interni, con la conseguenza che l'assunto alla base dell'affermazione della Corte Internazionale di Giustizia, per cui non si sarebbe conflitto tra norme sull'immunità e norme di *ius cogens*, appare superficiale e tende a perdere di consistenza. Nessun ostacolo sembrerebbe frapporsi, insomma, rispetto alla configurabilità di un'antonomia tra due norme sostanziali dell'ordinamento internazionale: l'una posta a tutela della sovranità; l'altra – il divieto della commistione di gravi crimini di guerra – posta a tutela dei diritti della persona”.

42 *CIJ, Germany v. Italy*, cit., §95: “A jus cogens rule is one from which no derogation is permitted but the rules which determine the scope and extent of jurisdiction and when that jurisdiction may be exercised do not derogate from those substantive rules which possess jus cogens status, nor is there anything inherent in the concept of jus cogens which would require their modification or would displace their application”. In senso contrario, la dissenting opinion Judge Cancado Trindade, pubblicata in www.ijesl.org, §296: “[i]f there is thus a material conflict, even though a formalist one may not be discernible. The fact remains that a conflict does exist, and the Court's reasoning leads to what I perceive as a groundless deconstruction of jus cogens, depriving this latter of its effects and legal consequences”. Questo passaggio della sentenza con cui si nega ogni ricaduta dell'immunità sulla valutazione della condotta dei nazisti è giustamente criticato da R. PISULLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di jus cogens e la regola sull'immunità*, cit., p. 315. Per quell'A., “è del tutto inutile che vi siano norme di *ius cogens* che proibiscono gravi violazioni dei diritti umani fondamentali e del diritto internazionale umanitario da parte degli Stati, e che tali norme creino obblighi per gli Stati e corrispondenti diritti per altri Stati e per gli individui vittime, se poi questi ultimi non possono far valere tali norme. Ciò corrisponde ad un principio generale di giustizia, per cui non esiste un diritto effettivo, in mancanza di rimedi per la sua violazione”.

43 Questa tesi può vantare importanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, ossia le sentenze del 18.02.1999, *Waite and Kennedy v. Germany* e *Beer and Regan v. Germany*



In sintesi, secondo l'orientamento 'Ferrini' la distinzione tra atti *jure imperii* e atti *jure gestionis* "nata in un clima di intensificazione dei rapporti commerciali e al fine di non ostacolare il loro libero esercizio nel contesto internazionale, non può evidentemente spiegare effetti anche nella esclusione dell'applicazione di norme internazionali di *ius cogens* che sono di per sé vincolanti nei confronti degli Stati, e sarebbe assurdo che non lo fossero nel caso della commissione di crimini internazionali lesivi dei valori fondamentali dell'ordinamento internazionale"³³.

3.3-La pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso Germany v. Italy.

Anche il tentativo operato dalla Corte di Cassazione non ha avuto fortuna. L'indirizzo 'Ferrini' non ha trovato seguito in procedimenti simili³⁴ e, in aggiunta, è stato ritenuto in contrasto con l'ordinamento internazionale dalla Corte Internazionale di Giustizia (d'ora innanzi, CIG) nella nota decisione *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*³⁵.

Per contro, le Sezioni Unite non hanno fatto ricorso a deroghe (rinunciare o altro) del principio di immunità ristretta, ma hanno superato (per così dire) a monte il tema dell'immunità: in ragione del ruolo attribuito alla tutela dei diritti fondamentali, non si può concedere il privilegio dell'immunità dalla giurisdizione civile straniera per le ipotesi connesse a crimini internazionali. In dottrina, in questo senso, sono K. BARTSCH e B. EIBERLING, *Jus Cogens vs State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulos et al. v. Greece and Germany Decision*, in *German Law Journal*, 2003, p. 486-487, "[t]he material *ius cogens* rule also contains a procedural *ius cogens* rule prohibiting certain limits to its enforcement. Accordingly, no state may rely on state immunity in cases concerning violations of *ius cogens* norms".

³³ Cass. Civ., Sez. I, 20.05.2011 n° 11163. La distinzione potrà invece "continuare ad avere un suo specifico significato nell'applicazione di quelle prassi adottate dagli Stati per assicurare lo svolgimento di funzioni e attività che perseguono il loro interesse reciproco e quello della Comunità internazionale".

³⁴ Si pensi alla decisione *Jones v. Saudi Arabia*, cit., §22, dove si afferma che la decisione 'Ferrini' non può "be treated as an accurate statement of international law as generally understood; and one swallow does not make a rule of international law".

³⁵ Nel dicembre del 2008 la Repubblica Federale tedesca ha presentato ricorso presso la CIG, per contrastare il filone giurisprudenziale che – come anticipato da P. DE SENA e F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazione*, cit., p. 255 – era sorto a seguito della sentenza 5044/2004 (nel ricorso tedesco si afferma che, al momento dell'instaurazione del giudizio internazionale, fossero pendenti in Italia almeno 26 domande di risarcimento dei danni provocati dai crimini nazisti; sempre nel 2008, il principio affermato nel caso 'Ferrini' era stato ribadito da numerose sentenze, (29.05.2008 n° 14199) e ordinanze (n° 14200-14212 del 29.05.2008) della Corte di

Le argomentazioni usate dalla CIG sono essenzialmente due. In primo luogo, al contrario di quanto sostenuto dalla difesa italiana nella propria memoria, la Corte ha negato che l'applicazione del principio di immunità ristretta possa ostacolare la norma di *ius cogens* che "prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilians in prisoners of war to slave labour"³⁶. A tal proposito, la CIG ha ribadito la propria adesione a quell'impostazione, proposta da parte della dottrina³⁷ nonché seguita dalla propria giurisprudenza e

Cassazione). La Germania ha chiesto al giudice internazionale di accertare che la condotta dell'Italia successiva alla sentenza 'Ferrini' costituisca un illecito internazionale, di condannare l'Italia a porre nel nulla tutte le pronunce rese nei confronti della ricorrente e di impedire alla stessa di consentire ai giudici civili di conoscere in futuro della controversia. Con dodici voti contro tre, la Corte Internazionale di Giustizia ha parzialmente accolto il ricorso contro la Repubblica italiana per avere quest'ultima mancato di riconoscere l'immunità e per avere accolto in sede civile le pretese avanzate nei confronti della Germania per violazioni del diritto internazionale unanimità commesse dal Reich tedesco tra il 1943 e il 1945. Il testo della sentenza *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)* resa lo scorso 03.02.2012 è disponibile presso il sito istituzionale della Corte www.ici-ij.org. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti; senza alcuna pretesa di completezza è possibile segnalare quelli di B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a Missed Opportunity*, in *Ital. Yearbook Int. Law*, XXI, 2011, p. 135; R. FAVONI, *An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State*, in *ivi*, p. 142; C. ESPOSITO, *Jus cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: "A conflict does exist"*, in *ivi*, p. 161; M. SOSSA, *Are Italian Courts Directly Bound to Give Effect to the Jurisdictional Immunities Judgment?*, in *ivi*, p. 174; A. BIANCHI, *Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso Germania c. Italia*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2012, p. 293; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di *ius cogens* e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *ivi*, p. 310; L. COSENZA, *Immunità dello Stato e *ius cogens* nella sentenza del 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia*, in *ivi*, p. 327; F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *ivi*, p. 350; A. CIAMPI, *The International Court of Justice Between Reason of State and Demands for Justice by Victims of Serious International Crimes*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, p. 374; M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità del giudice nella giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2013, 1, p. 137.

³⁶ CIG, *Germany v. Italy*, cit., §93.

³⁷ H. FOX, *The Law of State Immunity*, 2002, p. 525: "State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law; it does not contradict a prohibition contained in a *ius cogens* norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Ar-

I PROFILI SUCCESSORI DELLA RIFORMA DELLA FILIAZIONE (*)

Di Giovanni Passagnoli

SOMMARIO: 1. Le principali novità di disciplina. - 2. Le disposizioni transitorie. - 3. La ragionevolezza della applicazione retroattiva. - 4. L'azione di riduzione oggi esperibile dall'ascendente naturale e il "precedente" dell'art. 270 c.c. dopo la riforma del 1975. - 5. La nuova disciplina della successione legittima e i limiti agli acquisti a titolo originario.

1. Le principali novità della disciplina.

1.1. L'art. 1 della legge 10 dicembre 2012, n. 219 ha innovato profondamente la disciplina della parentela, del riconoscimento e dello status *filio-timo*.

Il legislatore ha apportato rilevanti modifiche al libro primo del Codice Civile che, come vedremo, pongono le premesse del discorso sulle conseguenze di disciplina per il diritto delle successioni. Le riforme sono brevemente:

Centrale, anzitutto, la nuova formulazione dell'art. 74 del Codice, che ora definisce la parentela come il vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite, quindi a prescindere dalla circostanza che la filiazione sia avvenuta all'interno o al di fuori del matrimonio, oppure sia adottiva.

A tale modifica si affianca, coerentemente, il nuovo testo del primo comma dell'art. 258, ove si dispone che il riconoscimento produca effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso.

Il quadro è completato dal nuovo testo dell'art. 315, ove si enuncia la unicità dello status *filio-timo*.

Da queste premesse si dipanano come corollari le molte e minute conseguenze disciplinate dal de-

creto lgs. 28 dicembre 2013, n.154, in particolare, per quanto qui interessa, agli artt. da 67 a 89.

Nell'economia del discorso mi limiterò a ricordare solo quelle più rilevanti, per lo più risultanti dalla combinazione tra le modifiche direttamente introdotte con la legge 219/12 e quelle disciplinate dal decreto lgs. 154/13.

1.2. Camppeggia, nella nuova disciplina, la inclusione nelle categorie di successibili dei parenti del *de cuius*, quand'anche questi fosse nato al di fuori del matrimonio¹.

Come sappiamo, sino alla riforma le cose stavano ben altrimenti. Infatti, la parentela col figlio riconosciuto si arrestava al genitore che avesse effettuato il riconoscimento, con le sole estensioni in linea retta a favore del discendente naturale, quale successibile legittimo, ovvero quale legittimario in luogo del proprio ascendente, od ancora quale avente diritto a rappresentazione.

La limitatezza della parentela, per quanto in linea retta, tra il figlio riconosciuto e il genitore trovava, del resto, un momento di evidente emersione

(*) Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle sole note indispensabili, la relazione tenuta nel settembre 2014 al Convegno organizzato dal Comitato Regionale Notarile Toscano, su *Il notaio e l'evoluzione del diritto*.

¹ Ciò discende dalla combinazione, nelle rispettive nuove formulazioni, degli artt. 74, 258 e 565 c.c.-

negli artt. 536 e 538 c.c., ove si escludeva ogni ascendente naturale, incluso il genitore, dalle categorie di legittimari.

In linea collaterale le cose, se possibile, andavano ancora peggio², giacché neppure i fratelli naturali - ammesso che si potessero definire così, in mancanza di un vincolo di parentela riconosciuto - erano inclusi tra le categorie di successibili enunciate dall'art. 565.

Ciò almeno sino alla note sentenze della Corte Costituzionale, le quali, tuttavia, avevano più messo in risalto, che risolto, le contraddizioni del sistema³. Con esse, infatti, si erano, sì, legittimati i fratelli naturali alla successione, ma tale risultato si attuava con la loro collocazione in un ordine separato, successivo ai parenti di sesto grado ed anteriore soltanto allo Stato. Con tale soluzione la Corte, anziché limitare alla sola famiglia nucleare le conseguenze della preferenza - pur sempre consentita dalla Costituzione all'art. 30, terzo comma - accordata ai "membri della famiglia legittima", dava invece la più lata ed anacronistica tutela a vincoli di lontana consanguineità, purché legittimi. Così, nell'apparente progresso della decisione, la ratio decidendi segnava un arretramento significativo, giacché finiva col radicarsi negli orientamenti interpretativi che avevano connotato la stagione anteriore alla riforma del 1975⁴.

Ora questo assurdo è venuto meno e le categorie di successibili sono, per così dire, indifferenti alla circostanza che il *de cuius* sia nato o meno in circostanza di matrimonio.

Si afferma così, oltre alla unicità dello *status filiationis*, quella del *rapporto parentale*.

In conseguenza di ciò, a livello sistematico, deve essere rivisto il tradizionale insegnamento circa la tripartizione delle classi di successibili⁵: non più

² In ciò il nostro Codice unitario prima, e quello del '42 poi, retrocedevano addirittura rispetto alla soluzione adottata dall'art.766 *Code Civil*, senz'altro favorevole alla successione legittima tra collaterali naturali: su ciò, *amplius*, L. MENGONI, *Successione legittima*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLIII, t. I, Milano, 1973, p. 114.

³ Si vedano in particolare C. Cost. 4 luglio 1979, n. 55, in *Giur. it.*, 1980, I, 1122; C. Cost. 12 aprile 1990, n. 184, in *Foro it.*, 1991, I, 3283.

⁴ Emblematica, per la preferenza che ancora si accordava ai consanguinei legittimi, C. Cost.6 luglio 1960, n. 54, in *Foro it.*, 1960, I, 908, ove repulava costituzionalmente legittima, con riferimento agli artt. 467 e 468, la esclusione dalla rappresentazione dei figli naturali del figlio naturale istituito. In generale, sulla disciplina della materia anteriore alla riforma del 1975 e sui relativi orientamenti interpretativi, vedi l'efficace sintesi di V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2014, p. 645 ss.

⁵ Se ne veda la lucida trattazione, anche in prospettiva storica, di L. MENGONI, *Successione legittima*, cit., pp. 39 ss.-

parenti legittimi, parenti naturali e coniuge, ma solo *due classi*, quelle dei parenti e del coniuge. Con la conseguenza che si *generalizzano*, all'interno dell'unica classe dei parenti, sia i tre ordini costituiti rispettivamente dai discendenti, dagli ascendenti e dai collaterali - coi loro discendenti per rappresentazione - sia l'ulteriore criterio preferenziale, all'interno di ciascun ordine, costituito dal grado della parentela.

Come vedremo, sarà proprio questa innovazione della successione legittima l'ambito maggiormente problematico sul quale soffermare il nostro discorso.

1.3. In questo contesto divengono meri corollari taluni profili di disciplina, che perciò richiamo in modo del tutto sommario:

- dalla abrogazione del diritto di commutazione, tanto nella successione legittima, quanto in quella necessaria⁶;

- alla inclusione degli ascendenti, che un tempo si sarebbero detti naturali, tra i legittimari;

- alla generalizzazione della disciplina concernente la successione legittima degli ascendenti diversi dai genitori (art. 569 c.c.);

- alle molte modifiche testuali che in numerose disposizioni vengono apportate dal decreto legislativo, in attuazione del principio di unicità dello *status filiationis*, già precettivamente enunciato dalla legge delega;

- sino alle disposizioni eterogenee che trovano in principi diversi - quali la parità tra i genitori⁷ - ovvero nel recepimento testuale di precedenti della Corte Costituzionale⁸, la propria giustificazione.

Su tutto ciò non mette conto, in questa sede, di soffermarsi.

2. Le disposizioni transitorie.

⁶ Il diritto di commutazione era già in precedenza escluso nell'ambito della successione testamentaria, attribuendosi on tal caso prevalenza alla volontà difforme del testatore.

⁷ Mi limito a ricordare il novellato art. 643 che, nella successione testamentaria, in attuazione del principio di parità tra i genitori, attribuisce l'amministrazione dei beni del chiamato concepito al padre e alla madre e non più soltanto al primo e solo in subordine alla seconda.

⁸ Ad esempio l'art. 480 modificato che (come già Corte Cost. 29 giugno 1983, n. 191, in *Foro it.*, 1983, I, 2074) individuava *dies a quo* della prescrizione del diritto di accettare l'eredità nel passaggio in giudicato della sentenza che accerta la filiazione; o ancora all'art. 803, ove il nuovo testo recepisce quanto deciso dalla Corte Cost. 3 luglio 2000, n. 250 (in *Giur. civ.* 2000, I, 2513) circa la illegittimità del termine biennale per l'innanziamento alla esperibilità dell'azione di revocazione per sopravvenuta di figli, in caso di riconoscimento del figlio posteriore alla donazione.

dell'immunità dalle giurisdizioni civili straniere²⁹. Entrambe queste soluzioni giurisprudenziali sono state poi smentite nei successivi gradi di giudizio³⁰.

3.2.(...) e il caso Ferrini³¹.

Inoltre, nel medesimo filone che si propone di negare il privilegio dell'immunità allo Stato straniero convenuto presso un tribunale civile nei giudizi tesi ad accertare la responsabilità riparatrice per la violazione dei diritti umani, occorre citare anche il c.d. "caso Ferrini"³¹. L'importanza di questa pronuncia della massima autorità giurisdizionale italiana è acuita dalla circostanza che la stessa ha rappresentato la prima decisione di una corte suprema nel senso del riconoscimento della giurisdizione rispetto alle domande risarcitorie relative alla violazione dei diritti fondamentali commessa da uno Stato straniero³².

²⁹ *United States District Court, District of Columbia*, 15.10.1985, *von Dardel v. URSI*.

³⁰ Per maggiori riferimenti a questi e ad altri tentativi di affermazione della c.d. *human rights exception* si rinvia al contributo di F. DE VITTORE, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. internac.*, 2002, 3, p. 573.

³¹ Corte di Cassazione, Sez. Un., 11.03.2004, sent. n° 5044, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 539. Un cittadino italiano, Luigi Ferrini, il 4 agosto 1944 era stato catturato in Toscana, deportato nel lager di Kahl (Turin) e costretto a prestare lavoro per imprese tedesche belliche sino al 20 aprile 1945. Nel settembre del 1998 egli aveva adito il Tribunale di Arezzo per vedere la Repubblica Federale tedesca condannata al risarcimento dei danni. A fronte della sentenza dell'adito tribunale che dichiarava il difetto di giurisdizione, il signor Ferrini proponeva appello presso la Corte di Appello di Firenze, che confermava la decisione di primo grado. L'attore decideva di presentare ricorso in Cassazione, che ha così avuto l'occasione di pronunciarsi per la prima volta sulla responsabilità civile in ordine ai crimini commessi dalle truppe tedesche durante la seconda guerra mondiale. Sulla decisione, con la consueta premessa di non esautività, si vedano le osservazioni di R. BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giust. Civ.*, 2004, 5, p. 1200; A. GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 3, p. 643;

M. IOVANE, *The Ferrini Judgment*, cit., p. 165; L. SICO, *Sulla immunità dalla giurisdizione italiana della Repubblica Federale di Germania in rapporto alle conseguenze patrimoniali di atti compiuti dalle forze armate tedesche nell'anno 1944*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 511; P. DE SENA e F. DE VITTORE, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazione di diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 523; C. FOCARELLI, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision*, in *ICJLO*, 2005, 4, p. 951.

³² Quanto al risultato, la decisione del caso Ferrini è stata apprezzata dalla grande parte della dottrina italiana: *ex multis*, si vedano A. GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità*, cit.,

Secondo le Sezioni Unite della Cassazione, giacché i fatti dedotti dall'attore in giudizio erano da qualificarsi alla stregua di crimini internazionali, il riconoscimento dell'immunità alla Repubblica federale tedesca sarebbe di ostacolo alla tutela di valori la cui protezione è essenziale per l'intera Comunità internazionale, *it* prevale su ogni altra norma, sia questa di carattere convenzionale o consuetudinario *iii*) giustifica una disciplina "qualitativamente diversa (e più severa) di quella stabilita per gli altri illeciti"³³. Una volta rilevata l'antinomia, le Sezioni Unite hanno affermato che questa andasse "risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato", il cui *status*, peraltro, esclude che occorra una norma espressa che deroghi al principio di immunità³⁴.

p. 643 (per la quale, con la sentenza Ferrini la Cassazione avrebbe assunto "una posizione tra le più avanzate"). A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 111, e A. ATTERIFIANO, *Stati stranieri*, cit., §4. Per una lettura critica, invece, si veda A. GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *JCL*, 2005, p. 224. Infine, non sono mancate esse su specifici punti della sentenza, ad esempio, con riferimento al rapporto tra responsabilità dell'individuo e responsabilità dello Stato, si veda P. DE SENA e F. DE VITTORE, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazione*, cit., p. 259; con riguardo all'ingresso per il tramite dell'art. 10 Cost. di un principio in formazione multa P. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 738; in relazione al tema della prescrivibilità del danno è P. SINONE, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile*, cit., p. 543; sul problema dell'automaticità della pretesa risarcitoria del singolo si sofferma invece G. SERRANO, *Immunità degli Stati stranieri e crimini*, cit., p. 626; con riguardo al mancato richiamo nella sentenza della circostanza relativa all'impossibilità per il ricorrente di ottenere un rimedio effettivo nell'ordinamento tedesco si veda R. BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile*, cit., p. 1200.

Con riferimento alla tutela accordata per questo particolare tipo di illecito internazionale, la Corte sottolinea la specialità della materia dei diritti umani, richiamando i principi di imprescrivibilità, di universalità della giurisdizione e di obbligo (per gli altri Stati) di intervenire per ottenere la cessazione della violazione (5044/2004, cit., §9).

In altre parole, si deve ritenere giustificata l'esenzione dalla giurisdizione civile nei giudizi connessi alla responsabilità per crimini internazionali anche in assenza di una deroga al principio dell'immunità ristretta. A tal riguardo, secondo la Cassazione, è sufficiente l'emersione del rispetto dei diritti inviolabili della persona umana quale "principio fondamentale dell'ordinamento internazionale"; difatti, l'emersione di un tale principio si riflette di per sé "sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato e, in particolare, di quello sulla "sovranità uguaglianza" degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera". Il punto merita attenzione. Esso rende evidente la diversità del percorso seguito dalle Sezioni Unite rispetto alla soluzione della Corte Suprema elvetica (Aretos Pagos, 04.05.2000, n. 11/2000, *Préfecture of Volonia v. Federal Republic of Germany*, in *AJIL*, 2001, p. 198). Sebbene in entrambi le pronunce si fosse esclusa l'immunità alla Repubblica Federale di Germania, il giudice greco aveva dichiarato la propria giurisdizione sulla base di una presunta rinuncia (all'immunità) implicita nella violazione delle norme cogenti.



giudizio. Se questa è pubblicistica, il giudice adito deve dichiarare il proprio difetto di giurisdizione.

Pertanto, siccome le condotte dello Stato lesive dei diritti umani costituiscono tipicamente attività connesse all'esercizio della sovranità aventi natura pubblicistica (operazioni belliche, funzioni giurisdizionali e/o di pubblica sicurezza, etc.), risulta *ictu oculi* evidente come il privilegio dell'immunità incide in modo notevole sulla cognizione del giudice civile straniero adito dalla vittima per accertare la responsabilità di quello Stato e ottenere la prestazione riparatoria²⁴.

3.1.1 tentativi di ulteriore restringimento dell'immunità: le c.d. human rights exemptions (...).

Invero, la posizione del diritto internazionale che nega la giurisdizione del giudice straniero qualora si dimostri la natura pubblicistica dell'atto illecito, è stata oggetto di diverse critiche e non sono mancati dei tentativi volti a escludere il privilegio dell'immunità per le azioni di responsabilità relative alla violazione dei diritti umani intenziate contro uno Stato straniero (c.d. *human rights exception*).

A livello dottrinario, vi è stato chi ha negato che la regola dell'immunità ristretta possa trovare applicazione anche in simili circostanze. Secondo

²⁴ Le pronunce che riconoscono l'immunità dalla giurisdizione civile allo Stato straniero rispetto a ipotesi di violazioni di diritti umani causate da atti esercizio della sovranità sono numerose. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si veda la sentenza 21.11.2001, *Al Adsani v. United Kingdom* per cui agli Stati andrebbe garantito il privilegio dell'immunità dalla giurisdizione civile straniera anche con riferimento ad atti che rilevano quali crimini internazionali (come, ad esempio, la tortura). Nella giurisprudenza interna, invece, si può fare riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite 03.08.2000 n° 530, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 1156 e all'ordinanza 05.06.2002, n. 8157 in *Iv.*, 2002, p. 799. Con la prima decisione, relativa ai noti fatti del *Cermis*, la Cassazione aveva affermato che il principio di immunità ristretta "non trova alcuna limitazione in ordine all'attività di addestramento alla guerra, neppure in connessione ed in presenza di suoi effetti e conseguenze atti a ledere o porre in pericolo l'incolumità degli individui" (in commento alla sentenza si veda, P. SIMONE, *L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante servizi militari della NATO*, in *Giur. civ.*, 2001, p. 747). Con la seconda pronuncia, invece, le Sezioni Unite, in un procedimento che aveva ad oggetto la domanda di risarcimento del danno patito dai parenti delle vittime del bombardamento della radiotelevisione di Belgrado (colpita da un missile lanciato da un aereo NATO decollato dalla base militare di Aviano) e presentata davanti il Tribunale di Roma, hanno dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, ritenendo che gli atti di guerra in questione costituiscono manifestazione di una funzione politica e che "rispetto ad atti di questo tipo nessun giudice ha potere di sindacato circa il modo in cui la funzione è stata esercitata".

l'orientamento c.d. *normative hierarchy theory*²⁵, il privilegio non potrebbe essere riconosciuto, in quanto la norma sull'immunità sarebbe in contrasto con una normativa gerarchicamente superiore e cogente, come appunto è quella che tutela i diritti umani, i quali, "because of their higher status, must prevail over other international rules, including jurisdictional immunities"²⁶. Tale impostazione non ha trovato un seguito apprezzabile²⁷.

Con riferimento alla giurisprudenza straniera, tra i tentativi favorevoli a disconoscere l'immunità per gli atti *jure imperii* lesivi dei diritti umani, si possono ricordare due tesi: quella della rinuncia implicita all'immunità e quella relativa alla perdita dell'immunità in conseguenza della ratifica di un trattato in materia di diritti umani. Secondo il primo orientamento, gli atti compiuti in difformità dallo *jus cogens* (e, quindi, anche quelli che violano i diritti umani), in quanto tali, andrebbero considerati estranei all'esercizio dei poteri sovrani²⁸. Aderendo alla seconda impostazione, invece, la ratifica da parte di uno Stato di un trattato in materia di diritti umani comporterebbe *ex se* la caducazione

²⁵ Per la prima formulazione di questa teoria si legga il contributo di A. BELSKY, M. MIERVA e N. ROTH-ARRAZA, *Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, in *Cal. law rev.*, 1989, p. 365. Nello stesso senso anche la dissenting opinion of Judges Rozák, Cagfish, joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic, in *Al Adsani v. United Kingdom*, *cit.* Per una critica si veda, in luogo di tanti, il lavoro di L. M. CAPLAN, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, in *AJIL*, p. 2003, p. 741.

²⁶ La citazione è tratta da A. BIANCHI, *Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case*, in *EJIL*, 1999, p. 265. In termini simili, *Id.* *Denying State Immunity to Violators of Human Rights*, in *Austrian Jour. Public and Int. Law*, 1994, p. 195; A. REIMANN, *Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany*, in *Mich. Jour. Int. Law*, 1995, p. 403; A. ORAKHELASHVILI, *State Immunity and Fundamental Human Rights: Why the House of Lords Got it Wrong*, in *EJIL*, 2007, p. 955.

²⁷ *Ex multis* si pensi alla decisione della *House of Lords*, 14.06.2006, *Jones v. Saudi Arabia*, (su cui si veda F. DE VITTOR, *Immunità di Stati stranieri e dei loro organi della giurisdizione e violazione dei diritti dell'uomo: il caso Jones, Mitchell and others*, in *Dir. un. dir. int.*, 2007, p. 144). Tra la dottrina, invece, si confronti A. ZIMMERMANN, *Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens: Some Critical Remarks*, in *Mich. Jour. Int. Law*, 1995, p. 433.

²⁸ *United States District Court, District of Columbia*, 23.12.1992, *Prinz v. Federal Republic of Germany*. Tale tesi è sostenuta da A. BELSKY, M. MIERVA e N. ROTH-ARRAZA, *Implied Waiver Under the FSIA*, *cit.*, p. 394; "[t]he existence of a system of rules like states may not violate implies that when a state acts in violation of such a rule, the act is not recognized as a sovereign act. When a state act is no longer recognized as sovereign, the state is no longer entitled to invoke the defense of sovereign immunity".

L'art. 104 del decreto, ai commi da 1 a 6, detta le regole di diritto intertemporale concernenti le conseguenze successive del principio di unicità dello *status filiationis*.

L'aspetto pregnante della disciplina transitoria è la sua esplicita retroattività, quindi applicabilità alle successioni aperte anteriormente alla entrata in vigore della legge 219/2012, con la sola salvezza degli "effetti del giudicato formatosi" prima di essa. Così, in sintesi, possono verificarsi le situazioni seguenti.

a.-Nella *successione legittima*, coloro che abbiano acquisito il nuovo stato parentale, possono farlo valere, impercettibilmente, tanto nei giudizi di pertinenza ereditaria in corso, quanto mediante una nuova autonoma azione, ai sensi dell'art. 533 c.c.. Questa *nuova delazione conferisce* al nuovo chiamato legittimazione all'esperimento di tutte quelle azioni che gli erano per l'immanenza precluse, con riferimento a successioni già aperte ed, anche, *apparentemente* definite. Egli può così far valere, retroattivamente e senza limiti prescrizionali, i propri diritti, avvalendosi dell'azione di petizione ereditaria nei confronti di coloro che, a seconda dei casi, divergono, rispetto a lui, semplici eredi *apparenti* oppure *coeredi*.

b.-Nella *successione necessaria*, i nuovi legittimari, che siano stati pretermessi, sono titolari ad agire in riduzione. Si tratta dei soli ascendenti naturali, in precedenza esclusi dagli ordini dei successori necessari. Essi ora, ove siano stati pretermessi in tutto o in parte – in relazione alle eventuali donazioni o disposizioni testamentarie delle quali abbiano beneficiato – possono esperire *ex novo* l'azione di riduzione. Il termine di prescrizione di quest'ultima decade non dalla apertura della successione, bensì dalla entrata in vigore della legge 219/2012, o, addirittura, dalla posteriore annotazione del riconoscimento, o dal passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della paternità o maternità.

3. La ragionevolezza della applicazione retroattiva.

Dico subito che, tra i molti problemi che la disciplina accennata ci pone, non mi sembra trovi spazio quello di una sua sospetta illegittimità costituzionale, sotto il profilo della sua applicabilità retroattiva.

In effetti, in tema di retroattività, i principi che regolano il rapporto tra la *lex temporis* e lo *ius superveniens* consentono ormai di sottrarsi all'idea, tanto invalsa quanto ingiustificata, di una sorta di intangibilità dell'esistente. E' vero invece che le si-

tuazioni soggettive possono cedere di fronte allo *ius superveniens*, purché a livello apicale si giustificati la prevalenza di determinati valori dei quali questo sia espressione: è la ragionevolezza, non il diritto quesito, a governare l'ordine pubblico intertemporale⁹.

E, nella specie, è difficile dubitare della ragionevolezza della prevalenza accordata, con la retroattività in questione, alle esigenze di parità di trattamento che discendono dalla unificazione dello *status filiationis*: si tratta, appunto, di rimediare ad una discriminazione che il sistema delle fonti – dalla Carta di Nizza alla Cedu – più non consente.

4. L'azione di riduzione oggi esperibile dall'ascendente naturale e il "precedente" dell'art. 270 c.c. dopo la riforma del 1975.

4.1. La descritta retroattività, rispetto a successioni aperte, non è nuova e trova, non a caso, un antecedente nella applicazione retroattiva dell'art. 270 c.c., come novellato con la riforma del 1975.

In tal caso si trattava delle conseguenze successive della dichiarazione giudiziale della paternità, o maternità, naturale ed anche allora la imprescrittibilità dell'azione consentiva il sopravvenire dell'accertamento dello *status* rispetto alla apertura della successione del genitore convenuto. In conseguenza, il passaggio in giudicato della relativa sentenza avveniva spesso dopo la accettazione - e magari la divisione - dell'eredità da parte di altri soggetti.

Anche in quei casi si è posto il problema della stabilizzazione degli effetti successivi prodottisi, rispetto alla azione di riduzione proponibile dal neo-legittimario pretermesso.

Ci si è chiesti, in particolare, se l'azione di riduzione esperita dal figlio naturale, una volta acquisito il nuovo *status*, potesse contrarsi mediante l'eccezione di usucapione da parte degli eredi. La risposta della giurisprudenza, come sappiamo, è stata negativa, principalmente in ragione del fatto che l'azione di riduzione non è una rivendica. Essa, anzi, presuppone che il convenuto abbia acquistato la proprietà dei beni ascrivibili al *relictum* o al *donatum*: sicché non sarebbe concepibile che chi già abbia acquisito il diritto a titolo derivativo possa anche usucapire il bene proprio¹⁰.

⁹ Sul punto, anche per ogni utile riferimento bibliografico, mi permetto di rinviare a G. PASSAGNOLI, *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 343 ss.

¹⁰ Per tutte, Cass. 18 ottobre 1991, n. 11024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 429; Cass. 19 ottobre 1993, n. 10333, in



Da ciò la, relativa, precarietà degli effetti successori prodotti.

4.2. Un discorso analogo, per chi condivide quella ricostruzione, sembra oggi potersi fare con riferimento all'ipotesi dell'azione di riduzione esperita dall'ascendente, già *naturale*, che vi sia legittimato *ex novo* per effetto della riforma. Anche qui gli eredi, legatari o donatari non potrebbero liberarsi dalle conseguenze della azione di riduzione, eccettuando l'usucapione. Essi potrebbero, invece, giovarsi della prescrizione di tale azione, ancorché a far data dal nuovo *dies a quo* innanzi ricordato.

5. La nuova disciplina della successione legittima e i limiti agli acquisti a titolo originario.

5.1. Del tutto diverso è il quadro di disciplina che si presenta con riferimento a quella che è indubbiamente la più vasta e dirompente innovazione della riforma: la ricordata riduzione - da tre a due soltanto - delle classi dei successibili *ex lege*.

Qui, il dato saliente è l'esperibilità dell'azione di petizione ereditaria - ben al di là dell'ambito di operatività della successione necessaria - da quei congiunti sino al sesto grado sin qui esclusi dalla delazione, oppure postergati ai parenti legittimi come nel ricordato caso dei fratelli, a causa della limitata rilevanza della parentela "naturale".

La profonda diversità di questa ipotesi rispetto alle precedenti discende dalla natura e dalla disciplina della azione di petizione ereditaria, sulle quali, pertanto, è utile soffermarsi brevemente.

Gli artt. 533-535 c.c. disciplinano questa azione di condanna, che è *in rem* ed imprescrittibile, con finalità recuperatoria, come la rivendica¹¹. Si tratta, però di una tutela assai più snella della rivendica, giacché l'attore può limitarsi a provare la morte del *de cuius*, la propria qualità di erede - nel nostro caso il vincolo di parentela e la delazione che ne con-

Ciur. it., 1995, I, 1, 918, secondo cui l'azione di riduzione sarebbe "adacabile solo per effetto della prescrizione estintiva di cui all'art. 480 cod.civ.", mentre non potrebbe "essere paralizzata dal donatario convenuto con l'eccezione di usucapione ventennale, e ciò sia perché tale eccezione non avrebbe altra funzione se non quella di ribadire l'esistenza di quel dominio che è presupposto della domanda, sia perché, in definitiva, la stessa, per come legislativamente strutturata, risulta diretta a non rivendicare lo specifico bene posseduto dal beneficiario dell'atto di liberalità ma a far valere sul valore di detto bene le ragioni successorie spettanti al legittimario trascurato".

¹¹ Sui tratti distintivi tra petizione e rivendica, G. CECCHERINI, *Petizione di eredità (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 619 ss., in specie, 622; G. CAROZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 241 ss.; e già CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da CICU-messineo, XLII, Milano, 1961, p. 242 ss.

segue - nonché l'ascrivibilità all'asse ereditario dei beni rivendicati da chiunque li possieda, con o senza titolo di erede.

La decorrenza *ex novo* del termine per l'accettazione, unita alla imprescrittibilità della petizione ereditaria, determinano una *peculiarità, straordinaria* *precarietà degli effetti delle progressive successioni apertesi anche in tempi remoti*.

Infatti, l'art. 104 del decreto non pone alcun limite temporale alla retroazione della delazione a favore di chi fosse stato, al tempo, escluso dalle categorie dei successibili.

Si pensi, in particolare, ai casi in cui trovi applicazione il diritto di rappresentazione. Qui, la proporzionalità in linea retta, ai sensi dell'art. 468, ha luogo all'infinito a favore, tra l'altro, dei discendenti di fratelli e sorelle: assume, perciò, particolare rilevanza nel nostro discorso, la delazione a favore dei fratelli "naturali" del *de cuius*.

Essa - dapprima impedita in modo radicale dalla esclusione di tali soggetti dai successibili *ex lege*, quindi ammessa con postergazione ai parenti legittimi dalla ricordata giurisprudenza costituzionale - si afferma ed espande, ora, grazie ai combinarsi della nuova disciplina della delazione col diritto di rappresentazione. E per tale via la proiezione temporale retrospettiva della delazione può divenire davvero amplissima.

Più limitata potrà risultare l'applicazione retroattiva della nuova disciplina al di fuori dell'ambito soggettivo di applicazione della rappresentazione: in simili casi, infatti, la premorienza del parente "naturale", che avrebbe avuto titolo alla delazione rispetto al *de cuius*, preclude il propagarsi di essa a favore dei suoi discendenti. Ma anche in queste ipotesi, il dilatarsi della vita media tende altamente verso dei *novi* parenti, incompatibile, in tutto o in parte, con quella avvenuta anche svariati decenni or sono.

5.2. Il problema della stabilizzazione degli effetti successori e dei limiti che questa incontra nella tutela della effettività dei diritti dei nuovi chiamati si pone, quindi, in modo attuale e rilevante.

L'art. 533, secondo comma, sembrerebbe additare un criterio di soluzione, laddove si trova enunciato, assieme alla imprescrittibilità dell'azione, il correttivo degli "effetti dell'usucapione rispetto a singoli beni".

Il punto di equilibrio tra la tutela del neolegittimato alla petizione ereditaria e colui che abbia precedentemente ereditato andrebbe così ricercato nell'acquisto a titolo originario del bene ereditario: se questo si sia frattanto compiuto, prevarrebbe la tutela dell'usucapiente; se invece non si sia realizzata, prevarrebbero le ragioni ereditarie.

Con il passare del tempo, l'ambito di questo privilegio è stato fortemente ridotto rispetto alla propria spettazione originaria. Inizialmente, la regola era da intendersi come priva di eccezioni e, nei confronti di uno Stato straniero, la giurisdizione civile poteva essere esercitata unicamente a seguito della rinuncia all'immunità (c.d. principio di immunità assoluta). Il presupposto per la concessione del privilegio era rappresentato dallo *status* del soggetto convenuto: ove questi fosse uno Stato sovrano, il giudice adito non avrebbe avuto giurisdizione rispetto alla domanda risarcitoria (a meno che, *ca va sans dire*, il soggetto pubblico convenuto non avesse rinunciato *motu proprio* all'immunità).

Dagli anni venti del secolo scorso, questa tesi è stata gradualmente abbandonata. Sulla spinta della giurisprudenza italiana e belga e in ragione del massiccio intervento pubblico nell'economia, l'immunità garantita allo Stato straniero è stata accordata unicamente agli atti *jure imperii*, ovvero a quelli che sono espressione di un potere privatistico. Qualora l'oggetto della controversia istruita dimanzi a un tribunale di una giurisdizione straniera sia sovrani (c.d. *jure gestionis*, vale a dire quegli atti aventi carattere privatistico che lo Stato straniero pone in essere alla stregua di un privato cittadino e indipendentemente dal suo potere sovrano), lo Stato non potrà invocare l'immunità (c.d. principio di immunità ristretta o relativa)²³.

²² Come riporta B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 270: "[l]l'avvio alla revisione dell'immunità assoluta dopo la prima guerra mondiale prese le mosse dal fenomeno parallelamente verificatosi della sempre maggiore partecipazione dello Stato ad attività imprenditoriali, commerciali ecc. Significativo al riguardo è il caso delle Rappresentanze commerciali sovietiche che a quell'epoca cominciarono ad operare all'estero, avendo il monopolio del commercio estero dell'URSS. Fu appunto la giurisprudenza italiana che cominciò a dubitare che la vecchia norma internazionale sull'immunità assoluta potesse coprire anche le controversie relative a rapporti connessi con attività commerciali degli Stati stranieri, ed a mettere in luce come l'attività in parola, essendo di stretto carattere privatistico, nulla avesse in comune con l'esercizio del potere statale, potere per tuolare il quale l'immunità assoluta era stata concepita. Sul punto si vedano, per gli specifici riferimenti giurisprudenziali, D. SPOICI, *Immunità giurisdizionale*, cit., p. 124; A. DE LUCA, *Immunità degli Stati stranieri*, cit., p. 15 e R. LUZZATTO - I. QUEIROLO, *Sovranità territoriale*, cit., p. 244 e, per una sintetica panoramica dell'evoluzione del principio di immunità degli Stati stranieri nelle diverse tradizioni giuridiche, G. SERRANO, *Immunità degli Stati stranieri e crimini internazionali nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 609-613.

²³ Sin da subito, peraltro, si comprese che la tesi dell'immunità ristretta presentasse un irriducibile grado di difformità (si confronta, H. LAUTERBACH, *The Problem of Jurisdictional Immunities*, cit., p. 222 e R. LUZZATTO, *Stati stranieri*, cit., p. 169). La distinzione tra atti pubblicistici e atti privatistici si rivela di difficile definizione perché, a livello internazionale, non vi è unanimità di vedute su quale sia l'elemento decisivo per la qua-

In seno all'ordinamento internazionale, la dimanica recessiva della regola dell'immunità non è andata oltre questa distinzione, sicché, oggi, il presupposto del riconoscimento del privilegio non è connesso con la natura giuridica del soggetto convenuto, ma segue la natura dell'atto oggetto del

lifica dell'atto (la sua natura, la sua finalità, etc.) di guisa che la stessa è rimessa al giudice nazionale. A titolo di esempio, si può fare riferimento al provvedimento di moratoria del debito di uno Stato estero: mentre non si dubita del tratto innegabilmente privatistico degli atti di emissione e collocazione sul mercato internazionale delle obbligazioni, si registrano forti divergenze con riguardo alle successive misure di moratoria del debito. In una certa direzione rileva la pronuncia della Corte Suprema statunitense che, una volta riconosciuta la natura commerciale di tali decisioni, ha escluso l'immunità dello Stato straniero (U.S. Supreme Court, 12.06.1992, *Republic of Argentina v. Weltoner Inc. and Others*, in *Int. Leg. Mat.*, 1992, p. 1220 con nota di G. DELAUME); in senso opposto, invece, militano la Consulta (per cui simili provvedimenti rientrano nella "sfera dei poteri sovrani e di governo"; Corte Cost., 15.07.1992, sent. n. 329, rel. Mengoni, in www.cortecostituzionale.it) e, più di recente, le Sezioni Unite della Cassazione (ord. n. 11255, 27.05.2005, in *Foro It.*, 2005, I, c. 3046 con nota di C. GIORGIANTONIO). In particolare, costoro hanno riconosciuto alla Repubblica di Argentina l'immunità dalla giurisdizione italiana con riguardo a dei provvedimenti normativi di dilazione del debito: ancorché incidenti sul rapporto obbligatorio, la giurisdizione del giudice civile italiano non sussiste quando questi atti hanno finalità eminentemente pubbliche ("di governo della finanza in funzione della tutela di bisogni primari di sopravvivenza economica della popolazione in un contesto storico di grave emergenza nazionale"). Sempre in nota a questa decisione della Cassazione sono i contributi di A. VITERBO, *Sull'immunità dalla giurisdizione della Repubblica Argentina nel caso dei c.d. Tangobond*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 1025, di A. CIAMPI, *Bonds argentini e immunità degli Stati stranieri*, in *Int'Leg.*, 2005, p. 148 e di M. BORDONI, *Default del debito pubblico ed immunità dello Stato estero dalla giurisdizione*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 1042; più in generale, sul *default* argentino e la regola dell'immunità si confrontino i contributi di B. I. BONAFE, *State Immunity and the Protection of Private Investors: the Argentine Bonds Case before Italian Courts*, in *Int. Yearb. Int. Law*, 2006, p. 165 e di F. FRANCONI, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, in *Etica*, 2009, 3, p. 729. In dottrina non sono mancati dei tentativi di rinvenire una lettura dell'immunità nel diritto internazionale in modo da ridurre tali divergenze. Così, secondo l'impostazione c.d. funzionale, ateso che il fondamento di tale privilegio risiede nella tutela dell'esercizio di quelle funzioni dello Stato che, per il diritto internazionale, sono considerate essenziali all'esercizio del potere sovrano, l'immunità andrebbe riconosciuta ogniqualvolta l'azione in giudizio incarna una presunzione del tribunale straniero determini interferenze su quelle funzioni ritenuti nei poteri statali internazionalmente tutelati (R. QUADRÌ, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941, p. 95). Per un'altra lettura, invece, poiché la regola dell'immunità non fa altro che ripetere l'obbligo internazionale per tutti gli Stati di non interferire, "attraverso l'esercizio della propria giurisdizione, nel diritto esclusivo di ogni Stato di esercitare in via esclusiva la propria potestà di governo", la stessa coincide con il generale divieto di intronissioni negli affari di altro Stato, (da ultimo, R. LUZZATTO - I. QUEIROLO, *Sovranità territoriale*, cit., p. 245).



Difatti, in virtù della disciplina domestica dell'azione di risarcimento del danno ingiusto prevista dal codice civile, l'obbligo dello Stato autore dell'illecito (e il corrispondente diritto dell'individuo) alla riparazione non è altro che un'ipotesi del principio generale che impone il "dovere fondamentale di *alterum non laedere*"¹⁶, ex art. 2043 c.c., afferma la risarcibilità di ogni danno che sia conseguenza di una condotta *non iure* ovvero che sia "arrecato senza che il fatto lesivo sia posto in essere nell'esercizio di una facoltà concretamente attribuita dall'ordinamento"¹⁹.

Pertanto, sul piano interno e perfino qualora dovesse mancare una specifica previsione, la lesione dei diritti fondamentali dell'individuo imputabile a uno Stato darà luogo a un obbligo di riparazione delle conseguenze dell'illecito che, ex art. 2043 c.c., è azionabile dalla singola persona danneggiata.

3. L'azione di risarcimento del danno e la responsabilità dello Stato straniero: il problema della disciplina internazionale sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile straniera.

Orbene, a proposito della riparazione richiesta dall'individuo/vittima della violazione dei diritti fondamentali commessa da uno Stato, va altresì osservato come l'accertamento di un tale dovere risultasse controverso quando la domanda è diretta nei confronti di uno Stato straniero (rispetto a quello del foro).

Difatti, in questa particolare ipotesi, il dovere di riparare le conseguenze dell'illecito si misura con la disciplina internazionale generale dell'immunità del soggetto pubblico (Stato sovrano) convenuto dinanzi alla giurisdizione (straniera) del giudice adito. Secondo un principio del diritto internazionale consuetudinario, lo Stato convenuto in un giudizio civile presso un tribunale straniero ha la facoltà di invocare il privilegio dell'immunità e, di conseguenza, il giudice adito ha il dovere di dichiarare il difetto di giurisdizione. Tale privilegio deriva dalla circostanza per cui la sovranità è esercitata da ciascuno Stato sul proprio territorio in condizioni di indipendenza²⁰ (*reges superiores non recognoscunt*

¹⁶ P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 342-343. Per questa lettura dell'articolo 2042, si veda anche Corte Cass., Sez. Un., sent. 22.07.1999, n. 500, 58 (la decisione è pubblicata in *Foro It.*, 1999, I, c. 2487), per cui la norma sarebbe "volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui".

²⁰ Permanent Court of Arbitration, *Netherlands v. Usa, Island of Palmas*, 23.01.1925 in *RIAA*, II, p. 729: "Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence

tes) e parità (*par in parem non habet iudicium*): "la parità assoluta in cui sono posti gli Stati all'interno della Comunità internazionale fa sì che ogni singolo Stato non possa essere sottoposto al giudizio di un altro Stato, rendendolo immune dal potere giurisdizionale del giudice straniero"²¹.

²¹ A. ATTERTIANO, *Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli) (voce)*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, p. 1127. L'A. così ricostruisce il quadro normativo: "[I]n materia di immunità, la prassi internazionale è prevalentemente costituita dalla giurisprudenza dei giudici statali. Ciò per due ordini di ragioni: da un lato, è evidente che l'immunità viene invocata allorché lo Stato è convenuto davanti alle corti straniere; dall'altro, la mancanza, in molti ordinamenti, di normative interne in materia ha consentito ai giudici un'applicazione diretta della norma internazionale sull'immunità, senza i "filtri" di genesi parlamentare o governativa che possono frapporsi, per via dell'adattamento, tra il giudice interno e il diritto internazionale. Poiché, infatti, sono i Paesi che hanno una normativa specifica in materia di immunità. Tra questi gli Stati Uniti, dove è vigente dal 1976 il *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), il Regno Unito, dove nel 1978 è stato approvato lo *State Immunity Act*, il Canada, che nel 1985 ha emanato il suo *State Immunity Act*. Tra gli altri Paesi che hanno una normativa in materia, si ricorda l'Australia (Australia Foreign States Immunities Act del 1985), il Pakistan (*Pakistan State Immunity Ordinance* del 1981), il Sudafrica (*State Immunity Act* del 1981) e il Singapore (*Singapore State Immunity Act* del 1979). La legislazione nazionale adotta il cosiddetto sistema della lista, prevedendo in apposite liste i casi in cui l'immunità non può essere invocata, e che sono casi in cui lo Stato di solito agisce alla stregua di un privato. Anche le normative nazionali, dunque, confermano il principio dell'immunità ristretta. Il sistema della lista è stato adottato anche dalle uniche due convenzioni internazionali in materia: la Convenzione di Basilea sull'immunità degli Stati del 16 maggio 1972, conclusa nell'ambito del Consiglio d'Europa e attualmente in vigore, e la Convenzione di New York del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, conclusa nell'ambito delle Nazioni Unite e non ancora in vigore. Tra le due convenzioni sussiste, tuttavia, una differenza di fondo: mentre la Convenzione di New York parte dal principio secondo cui lo Stato è immune dalla giurisdizione straniera, per poi individuare i casi in cui l'immunità è esclusa, la Convenzione di Basilea si basa su un'impostazione diametralmente opposta, per cui l'immunità è concepita solo come regola residuale". In generale sull'argomento si vedano i contributi classici di R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941; H. LAUTERBACH, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, in *Brit. Yearbook of Int. Law*, 1951, p. 220; R. LUZZATO, *Stati stranieri e giurisdizione*, Milano, 1972. Tra i lavori più recenti, invece, si segnalano quelli di D. SBOLCI, *Immunità giurisdizionale degli Stati stranieri*, in *D. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 118; A. DE LUCA, *L'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, in G. Venturini - N. Ronzitti (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli stati e degli altri enti internazionali*, Padova, 2009, p. 15 e R. LUZZATO - I. QUEIROLO, *Sovranità territoriale, "Jurisdiction" e regole di immunità*, in S. Carbone - R. Luzzato - A. Santa Maria, *Istituzioni di diritto internazionale*, cit., p. 235; X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge, 2012, p. 423.

La questione, tuttavia, è più complessa e per convincersene è utile distinguere le due ipotesi che possono verificarsi.

La prima è quella in cui la nuova delazione comporta, per così dire, una riduzione soltanto quantitativa della delazione precedente e quindi l'insorgere di una *comunione ereditaria con i precedenti chiamati* (ad esempio perché ormai indistintamente *parenti*, cioè appartenenti alla medesima classe, nonché ad un ordine ed eventualmente ad un grado, chiamati in concorso e non in subordine rispetto al nuovo parente).

La seconda è quella in cui il *primo erede degra-*
di ad erede apparente (ad esempio perché parente di grado *potiore*)¹².

Ci dobbiamo chiedere se l'applicazione del secondo comma dell'art. 533 c.c. avvenga, in entrambi i casi, allo stesso modo.

Certo, in ciascuna delle due ipotesi trova applicazione l'art. 1146, a norma del quale l'erede succede nel possesso con effetto dall'apertura della successione, come conferma il disposto dell'art. 460 c.c..

Tale successione nel possesso, come si sa, viene variamente qualificata, come finzione legale o come fattispecie legale attributiva del possesso, poiché è pacifico che essa sia compatibile con la detenzione altrui e che non richieda alcuna apprensione del bene da parte dell'erede. Un simile possesso retroattivo, attribuito *ex lege*, parrebbe, a seguire la pura logica, incompatibile col possesso *ad usucapionem* altrui, poiché alla situazione di fatto, almeno in questo caso, verrebbe a sovrapporsi la attribuzione legale dello *ius possessionis*.

Alla successione *ex lege* nel possesso non può tuttavia attribuirsi un significato così esteso, giacché depongono in senso contrario proprio le disposizioni che danno per ammessa la usucapibilità dei beni ereditari. Anzitutto, il ricordato art. 533, secondo comma, che contempla l'usucapione quale eccezione impeditiva della azione di petizione, opponibile da parte di chiunque, quindi anche da parte dell'erede apparente.

Ed ancora l'art. 714 c.c., laddove ipotizza l'usucapione quale effetto di un possesso esclusivo da parte del coerede, senza nemmeno richiedere che tale esclusività si estrinsechi in atti di intervento, essendo sufficiente l'inequivoca manifestazione di volontà di possedere *ut dominus* e non *ut condominus*¹³. Con ciò, evidentemente, la successione nel

¹² Sempre attuale l'inquadramento di F. D. BUSNELLI, *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 198 ss.

¹³ Per tutti, P. FORCHELLI-F. ANGELONI, *Della divisione, in Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Koma, 2000, sub art. 714, p. 93 ss.; A. BULDINI, sub art. 714 c.c., in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di M. Sesta, Milano, 2011, 1639, ed in

possesso disposta dall'art. 1146 degrada da norma attributiva dello *ius possessionis* a presunzione legale, ma relativa, del possesso, suscettibile della prova contraria dell'altrui possesso, anche *ad usucapionem*.

Si comprende, allora, che possano verificarsi problemi particolari ove tra i *primi* coeredi persista la comunione ereditaria, senza che alcuno di essi abbia usucapito in danno degli altri.

In tal caso, manca per definizione in capo a ciascuno comunista un *animus* idoneo a sorreggere l'usucapione: sicché il *nuovo erede puo'* giovarsi di tale stato di indivisione per far valere - senza limiti temporali conseguenti dall'acquisizione originaria altrui - la imprescrittibile petizione ereditaria che gli compete.

Diversamente è a dirsi ove sia intervenuta la divisione giudiziale o contrattuale.

Qui, la sentenza di divisione *inter alios*, oltreché nulla per la mancata integrazione del litisconorzio necessario, sarà comunque soggettivamente inopponibile al dividendente pretermesso¹⁴. Similmente, il contratto di divisione soggettivamente parziale cui non partecipino tutti i condividenti, secondo l'opinione prevalente, dovrà reputarsi nullo¹⁵.

La divisione pertanto - quale che sia la natura che voglia riconoscersi ai suoi effetti¹⁶ - non costituirà in nessun caso titolo per l'acquisto a titolo derivativo del bene ereditario.

Essa tuttavia potrà assumere rilievo sul diverso piano della disciplina dell'usucapione.

In effetti, dal momento dell'apportionamento - per quanto inopponibile, invalido o inefficace - potrà agevolmente scorgersi, in capo a ciascun condividente, l'insorgere dell'*animus possidendi ut dominus*, con riferimento ai singoli beni compresi in ciascuna porzione, col relativo decoro di un idoneo possesso *ad usucapionem* per gli effetti dell'art. 533, secondo comma, c.c.

generale sull'usucapione tra comunisti, S. RUBERTO, *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1034. Sul punto vedi anche le considerazioni critiche, circa la tradizionale opinione concernente la successione nel possesso ed il requisito dell'*animus possidendi*, di S. PATTI, *L'usucapione del coerede*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, ne *I quaderni della Fondazione del Notariato*, 2008, 4, 125 ss.

¹⁴ In tal senso l'art. 784 c.p.c.

¹⁵ Per tutti, G. CAROZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, II, 707; A. BULDINI, sub art. 713 c.c., in *Codice delle successioni e donazioni*, cit., p. 1634; A. MORÀ, Il contratto di divisione, Milano, 1995, p. 241; A. LUMINOSO, *Divisione e sistema dei contratti*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, ne *I quaderni della Fondazione del Notariato*, 2008, 4, 8 ss.

¹⁶ Vedi ancora, per una efficace sintesi della materia, P. FORCHELLI-F. ANGELONI, *Della divisione*, cit. p. 49 ss.; A. LUMINOSO, *op. cit.* p. 14 ss.



EFFETTIVITÀ E RAGIONEVOLEZZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE NEL CANONE DELL'ART. 6, PAR. 1, CEDU

Di Simona Caporusso

| 118

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. I confini dell'art. 6, par. 1, CEDU. – 3. Le garanzie implicite: il droit d'accès a un tribunal. – 4. Le garanzie esplicite: il délai raisonnable. – 5. Segue: i criteri per commisurare il ritardo: a) la c.d. posta in gioco; b) la complessità del caso. – 6. Segue: c) il comportamento processuale del ricorrente; d) e quello dell'autorità giudiziaria. – 7. La situazione italiana. – 8. Segue: la riforma della legge Pinto. – 9. La ragionevole durata del processo nella trama degli art. 6, 13 e 35 CEDU. – 10. Il principio de l'égalité des armes: il contraddittorio e il diritto alla difesa. – 11. L'indipendenza e l'imparzialità del tribunale costituito per legge. – 12. Segue: Le autorità indipendenti e il sistema sanzionatorio amministrativo. – 13. La pubblicità dei giudizi. – 14. Epilogo.

1. Prologo.

Consacrazione del *droit à un procès équitable*, l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali rappresenta un tassello basilare del mosaico che disegna l'effettività della tutela giurisdizionale¹.

Tale disposizione, per il vero, ha una valenza centrale nel sistema della tutela dei diritti, in quanto riproduce ed amplia le garanzie processuali già previste dall'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1948, a tenore del quale «ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta». Ma, soprattutto, il diritto ad un ricorso effettivo, quale libertà fondamentale, è stato formalizzato più di recente nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000, la quale, per effetto dell'entrata in vigore del

¹ E, quindi, la concreta attuazione dei diritti sostanziali: v., per tutti, F. CIPRIANI, *Diritti fondamentali dell'Unione europea e diritto d'impugnare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 980.

il caso dell'art. 13 CedU¹⁶: qui, è fatto obbligo allo Stato di configurare una tutela effettiva per la violazione secondaria dell'illiceito internazionale, in quanto le misure da predisporre già gravano sugli Stati in virtù delle disposizioni primarie¹⁷, secondo G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione, cit.*, p. 533-534, «la presenza delle norme sui rimedi in termini effettivi rafforza l'affermazione di un diritto individuale alla riparazione per violazione dei diritti umani. Difatti, anche senza attendere l'intervento dell'istanza internazionale di controllo, in virtù di queste disposizioni gravano sullo Stato l'obbligo di garantire che, all'interno del suo ordinamento venga concessa all'individuo di disporre di adeguati rimedi sia per accertare la violazione sia per ottenere una riparazione di carattere sostanziale che rimedi ai pregiudizi subiti dal soggetto».

¹⁶ L'articolo 13 CedU statuisce che «Everyone whose rights and freedoms as set forth in this convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity». In senso analogo anche le seguenti disposizioni: l'art. 2 del Patto sui diritti civili e politici («Each State Party to the present Covenant undertakes: a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity; b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy; c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted»); l'art. 25 della Convenzione interamericana dei diritti umani («Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties»); l'art. 7 Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli («Every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises: a) The right to an appeal to competent national organs against acts of violating his fundamental rights as recognized and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force; b) The right to be presumed innocent until proved guilty by a competent court or tribunal; c) The right to defence, including the right to be defended by counsel of his choice; d) The right to be tried within a reasonable time by an impartial court or tribunal»). Anche nei testi di *soft-law* è possibile rinvenire disposizioni simili, ad esempio, l'art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e l'art. 18 della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'Uomo. La prima disposizione afferma che «Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law». La seconda, invece, statuisce che «Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente». Infine, una disposizione analoga è quella contenuta nel paragrafo VII del *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, per cui «Ujlemelles for gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law include the victim's right to the following as

zione di tutti i diritti e le libertà convenzionali a livello interno, di guisa che sia un giudice nazionale ad accertare la responsabilità dell'illiceito e non un soggetto internazionale. Sebbene in questo genere di disposizioni non si faccia esplicito riferimento all'obbligo di riparazione, non vi è dubbio che il dovere in parola postuli il riconoscimento a un «*remedy before a national authority in order both to have his claim decided and, if appropriate, to obtain redress*»¹⁷, sicché verranno censurati gli ordinamenti dei Paesi contraenti che non accordano la forma di tutela riparatoria alla vittima della violazione¹⁸.

2.3. Il dovere di riparazione nei confronti del singolo nel nostro ordinamento.

Da quanto finora rilevato, risulta essere pacifico che, per il diritto internazionale, l'ipotesi di un'azione di danni avanzata da un individuo nei confronti dello Stato autore dell'illiceito costituisce una delle possibili forme della responsabilità.

Peraltro, per ciò che concerne in particolare il nostro ordinamento, il generale dovere internazionale dello Stato di procedere alla riparazione delle conseguenze dell'illiceito subite dal singolo/vittima trova piena cittadinanza anche in assenza di una specifica disposizione interna in tal senso.

provided for under international law; (a) Equal and effective access to justice; (b) Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered; (c) Access to relevant information concerning violations and reparation mechanisms».

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Klass and Others v. Germany*, 06.09.1978, §64 e *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25.03.1983, §113. Il testo ufficiale di queste sentenze della Corte di Strasburgo e delle altre citate infra è disponibile in <http://hudoc.echr.coe.int/>.

¹⁸ Più precisamente, quando «a right with as fundamental an importance as the right to life or the prohibition against torture, inhuman and degrading treatment is at stake», la disposizione convenzionale va intesa come obbligo per le Parti Contraenti a che, già a livello nazionale, sia «available to the victim or the victim's family a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for acts or omissions involving the breach of their rights under the Convention» (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Z. and Others v. the United Kingdom*, 10.05.2001, § 109). In termini simili, tra le altre esperienze di «riparazione procedurale», si vedano sia quanto riconosciuto dal Comitato dei diritti umani nel *General Comment 31*, 29.03.2004, §16 (Article 3, paragraph 3, requires that States Parties make reparation to individuals whose Covenant rights have been violated. Without reparation to individuals whose Covenant rights have been violated, the obligation to provide Covenant rights have been violated, the obligation to provide an effective remedy, which is central to the efficacy of article 2, paragraph 3, is not discharged») sia la decisione della Commissione africana, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, 15.05.2006, (in <http://www.aahp.org>) §215, che ha censurato la concessione dell'amnistia in quanto la stessa «pre-vent victims from seeking redress».



In *primis*, si può fare riferimento a quelle che attribuiscono agli organi giurisdizionali istituti dai vari trattati il potere di condannare alla riparazione in favore del singolo individuo lo Stato contraente responsabile della violazione. A tal proposito, si può richiamare l'art. 75 dello Statuto della Corte penale internazionale (per cui quell'organo giudicante può stabilire "principles relating to reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation") e l'art. 41 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³. Quest'ultima norma prevede che la Corte di Strasburgo possa accordare un'equa soddisfazione al singolo individuo quando vi sia stata una violazione della Convenzione (o di un Protocollo) e l'ordinamento nazionale non permetta la riparazione delle conseguenze dell'illecito se non "in modo incompleto".

In *secundis*, nel senso di un dovere dello Stato responsabile alla riparazione delle conseguenze dell'illecito sorte in capo alla persona fisica, militano quelle disposizioni contenute in trattati e con-

vane carte dei diritti umani, è aumentato il numero degli Autori favorevoli a riconoscere personalità giuridica internazionale all'individuo (per una ricostruzione del dibattito, si veda G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani*, cit., p. 17-56). In questo senso, si vedano A. CASSISSE, *Diritto internazionale*, (a cura di P. Gaeta), Bologna, 2006, p. 189; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 23-25; B. NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S. Carbone - R. Luzzatto - A. Santa Maria, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2011⁴, p. 370. In senso contrario, invece, G. ARANGIO-RUIZ - L. MARGHERITA - E. TAU ARANGIO RUIZ, *Sovrapposizione nel diritto internazionale*, in *Dig. Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 299 e N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 40. Va peraltro rilevato come in dottrina vi sia chi consideri la questione della soggettività dell'individuo una questione "essenzialmente di carattere teorico" (P. DE SENA, *Diritti dell'uomo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, p. 1869) e ne denanzi l'irilevanza ai fini della possibilità di riconoscere come destinatari dell'obbligo di riparazione anche gli individui M. IOVANE, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *It. YL*, 2004, XIV, p. 184.

Disposizioni dal contenuto simile sono l'art. 63 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo ("If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party") e l'art. 27 del Protocollo del 1998 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ("If the Court finds that there has been violation of a human or people's right, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation. In cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable harm to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems necessary").

venzioni internazionali che affermano sia la posizione sostanziale sia l'obbligo di offrire un rimedio interno di tipo riparatorio (come, ad esempio, l'art. 5, CEDU, in materia di diritto alla libertà e alla sicurezza per cui "[e]veryone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation"⁵).

In *tertiis*, occorre fare riferimento alle regole che impongono allo Stato contraente l'obbligo di fornire all'individuo leso dei mezzi interni effettivi di ricorso contro la violazione dei propri diritti⁶. È questo

¹⁴ Oltre a quella norma, si può richiamare l'art. 3 del VII Protocollo Cedu ("When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed, or he has been pardoned, on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to the law or the practice of the State concerned, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him"), l'art. 10 della Convenzione americana sui diritti umani ("Every person has the right to be compensated in accordance with the law in the event he has been sentenced by a final judgment through a miscarriage of justice"), gli articoli 9 ("Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation") e 14 ("When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him") del Patto sui diritti civili e politici, l'art. 6 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione della discriminazione razziale ("States Parties shall assure to everyone within their jurisdiction effective protection and remedies, through the competent national tribunals and other State institutions, against any acts of racial discrimination which violate his human rights and fundamental freedoms contrary to this Convention, as well as the right to seek from such tribunals just and adequate reparation or satisfaction for any damage suffered as a result of such discrimination") e l'art. 14 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ("Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation including the means for full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependents shall be entitled to compensation"). Come rilevato da G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione*, cit., p. 502, sono "tuttavia piuttosto indeterminati le motivazioni sottostanti alla specificazione di un simile obbligo rispetto a taluni diritti, piuttosto che in relazione ad altre disposizioni".

¹⁵ Per questo genere di disposizioni che prevedono l'obbligo "dello Stato responsabile di fornire all'individuo leso dei mezzi interni effettivi di ricorso contro la violazione", in dottrina vi è chi ha proposto la formula di "riparazione procedurale", R. PISILLO MAZZESCHI, *La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella convenzione europea*, in *Studi in onore di Francesco Caporossi*, I, Milano, 1999, p. 386. Pur riconoscendo come "l'obbligo di predisporre rimedi interni effettivi non possa tecnicamente considerarsi una conse-

Se nonché, in ragione di una più concreta comprensione delle garanzie enucleate dall'art. 6, par. 1, CEDU e, nel contempo, al fine di sgombrare il campo da qualsiasi equivoco, l'aspetto che qui preme sottolineare è che, nell'approccio comunitario alla dimensione procedurale, occorre tenere ben distinto il diritto ad un ricorso effettivo da quello ad un rimedio effettivo⁴.

Nel primo caso, infatti, la tutela giurisdizionale dei diritti assume un significato che potrebbe definirsi "minimo", nel senso che l'effettività è qui collocata nella sua dimensione squisitamente soggettiva, risolvendosi per traslato in una «effettività soggettiva dell'accesso alle Corti di giustizia», quale estrinsecazione cioè della possibilità, per ogni individuo, di agire in giudizio⁵. Prospiciente a questa è il momento della tutela giurisdizionale visto nel suo aspetto "qualitativo", il che evoca una tutela per la singola situazione sostanziale depurata da quelle limitazioni o preclusioni di stampo processuale potenzialmente in grado di svuotarla dal di dentro o di depauperarne il risultato⁶. Ed anche in questo contesto, però, l'effettività rimane ancora saldamente calata nella logica del processo.

Esiste poi – ed è terreno di vivacissimo dialogo/contro tra le Corti – una «effettività oggettiva della tutela», volendo con ciò indicare la necessità che alla situazione di vantaggio, all'occorrenza diritto soggettivo o interesse, debba sempre corrispondere la dazione di un rimedio idoneo a ripristinare lo *status quo ante*⁷. Il tema qui diventa quello

diffusamente M. RAMAIOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 828 ss. v., inoltre, *infra*, testo e nota 90.

⁴ V., esemplificativamente, nel senso che è una notazione che conosce o che conta più luoghi topici in dottrina, G. COSTANTINO, *Intervento, in La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del Convegno di Foggia del 14 e 15 novembre 2004, a cura di M. Barbieri, F. Macario e G. Trisiro D'Allesio, Milano, 2004, 69, e, ad ultimo, nello stesso senso D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 931.

⁵ Come messo in rilievo prima da L.P. COMOGGIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1070, e poi, più diffusamente, da N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia, in Europa dir. priv.*, 2010, 361 ss., spec. 367.

⁶ Essendo, peraltro, notazione condivisa in dottrina che il processo rivesta carattere strumentale rispetto al diritto sostanziale: v. per tutti A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale, in Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 1 ss.

⁷ V. P. BIANCHI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, 121 s.; N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo*, cit., 364, ove si legge il riferimento ad un «uso alternativo» della competenza pregiudiziale, nel senso che le Corti foggiano

dell'adeguatezza ed efficienza del rimedio predisposto dall'ordinamento interno, nell'ottica di un sindacato diffuso sulla legittimità sovranazionale della tecnica protettiva accordata. L'effettività della tutela si colora così di un significato, forse più denso, ma sicuramente diverso, in quanto abbandona la logica del processo per investire il piano sostanziale del rinviamento delle tecniche giudiziali⁸.

Nonostante la nozione di autonomia procedurale degli Stati membri, da sempre valore contrapposto al principio di effettività, abbia una natura spuria perché al tempo stesso sostanziale e processuale, nell'economia di queste pagine l'attenzione verrà focalizzata sul solo momento dell'esercizio dell'azione in senso stretto, cioè il primo significato del tritico appena esposto, rinviando per tutto ciò che attiene all'intersezione tra garanzie processuali e norme di diritto materiale ad altri luoghi⁹.

L'art. 6, par. 1, CEDU si configura infatti come la *summa* di una serie di garanzie di carattere squisitamente processuale, le quali paiono irrinunciabili per ogni Stato di diritto: una *summa*, compendiata nell'efficace formula di «giusto processo», che la CEDU pone come un *set* di regole di condotta cui deve ispirarsi l'attività processuale nei singoli Stati firmatari¹⁰. Non è certo un caso se nel nutrito elenco di disposizioni della Convenzione quella che «interessa da vicino» il processo civile è proprio l'art. 6,

al tipo di tutela – ora come forma di tutela o rimedio, ora come tecnica di tutela – che va accordato dai giudici degli Stati membri ai diritti di fonte comunitaria.

⁸ V. L.P. COMOGGIO, *Giurisdizione e processo*, cit., 1070. Più di recente, v. G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 881 ss. Sui rapporti fra la tutela risarcitoria e quella in forma specifica, con una sussidiarietà della seconda che comunque si impone allorquando la prima si riveli «inutile» perché infamata da un'impossibilità giuridica o fattuale di ripristinare lo *status quo ante*, v. S. PAGLIANTINI, *Tutela per equivalente di un contratto annullabile e principio di effettività: appunti per uno studio*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, spec. 650 ss., e, per alcuni risvolti processuali, da ultimo D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività*, cit., 927 ss.

⁹ In particolare, per un'illustrazione della gamma completa dei rimedi da assicurare ai diritti sul piano sostanziale, visto che l'insistenza sulla tutela giurisdizionale è soltanto un, seppur ineliminabile, *pruis*, v. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 20 ss. e 55 ss. Per gli sviluppi successivi v. D. IMBRIUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine di Cassazione 21255/2013*, in questa Rivista, 1/2014, 55 ss.

¹⁰ Non a caso, il giusto processo (civile e penale) rappresenta l'elemento essenziale, e per certi versi forse più concreto, della «preminenza del diritto» (*prééminence du droit/de of law*) richiamata già nel Preambolo quale «parte del patrimonio comune delle Alte Parti contraente». Così A. TAMEIETTI – F. GAMBINI, *Sub art. 6, in Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 173; F.G. JACOBS – R.C.A. WHITE – C. O'NEV, *The European Convention on Human Rights*, 5th ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, 242.



par. 1¹¹); il suo *pendant*, ma nel senso pregnante di «una sintesi qualitativa»¹², è infatti l'art. 111, 2° comma, Cost., se non anche già l'art. 24 Cost.¹³.

Riassumendo, si è dunque al cospetto di un complesso di garanzie, a giusta ragione lette come «sostrato comune del diritto processuale civile degli Stati membri»¹⁴, che concorrono a formare quello che potrebbe definirsi una sorta di «sistema di protezione» per il cittadino (*reze* l'utente del sistema processuale), potenziato dai successivi Protocolli n. 7 del 22 novembre 1984 e n. 11 dell'11 maggio 1994 e periodicamente rinnovato dalle pronunzie della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Questa la cornice: come poi le singole tessere del mosaico vadano ad incastrarsi, nel senso se nell'ordinamento italiano codeste si allineino o si discostino dal modello generale, è questione diversa sulla quale, in queste pagine, si avrà modo principalmente di soffermarsi. Obiettivo della CEDU è infatti *esclusivamente* quello di porre a carico degli Stati firmatari un obbligo di risultato¹⁵, sancendo il diritto allo svolgimento di un processo giusto¹⁶, ma la scelta delle modalità procedurali per soddisfare in concreto siffatto obbligo non può che essere rimes-

sa alla discrezionalità (*cave* vincolata) dell'ordinamento interno¹⁷.

2. I confini dell'art. 6, par. 1, CEDU.

Limitando il discorso ai giudizi civili, l'art. 6, par. 1, dispone che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile (...)». Come è evidente, la prima parte della disposizione racchiude di quelle che, con formula felice, sono state autorevolmente definite le «*moventes programmatiche*» del fulcro delle garanzie processuali, esigendo per la loro concreta attuazione altre disposizioni¹⁸.

Sennonché, in via preliminare e al fine di delimitare il corretto perimetro operativo della disposizione, conviene ricordare che la formula «*diritti e doveri di carattere civile*» (*droits et obligations de caractère civil/civil rights and obligations*) se per un verso sembra rimandare a fattispecie di carattere, se non esclusivamente quanto meno prevalentemente, «privatistico», contrapposte cioè a quelle di tipo «pubblicistico», per l'altro non trascura la circostanza che «l'espressione «*civil rights*», nella tradizione giuridica anglo-americana (...) fa piuttosto riferimento ai diritti fondamentali o alle libertà fondamentali dell'individuo nei confronti dello Stato (per cui, così intesa, la locuzione conterrebbe già in sé il germe del superamento di una prospettiva di carattere meramente privatistico-patrimoniale)»¹⁹.

E, in ogni caso, si tratta di una formula che è stata riempita di contenuto, *quant'anni* or sono, dalla Corte di Strasburgo, che ne ha elaborato una nozione che non sembra affatto azzardato definire autonoma. A partire dalla metà degli anni Settanta, infatti, è invalsa l'idea che ogni posizione soggettiva tutelabile attraverso il processo merita di essere pro-

¹¹ Purché, naturalmente, vengano rispettate le finalità espresse dall'art. 6, par. 1, giacché, in caso contrario, s'inverna una violazione della disposizione, con conseguente condanna dello Stato inadempiente; cfr. A. TAMBERTI - F. GAMBINI, *Sub art. 6*, in *Commentario breve*, cit., 174. In giurisprudenza, v. C. Edu, *Colloca c. Italia*, 12 febbraio 1985; C. Edu, *Artico c. Italia*, 13 maggio 1980.

¹² Così, V. ANDRIOLI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temî romana*, 1964, I, 459, il quale osserva che, ad esempio, nell'ordinamento italiano tali moventes programmatiche hanno un preciso riscontro sia in precetti costituzionali (artt. 25 e 102 ss. Cost.), sia in disposizioni del codice di rito.

¹³ M. ALLENBA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU*, per il procedimento e il processo amministrativo, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2012, 591.

¹⁴ F. CIPRIANI, *Equo processo*, in *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di L. Ruggieri, Camerino, 2012, 239.

¹⁵ Come ricorda A. PROTO PISANI, *Giusto processo e giustizia civile*, in *Russ. tributaria*, 2013, 350, anche per la giurisprudenza la portata del valore del giusto processo non si risolve nella mera sommaria delle garanzie previste dall'art. 111, 2° comma, Cost., ma è piuttosto il frutto di una loro «*sintesi qualitativa*», che «risente anche dell'«*effetto espansivo*» della convenzione europea dei diritti dell'uomo e della corrispondente giurisprudenza della corte di Strasburgo».

¹⁶ V. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2012, I, 64 s.

¹⁷ Così G. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 904, il quale pone in risalto come, all'interno dell'Unione, quelle regole acquisite, in ciascuno degli Stati membri, al valore di fonti primarie del diritto processuale, pur dove non si riconosca loro il rango di norme costituzionali; Id., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, *ibid.*, 6 s.

¹⁸ V. per tutti C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 64, il quale discorre di «obbligo di prestazione e di risultato (...)» che ogni Stato aderente contrae a favore dei propri cittadini sul piano internazionale.

¹⁹ L'art. 6, infatti, garantisce a tutto tondo il diritto ad un processo equo, in quanto prevede una serie di garanzie implicite, come il diritto di accesso alla giustizia, o esplicithe, basti pensare all'«*indipendenza e all'imparzialità del tribunale o alla ragionevole durata del processo*, che attingono al diritto al processo, ma anche una serie di diritti meritevoli di essere tutelati durante lo svolgimento dell'equo processo, quali ad es. il contraddittorio o il diritto alla prova e, in materia penale, ad es. il diritto ad informare l'imputato dell'accusa o il diritto all'assistenza di un difensore, di guisa che l'equità evocata dall'art. 6, par. 1, venga assicurata anche per tutta la durata del processo.

Stato a cui è imputabile l'illecito ha l'obbligo *i*) di cessazione della condotta contraria al diritto internazionale (art. 30 *a*); *ii*) di offrire adeguate garanzie di non reiterazione dell'illecito (art. 30 *b*); *iii*) di integrale riparazione del pregiudizio causato (art. 31)⁹.

Con particolare riferimento al contenuto di quest'ultimo dovere, il *Draft* prevede varie forme di riparazione, così riprendendo le indicazioni del diritto internazionale consuetudinario⁸. Innanzitutto occorre la restituzione, ossia il ripristino della situazione antecedente all'illecito (art. 35). Qualora tale forma di riparazione sia divenuta impossibile, eccessivamente onerosa o inidonea a riparare integralmente il pregiudizio arrecato, lo Stato responsabile ha l'obbligo di risarcire il danno (art. 36). Nell'ulteriore ipotesi in cui né la restituzione né il risarcimento consentano la piena soddisfazione del diritto alla riparazione dello Stato vittima, lo Stato responsabile dell'illecito adempirà al proprio dovere mediante la c.d. soddisfazione, ossia con un riconoscimento della violazione, con una manifestazione di rincrescimento, con la presentazione di scuse o con altra modalità adeguata e che non sia umiliante per lo Stato offensore (art. 37).

2.2. (...) in favore dei singoli individui.

Oltre che nei confronti degli altri Stati, la responsabilità internazionale obbliga lo Stato autore della violazione anche rispetto agli individui, di modo che un dovere di riparazione come conseguenza dell'atto illecito sussista altresì in loro favore. Ciò, ovviamente, si verifica solo quando uno

l'elemento oggettivo (art. 12-15), il *Draft* prevede che si abbia violazione di un obbligo internazionale da parte di uno Stato quando un atto di quello Stato non è conforme a quanto gli è richiesto da quell'obbligo, quale che ne sia la fonte o la natura.

Sulle conseguenze dell'illecito come riorientate nel *Draft* si veda, in luogo di tanti J. CRAWFORD, *State Responsibility*, *The General Part*, Cambridge, 2013, p. 459, e D. SHELTON, *Reparating Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility*, in *AJIL*, 2002, p. 833.

Già in *Factory at Chorzów*, cit., §125, si affermavano i principi per la determinazione del contenuto dell'obbligo di riparazione: «[t]he essential principle contained in the actual notion of an illegal act - a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals - is that reparation must, as far as possible, wipe-out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it».

Stato viola norme internazionali primarie che siano «indirizzate *anche* a individui»¹⁰. A seguito di questa circostanza, lo Stato responsabile «assume di conseguenza, a livello di norme secondarie, un obbligo di riparazione dell'illecito nei confronti di *una dop-pia serie di destinatari formali*: gli altri stati (lesi o altrimenti legittimati a invocare la responsabilità) e gli individui vittime della violazione»⁹.

A favore di questo dovere, che non è espressamente richiamato nel *Draft*¹⁰, milita l'autorevole affermazione per cui, oggi, con riferimento agli illeciti internazionali che coinvolgono l'individuo (tipicamente la violazione dei diritti umani), il «*customary international law not only provides for the criminal liability of the individuals who have committed that breach, but also imposes an obligation on States of which the perpetrators are nationals, or for which they acted as de jure or de facto organs, to make reparation (including compensation) for the damage made*»¹¹.

Inoltre è a prescindere dal riconoscimento alla singola persona fisica della c.d. soggettività giuridica internazionale, nel diritto internazionale pattizio ricorrono numerose disposizioni che militano nel senso di un dovere di riparazione dello Stato nei confronti dell'individuo/vittima dell'illecito¹².

⁹ Così R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilità internazionale*, cit., p. 1170. In argomento, *ex multis*, si vedano: C. TOMUSCHAT, *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law*, A. Ranzelzhofer e C. Tomuschat (a cura di), *State Responsibility and the Individual - Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague-London-Boston, 1999, p. 1; R. PISILLO MAZZESCHI, *La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea*, in *Studi in onore di Francesco Caporotoli*, Milano, 1999, I, p. 383; D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 2006; G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani*, cit., Napoli, 2009.

¹⁰ Critico con la scelta della Commissione di non inserire nel *Draft* un riferimento alla responsabilità internazionale dello Stato nei confronti degli individui è R. PISILLO MAZZESCHI, *The Marginal Role of the Individual in the ILC's Articles on State Responsibility*, in *Ital. Yearbook of Int. Law*, 2004, p. 39.

¹¹ *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*, presentato il 25.01.2005, §598 e consultabile in <http://legal.un.org>. Nello stesso senso si veda anche quanto affermato, in commento alla relativa risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/60/147 del 16.02.2005, da T. VAN BOVEN, *The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, in *UN Audiovisual Library of International Law*, 2010, p. 2.

¹² Com'è noto, la dottrina internazionale tradizionale riteneva che «[l]al concetto stesso del diritto internazionale, come complesso di norme poste dalla volontà collettiva degli Stati per il regolamento dei loro mutui rapporti, deriva che i soggetti ne sono gli Stati ed esclusivamente gli Stati» (D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1912, p. 69). Successivamente alla seconda guerra mondiale e all'approvazione delle



2. La responsabilità internazionale e il dovere di riparazione (...).

In modo simile a ogni altro settore dell'ordinamento giuridico, anche in quello internazionale "[l]a responsabilità est le corollaire nécessaire de la responsabilité internationale", se uno Stato commette un atto che viola una norma del diritto internazionale sostanziale (le norme primarie), lo stesso andrà incontro alle regole che compongono la c.d. responsabilità internazionale (norme secondarie)².

² L'affermazione è tratta dalla decisione arbitraria resa da Max Huber nella causa *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* (*Spagna contro Regno Unito*) decisa il 01.05.1925 e pubblicata in N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, II, 2006, p. 641, per cui "[l]es droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale". Per motivi di spazio, non è qui possibile dare conto in modo esaustivo della letteratura scientifica sul tema della responsabilità internazionale dello Stato; si vedano, anche per ulteriori riferimenti, i contributi di G. PAU, *Responsabilità internazionale* (voce), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1432; M. SPINELLI, *Responsabilità internazionale* (voce), in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991; R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilità internazionale dello Stato* (*International Responsibility of States*) (voce), in M. Flores, I. Groppi, R. Pisillo Mazzeschi (a cura di), *Diritti umani - Dizionario*, Torino, 2007, II, p. 1164; E. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2011, p. 351; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2014³, p. 385; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2013⁴, p. 377.

³ Come è noto, la lettura della responsabilità internazionale dello Stato quale nuovo rapporto obbligatorio che impone un dovere allo Stato offeso e riconosce un diritto allo Stato offeso si deve a D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze, 1902, rist. in *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, I, Padova, 1956, p. 62 s. per il quale "[l]adja violazione della norma giuridica nasce un diritto relativo nello Stato che ha subito l'offesa, cioè un diritto verso l'autore dell'offesa, ed un dovere particolare positivo in questo: particolare perché esclusivo dello stato che ha violato il diritto; positivo, perché consistente nella riparazione del torto arrecato" (*ivi*, p. 8). La tesi anzilottiana è andata incontro a diverse critiche, sia in merito al contenuto della responsabilità sia con riferimento alla dimensione obbligatoria (in argomento si veda, M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milano, 1990, pp. 15-60), e, oggi, la dottrina più accreditata riconosce ad essa un'utilità più che altro "positiva" (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 41). Ciò non di meno, va ricordato che la ripresa della distinzione tra norme primarie e norme secondarie in seno alla Commissione del diritto internazionale, per merito di Roberto Ago, abbia rappresentato lo snodo fondamentale per il prosieguo dei lavori in tema di responsabilità degli Stati (su cui *infra*). In seguito alla sua istituzione, la Commissione aveva ritenuto di potere determinare le conseguenze dell'illecito solo dopo avere verificato il contenuto delle norme sostanziali, il che aveva reso il lavoro lungo ed eccessivamente delicato. Una volta adottata la distinzione tra norme primarie e norme secondarie (*Yearbook Int. Law Comm.*, 1970, p. 178: "it is one thing to define a rule and the content of the obligation it imposes and another to determine whether that obligation has been violated and what should be the consequences of the violation. Only the second aspect comes within the sphere of responsibility proper"), è venuta meno la necessità di individuare il contenuto delle norme sostanziali e il lavoro

Oltrè all'obbligo di cessazione del comportamento illecito e a quello di non ripetizione, tra le varie conseguenze giuridiche che ricadono sullo Stato responsabile dell'illecito si colloca anche il dovere di riparazione. Difatti, come affermato nella celebre decisione *Factory at Chorzów*, "[i]t is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation"⁴.

2.1. (...) fra gli Stati e (...).

A livello di relazioni tra Stati, questo rapporto tra atto illecito e obbligo di riparazione è stato recentemente ribadito dal *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (nel prosieguo, *Draft*)⁵. In quell'importante documento, dopo aver enunciato il principio per cui "[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State" (art. 1) e dopo aver ricostruito l'elemento soggettivo e oggettivo della responsabilità⁶, si afferma che lo

della Commissione è risultato più agevole politicamente: invece di stabilire quali siano i comportamenti che i vari Stati sovranici devono rispettare, la Commissione si è potuta concentrare sulle conseguenze da applicare a prescindere dal tipo di illecito.

⁴ Permanent Court of International Justice, *Factory at Chorzów (Germany v. Poland) Claim for Indemnity*, 13.09.1928, §73, in <http://www.worldcourts.com/>.

⁵ Il testo dei 59 articoli che compongono il *Draft* è stato approvato in seconda lettura dalla 53^a sessione della Commissione di diritto internazionale (UN Doc. A/56/10) ed è disponibile in <http://legal.un.org/>. Seguendo le indicazioni della Commissione, l'Assemblea Generale non ha sottoposto il testo agli Stati membri per l'eventuale traduzione dello stesso in un trattato internazionale e ne ha semplicemente preso atto, raccomandandolo all'attenzione degli Stati in vista di una futura trasfusione in una convenzione (ad oggi non ancora avvenuta). In questo frangente di tempo, peraltro, diverse disposizioni contenute nel *Draft* sono state riprese dai vari tribunali, che ne hanno così riconosciuto la coincidenza con il diritto internazionale generale.

⁶ L'articolo 2 *Draft* afferma che "[t]here is an international wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State". Con riferimento all'elemento soggettivo (art. 4-11), va innanzitutto rilevato che la condotta illecita viene attribuita allo Stato ogniqualvolta l'autore della stessa sia un suo organo, indipendentemente dal fatto che questi abbia agito cedendo la propria competenza o le istruzioni ricevute (art. 7). Altrimenti, lo Stato è responsabile anche quando l'atto illecito sia stato commesso da persone che, almeno su di un piano formale, non sono suoi organi: soggetti abilitati a esercitare attività di governo (artt. 5-6), che agiscono su istruzioni dello Stato (art. 8) o quali organi di fatto (art. 9). Infine, per quanto concerne la condotta dei privati, essa è imputabile allo Stato unicamente quando questi l'abbia fatta propria (art. 11). Per quanto concer-

tetta dallo scudo dell'art. 6, par. 1, CEDU²⁰. Peraltro, nella successiva elaborazione giurisprudenziale, qualsiasi posizione soggettiva, di ambito civilistico, astrattamente tutelabile in uno Stato membro è considerata rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 6, par. 1, anche quando non abbia un preciso riscontro nella Convenzione stessa e, quindi, anche quando non venga direttamente in rilievo uno dei diritti fondamentali²¹.

Secondo la Corte, due dati incidono infatti sopra ogni altro: l'autonomia del concetto di diritti e doveri di carattere civile rispetto alle peculiari qualificazioni del diritto interno²² e la rilevanza di quest'ultimo al solo fine di definire contenuto ed effetti attribuiti al diritto oggetto di contestazione²³. In breve, il vero fattore che finge da *discrimen* per ponderare se applicare o no l'art. 6, par. 1, CEDU è secondo i Giudici europei la natura sostanziale del diritto che si presume essere stato violato²⁴, nonché la sua riconducibilità ad una posizione di diritto soggettivo²⁵. Viceversa, prive d'incidenza risultano essere la legge applicabile e l'autorità competente a decidere la controversia²⁶.

A mo' di corollario, si ha così un art. 6, par. 1, che, nonostante sia letteralmente riferibile ai soli giudizi civili, abbraccia, in realtà, uno spazio giudiziario più ampio, potendosi applicare anche quando il diritto che si assume violato, se di tipo patrimoniale²⁷, investe la materia commerciale, il diritto del lavoro e la sicurezza sociale, indipendentemente dalla natura pubblica o privata delle parti o della

²⁰ V. C. Edu, *Editions Périscope c. France*, 26 marzo 1992. In dottrina v. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU*, cit., 593.

²¹ V. C. Edu, *Garagaya Khvorhurd Patgamavorokan Akumb c. Armenia*, 11 maggio 2009.

²² V. E. KRINGS, *Le délit raisonnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg*, in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, a cura di M.T. Caupain e G. de Leval, Bruxelles, 2000, 224 s.; G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee*, cit., 9. In giurisprudenza v., ad es., C. Edu, *Maaouia c. Francia*, 5 ottobre 2000.

²³ E, dunque, l'idoneità del giudizio a concludersi con una decisione di merito: v. A.A.S. ZUCKERMAN, *L'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul processo civile inglese*, in *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002, 123.

²⁴ Cf. C. RUSSO - P. M. QUAINI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2000, 91.

²⁵ V. C. Edu, *Deuneland c. Repubblica Federale Tedesca*, 29 maggio 1986; C. Edu, *W.C. c. Regno Unito*, 8 luglio 1987, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, 87 ss.; C. Edu, *Stamoulakatos c. Grecia*, 26 novembre 1997.

²⁶ V. C. Edu, *Procola c. Lussemburgo*, 25 settembre 1985, in *Riv. int. dir. pubbl. comunitario*, 1988, 1081.

legge²⁸; la materia fallimentare²⁹, quella esecutiva e disciplinare³¹, nonché il complesso ambito dei procedimenti amministrativi³², sia quando incidono su interessi di carattere patrimoniale, sia quando il profilo patrimoniale rileva solo in via indiretta³³. Esula, invece, dalla nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile, quanto meno in linea di principio, la materia tributaria, malgrado i risvolti patrimoniali che tale *species* di contenzioso indubbiamente produce nei confronti del contribuente e, soprattutto, perché in campo fiscale, per la natura pubblica del rapporto tra contribuente e collettività, il potere d'imperio è una prerogativa³⁴. Ma anche in questo ambito non mancano significative aperture, giacché la Corte di Strasburgo ha riconosciuto l'applicabilità dei principi CEDU nelle controversie relative ai rimborsi tributari³⁵; a quelle inerenti le verifiche fiscali³⁶, nonché alle ipotesi di imposizione da parte dello Stato delle sanzioni pecuniarie accessorie a condanne penali per reati fiscali³⁷.

²⁸ V. C. Edu, *F. Lombardo c. Italia e G. Lombardo c. Italia*, 26 novembre 1992; C. Edu, *Sáesté c. Francia*, 26 febbraio 1993.

²⁹ Per la verità, circa la materia fallimentare v. da dire che la Corte di Strasburgo più che della sua sussumibilità nell'ambito dell'art. 6, si è occupata prevalentemente della eccessiva durata della procedura ed ha spesso accertato la violazione da parte dell'Italia sia dell'art. 6, par. 1, che degli artt. 8 e 13 CEDU. V. infatti per es. il gruppo di sentenze reso tra il 9 ed il 23 giugno 2009 nelle cause *Scannella e altri c. Italia*; *Roccaro c. Italia*; *Carber e altri c. Italia*; *Vinci Morillaro c. Italia*; *Diurno c. Italia e Di Pasquale c. Italia*.

³⁰ V. C. Edu, *Plusse-Bauer c. Francia*, 28 maggio 2006.

³¹ V. C. Edu, *Phlis c. Grecia*, 27 giugno 1997, in *Dir. pen. e proc.*, 1988, 1088; C. Edu, *Gallo c. Italia e Nicodamo c. Italia*, 2 settembre 1997, in *Giust. civ.*, 1997, 2965 ss.; C. Edu, *Dienet c. Francia*, 26 settembre 1995.

³² Così C. Edu, *Memito c. Italia*, 5 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1335, per la quale ai fini dell'applicazione dell'art. 6, par. 1, non assume rilievo la qualificazione di una posizione come interesse legittimo alla stregua dell'ordinamento interno. V., inoltre, C. Edu, *Pudás c. Svede*, 27 ottobre 1987; C. Edu, *Baranova c. Portogallo*, 8 luglio 1987; C. Edu, *Pokis c. Austria*, 23 aprile 1987; C. Edu, *Benham c. Paesi Bassi*, 23 ottobre 1985; C. Edu, *König c. Repubblica Federale Tedesca*, 28 giugno 1978, in *Foro it.*, 1978, IV, 417 ss., con osservazioni di A. PIZZORUSSO; C. Edu, *Zimmermann e Steiner c. Svizzera*, 13 luglio 1983; C. Edu *Reinzeisen c. Austria*, 16 luglio 1971.

³³ Per un'analisi della casistica della Corte di Strasburgo sui procedimenti amministrativi coperti dalle garanzie di cui all'art. 6, par. 1, v. M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, 277 ss.

³⁴ Cf. C. Edu, *Ferrazzi c. Italia*, 12 luglio 2001. In argomento v. M. DE SALVIA-V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, coordinato da M. Fumagalli Meraviglia, Milano, 2007, 444 ss.

³⁵ V. C. Edu, *Gras Savoye c. Francia*, 22 ottobre 2003; C. Edu, *Buffalo c. Italia*, 3 ottobre 2003.

³⁶ V. C. Edu, *Ravon c. Francia*, 21 febbraio 2008.

³⁷ Così C. Edu, *Vastberga Taxi Aktiebolag e Vallic c. Svezia*, 23 luglio 2002.

L'altro aspetto saliente, che riguarda l'esatta applicazione del diritto di accesso a un tribunale, attiene alla proponibilità di una questione di costituzionalità di una disposizione dell'ordinamento interno. In proposito, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non rientra nella garanzia immanente all'art. 6 par. 1, la contestazione della costituzionalità, soprattutto laddove il diritto nazionale non consenta ai singoli l'accesso diretto, privilegiando quell'incidente di costituzionalità che notoriamente prevede il sistema del rinvio da parte del giudice a quo³⁸. Quel che, invece, la Corte può accettare è solo l'eventualità che il rifiuto di sollevare l'infrazione di costituzionalità sia frutto di scelta arbitaria del giudice, o, all'opposto, conforme a quanto l'ordinamento interno stabilisce in tema di rinvio³⁹.

Sicché, da questa breve disamina, risulta agevole comprendere come qualsiasi controversia di stampo "privatistico" possa essere oggetto di ricorso a norma dell'art. 6, par. 1, CEDU e come, per le controverse di tipo "pubblicistico", la Corte di Strasburgo sia ormai da lusinghi attestata su una posizione molto più che possibilista, non ritenendo condizione sufficiente ad escludere la tutela convenzionale né la circostanza che entrambe le parti siano soggetti privati⁴⁰, né il mero fatto che una determinata posizione soggettiva ricada, in base alla legislazione propria dell'ordinamento interno, nella sfera del diritto pubblico⁴¹.

In definitiva, la possibilità di lamentare una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU viene (correttamente) negata dai Giudici europei in un solo caso: quando l'ordinamento interno esclude espressamente l'esistenza di un diritto, giacché, argomentando diversamente, si finirebbe con il creare surrettiziamente in via giurisprudenziale un diritto privo di fondamento nell'ordinamento dello Stato resistente⁴².

³⁸ Così le decisioni C. Edu, *Gorizdra c. Moldavia*, 2 luglio 2002, e C. Edu, *Bukrevicis c. Lituania*, 28 novembre 2000.

³⁹ Cf. A. TAMMIETI - F. GAMBINI, *Sub art. 6*, in *Commentario breve*, cit., 188. In giurisprudenza, v. C. Edu, *Previti c. Italia*, 12 aprile 2007; C. Edu, *Ivanovic c. Romania*, 8 settembre 2005.

⁴⁰ Così a partire da C. Edu, *Ringsisen c. Austria*, 16 luglio 1971.

⁴¹ V. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU*, cit., 594.

⁴² Così A. TAMMIETI, *Sub art. 6*, in *Commentario breve*, cit., 177. In giurisprudenza v., ad es., C. Edu, *Al-Ahdani c. Regno Unito*, 21 novembre 2001; C. Edu, *Z. e altri c. Regno Unito*, 10 maggio 2001.

3. Le garanzie implicite: il *droit d'accès à un tribunal*.

Il prologo di tutto si situa negli anni Settanta: con la richiamata sentenza *Goldier c. Regno Unito*, la Corte europea definisce infatti in maniera nitida i tratti identificativi dell'effettività della tutela giurisdizionale⁴³. Non è azzardato etichettarla come un *grand arrêt*: è da *Goldier c. Regno Unito*, invero, che è divenuto *ius receptum* il fatto che ogni Stato di diritto renda concretamente disponibili (*id est* fruibili) gli strumenti attraverso cui pervenire ad un'equa risoluzione delle controversie.

Più nel dettaglio, i Giudici europei, premesso che in materia civile la «preminenza del diritto» (la *c.d. prééminence du droit* o *rule of law*) sarebbe difficilmente immaginabile senza garantire quel che, di fatto, consente di beneficiare delle garanzie offerte dall'art. 6, par. 1, CEDU, ossia la possibilità di adire un tribunale, hanno qualificato il diritto di accesso alla giustizia come uno dei principi basilari cui deve ispirarsi uno Stato di diritto. Affermare che l'art. 6, par. 1, sia riferibile ad un processo già pendente secondo la Corte significherebbe, in concreto, destituire di fondamento la disposizione medesima, giacché ogni ordinamento, senza con ciò violare l'art. 6, potrebbe sopprimere gli organi giurisdizionali o sottrarre alla loro competenza la cognizione di determinate categorie di controversie⁴⁴.

Goldier c. Regno Unito ha fatto da *starting point*, come testimonia la fitta sequenza di pronunzie che la riproducono⁴⁵, rappresentando la vera e propria chiave di volta per una corretta lettura del diritto ad un equo processo di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, se solo si considera, come rimarcato in dottrina⁴⁶, che i principi qui affermati hanno una valenza generale, garantendo a chiunque il diritto di intraprendere una azione giudiziaria per la tutela di diritti e obbligazioni di carattere civile. In motivazione si legge in-

⁴³ La vicenda che ha originato tale pronunzia può così condensarsi: ad un cittadino britannico era stato negato il consenso a consultare un legale per decidere se intraprendere o meno un'azione di risarcimento danni nei confronti di un agente di custodia a causa di dichiarazioni rese a suo carico.

⁴⁴ Così come, specularmente, non costituirebbe un limite legittimo esonerare da responsabilità civile larghi gruppi o categorie di persone: così C. Edu, *Fayed c. Regno Unito*, 21 settembre 1994.

⁴⁵ V., ad es., *les arrêts C. Edu, Zamobel* (n. 268 A), 21 settembre 1993, e *Fischer c. Austria* (n. 312 A), 26 aprile 1995, per le quali il diritto a un tribunale riguarda tutti gli *organe judiciaires de pleine juridiction*. Con la precisazione, effettuata con riferimento alla garanzia della ragionevole durata, che la nozione in senso ampio di tribunale esige che si tratti di un organo indipendente dall'esecutivo, che rende una decisione all'esito di un procedimento giuridicamente regolato: così C. Edu, *Lucif c. Italia*, 27 febbraio 2002; C. Edu, *Beltos c. Svizzera*, 29 aprile 1988. V. anche le sentenze richiamate *infra*, nota 56.

⁴⁶ G. TARZIA, *L. art. 111 Cost. e le garanzie europee*, cit., 8.

L'AZIONE DI RISARCIMENTO PER FATTI ILLECITI DEGLI STATI E IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE. NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA N° 238/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Di Daniele Imbruglia

SOMMARIO: 1. L'oggetto. - 2. La responsabilità internazionale e il dovere di riparazione (...). - 2.1. (...) fra gli Stati e (...). - 2.2. (...) e in favore dei singoli individui. - 2.3. Il dovere di riparazione nei confronti del singolo nel nostro ordinamento. - 3. L'azione di risarcimento del danno e la responsabilità dello Stato straniero: il problema della disciplina internazionale sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile straniera. - 3.1. I tentativi di ulteriore restringimento dell'immunità: le c.d. human rights exemptions (...). - 3.2. (...) e il caso "Ferrini". - 3.3. La pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Germany v. Italy*. - 4. La norma internazionale sull'immunità degli Stati dalle giurisdizioni straniere e l'azione interna di risarcimento del danno conseguente alla violazione dei diritti fondamentali. - 4.1. L'adeguamento dell'azione di danno ex art. 2043 c.c. alla norma internazionale generale sull'immunità. - 4.1.1. la legge 5/2013 3.1.2. la sentenza 1137/2014. - 4.2. La tesi contraria all'adattamento della norma sull'immunità nel diritto interno. - 4.2.1. Le ordinanze di remissione del Tribunale di Firenze. - 4.2.2. La sentenza della Consulta n. 238/2014. - 5. Conclusioni.

1. L'oggetto

Con una recente sentenza di (parziale) accoglimento, la Corte Costituzionale italiana è intervenuta a proposito della disciplina sull'azione individuale di risarcimento del danno ingiusto (ex art. 2043 c.c.) conseguente alla condotta di uno Stato straniero che abbia comportato la violazione dei diritti inviolabili dell'uomo¹.

Da un punto di vista civilistico, l'interesse della decisione della Consulta è duplice. Da un lato, la pronuncia ha il merito di indicare quali siano gli esatti confini dell'azione aquiliana nelle ipotesi in cui la responsabilità da accertare per simili gravissime lesioni sia quella di uno Stato straniero. Da altro lato, la sentenza, nei modi che si diranno, alimenta l'attuale riflessione civilistica sull'assetto delle tutele rispetto al principio fondamentale dell'effettività

dell'azione in giudizio di cui all'art. 24 della Costituzione repubblicana.

Ai fini di una migliore comprensione della questione, sembra essere opportuno suddividere l'indagine in tre sezioni. Nella prima parte, verrà inquadrata l'azione individuale risarcitoria rispetto alla generale responsabilità dello Stato autore della violazione dei diritti fondamentali. Nella sezione successiva, si darà conto delle coordinate del diritto internazionale attuale in materia di immunità dello Stato sovrano dalla giurisdizione civile straniera, come affermate nella recente giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia. Nella terza parte verrà esaminato il problema dell'adattamento di questa specifica disciplina internazionale nel diritto interno. In particolare, a ciò si procederà ponendo a confronto l'indirizzo seguito dal legislatore e dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione con quello, opposto, adottato dalla migliore dottrina e, appunto, dalla Corte Costituzionale con la sentenza in commento.

¹ Il riferimento è a Corte Costituzionale, sent. 22.10.2014, n° 238, rel. Pres. Tesauro, pubblicata in www.cortecostituzionale.it.

fatti che «[a]ux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de processus» (§ 35) e che «le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qui énonce l'article 6 par. 1» (§ 36).

Viene così in rilievo la garanzia, «implicita ed immanente in quelle formalmente consacrate» dalla disposizione⁴⁷, del «droit d'accès à un tribunal», che altro non è se non il diritto di poter liberamente agire (o difendersi) in giudizio per la tutela di una situazione giuridicamente rilevante⁴⁸. Diritto che allora potrebbe anche lasciar dischiudere una latitudine maggiore rispetto a quella risultante dalla comune interpretazione dell'art. 24 Cost.⁴⁹. L'essenza dell'art. 6, par. 1, va dunque rinvenuta, secondo il periodare dei Giudici europei, nel fatto che la disposizione non può essere intesa come mera garanzia ad un processo equo *già pendente*; al contrario, la pienezza del diritto all'equo processo si realizza compiutamente soltanto attraverso la tutela giurisdizionale. E, da questa visuale, il potere di promuovere l'azione per risolvere le contestazioni sorte in ordine a diritti e obbligazioni di carattere civile s'invera garantendo, da parte dei singoli Stati, l'accesso alla giustizia.

In altre parole, pur se non espressamente sancita dall'art. 6, par. 1, quella del diritto di accesso alle corti e ai tribunali deve considerarsi una garanzia costanziale ad una tutela che possa dirsi *effettiva*: pur nella consapevolezza che il diritto di accesso alla giustizia non può essere garantito in modo assoluto, essendo il suo raggio applicativo rigorosamente definito da quelle legislazioni nazionali⁵⁰ che poi è compito esclusivo dei Giudici europei accertare *in concreto* con quale grado di ragionevole compatibi-

lità/incompatibilità abbiano osservato i principi della CEDU. A ciascuno Stato membro è, infatti, riconosciuto il potere di porre delle limitazioni, anche implicite, all'esercizio del «droit à un tribunal», avendo in realtà la Corte competenza solo su questo specifico oggetto: verificare che la compressione del diritto sia avvenuta per un *but légitime*⁵¹ e che sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine perseguito dallo Stato contraente⁵².

Si profila quindi una garanzia che, ampliando il contesto preceptivo di quel processo equo voluto dall'art. 6, par. 1, si pone in stretta *liaison* con l'art. 13 CEDU⁵³, che, nel sancire il *droit à un recours effectif* sottende l'obbligo per gli Stati firmatari di assicurare adeguata ed effettiva protezione ai diritti dell'uomo nei rispettivi ordinamenti⁵⁴.

Le due disposizioni stilizzano, dunque, per la Corte di Strasburgo una vicenda protettiva la quale, seppur rilevante soltanto in termini relazionali nel senso prima specificato, deve mostrare un contenuto che lascia intravedere una forma di tutela *concreta*⁵⁵, rimuovendo *tendenzialmente* ogni impedimento all'esercizio del diritto di accesso ai tribunali affinché si possa discorrere di *effettività della tutela giurisdizionale*. Per conseguenza, se l'ordinamento nazionale denega immotivatamente il ricorso alla giurisdizione interna per la tutela di diritti o libertà fondamentali, per contro l'equità cui la CEDU è improntata evoca «l'*effectivité du droit d'accès démandé qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits*»⁵⁶.

⁵¹ Tenuto conto che la limitazione può essere bilanciata con altri interessi meritevoli di tutela giuridica. Così S. RODRIGUEZ, *L'equo processo tra Corte europea e Corte costituzionale italiana. Il caso delle immunità parlamentari, in Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, a cura di G. Rolla, Milano, 2010, 374.

⁵² Sul punto, l'orientamento della Corte è costante e risulante nel tempo: v. C. Edu, *Khalifaoui c. Francia*, 14 dicembre 1999.

⁵³ F. MANGANO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in www.ius-publicum.com, par. 1, il quale rileva che è prassi consolidata che dinanzi alla Corte vengano dedotti motivi inerenti alla violazione congiunta degli artt. 6 e 13, ancorché le sentenze non sempre riconoscano la violazione di entrambe le disposizioni. Sul punto v. anche *infra*, par. 9.

⁵⁴ Disposizione anch'essa centrale, riconoscendo il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale, l'art. 13 testualmente recita che «*toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles*».

⁵⁵ M. DE SALVIA-M. REMUS, *Ricorrere a Strasburgo. Presuppolti e procedura*, Milano, 2011, 124 ss.

⁵⁶ Così la Corte nell'*affaire Bellet c. France*, 4 dicembre 1995, cit., e, successivamente, in *F. E. c. Francia*, 30 ottobre 1998, *Lagrange c. Francia*, 10 ottobre 2000.

⁴⁷ Così L. P. COMOGLIO, *Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 728.

⁴⁸ E che si pone come fulcro attorno al quale ruotano le garanzie processuali sancite dall'art. 6, par. 1: v. W. STRASSER, in *The relationship between substantive rights and procedural rights by the European Convention on Human Rights, Mélanges J. - G. Wiarda*, Heymans, 1987, 595.

⁴⁹ Secondo G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee*, cit., 8, infatti, il diritto d'accesso ai tribunali come inteso dai Giudici europei «va dunque al di là del diritto di azione e di difesa, come risultante dalla comune interpretazione dell'art. 24 Cost., escludendo ogni impedimento concreto al suo esercizio», pur riconoscendo «*que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu*».

⁵⁰ Pur non avendo un carattere assoluto, in quanto suscettibile di ragionevoli limitazioni da parte degli Stati firmatari. In proposito, v. L. P. COMOGLIO, *Il «giusto processo» civile*, cit., 728, nota 79.



Diversamente, cioè a dire in presenza di *legittime* limitazioni da parte delle singole legislazioni nazionali, non v'è violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU. Se, infatti, l'accesso è limitato da norme di procedura (*rules*) perché, ad es., l'ordinamento interno impone che l'instaurazione del giudizio sia preceduta dall'adempimento di determinati oneri, la conseguente impossibilità di ottenere una decisione di merito per inosservanza delle regole processuali non può essere configurata alla stregua di una compressione del diritto di accesso a un tribunale⁵⁷. Sul punto, però, occorre intendere: è senz'altro vero che il diritto di accesso al tribunale per sua stessa natura esige una espresa regolamentazione da parte dell'ordinamento interno e che tale regolazione è connotata da un certo margine di discrezionalità sottoposto al controllo della Corte⁵⁸, ma è vero pure che l'osservanza delle *moyenze* programmatiche dell'art. 6, par. 1, CEDU ad opera degli Stati firmatari deve avvenire senza intaccare il contenuto minimo del diritto di azione. Questa unità minima della pretesa è infatti intangibile⁵⁹.

Letta la Convenzione con queste lenti, si ha, *par ricoche*, l'affermazione di un principio di carattere generale per il quale il tritico pubblicitario/celerità/imparzialità descritte il *Wesengehall* di un processo equo, ma sono attribuiti, in quanto *posterius*, che si tramutano in vane declamazioni di principio se prima non si provvede a riconoscere (e tutelare) in capo ai singoli il diritto di accesso alla giustizia.

4. Le garanzie esplicite: il *délai raisonnable*.

Accanto alla garanzia implicita, il diritto ad un processo equo si compone di una serie di garanzie esplicite, che nel loro insieme concorrono a rendere *effettiva* la tutela giurisdizionale e costituiscono

⁵⁷ È stato infatti autorevolmente affermato che limitazioni al diritto d'accesso ai tribunali sono date, ad es., dal tentativo obbligatorio di conciliazione preventivo all'azione giudiziaria (che, però può considerarsi un limite legittimo solo se contenuto in tempi ragionevoli), oppure da altre forme di giurisdizione condizionata. Così G. TARZIA, *L. art. 111 Cost. e le garanzie europee*, cit., 9.
⁵⁸ V. C. Edu, *Golder c. Regno Unito*, cit., in motivazione § 38, ove si legge che il *adroit à un tribunal*», richiede, per sua stessa natura, una regolazione da parte dello Stato nazionale; regolazione che può variare nel tempo e nello spazio a seconda di quelle che sono le esigenze e le risorse della comunità e degli individui. Nello stesso senso anche C. Edu, *Ashington c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, § 57.
⁵⁹ V. ancora C. Edu, *Golder c. Regno Unito*, cit., in motivazione § 38. Successivamente, nella medesima direzione è C. Edu, *Al-roy c. Irlanda*, 9 ottobre 1979.

no «le componenti minime essenziali»⁶⁰ di quell'archetipo processuale protetto a livello internazionale.

Tra queste, quella che assume particolare rilievo dal punto di vista pratico nell'ordinamento italiano è la durata ragionevole del processo. L'eccessiva dilatazione dei tempi di definizione del giudizio, a detrimento dell'attore che ha ragione, rischia, infatti, di azzerare *ex se* il canone dell'equità cui deve essere improntato il processo secondo la CEDU. Il diritto a ricevere giustizia in tempi ragionevoli, ancorché sia provvisto di copertura costituzionale (art. 111, 2° comma, Cost.), allo stato è rimasto oggetto di una formale riserva di legge⁶², nella prospettiva di futuri interventi legislativi volti a rendere effettiva tale garanzia.

Orbene, come è noto, secondo il dettato comunitario, la determinazione dei diritti e delle obbligazioni civili deve avvenire, per l'appunto, entro un «termine ragionevole» (*délai raisonnable* nella versione francese e *reasonable time* in quella inglese). Tuttavia, è altrettanto noto che il precetto comunitario non trova alcuna corrispondenza esplicita nell'ambito delle norme interne⁶³, neppure in materia penale⁶⁴. Perciò, l'assenza di un meccanismo normativo idoneo ad assicurare il rispetto della durata ragionevole, malgrado la presenza di disposizioni volte a garantire, *almeno tendenzialmente*, la ragionevole durata del processo⁶⁵, fa sì che in Italia il termine ragionevole sia mobile, nel senso che varia non soltanto in relazione al tipo di procedimento, ma anche rispetto alla medesima tipologia processuale, a seconda cioè delle circostanze che caratterizzano il caso concreto.

Naturalmente, l'apprezzamento del *délai raisonnable*, eventualmente virato in un lasso temporale *dérainabile*, non può essere operata in astratto,

⁶⁰ L'efficace espressione è di L.P. COMOGGIO, *Il «giusto processo» civile*, cit., 728 (consivo nel testo).
⁶¹ Che poi altro non è se non la garanzia ad una giustizia «temporale», che rappresenta un interesse comune rilevante per la parte sia *uti civis* che *uti singulus*. In argomento v. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 249 ss.
⁶² Cfr. L.P. COMOGGIO, *Il «giusto processo» civile*, cit., 707.

⁶³ Lo faceva notare già V. STARACE, *Durata ragionevole del processo e impegni internazionali dell'Italia*, in *Foro it.*, 1995, V, 264.
⁶⁴ V. I. IA, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ottobre 1998*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, spec. 553 ss., ove nutrite indicazioni bibliografiche.
⁶⁵ Secondo A. CERINO CANOVA, *Durata del processo in Italia e art. 6 della Convenzione*, in *Studi Parmensi*, 1976, XVIII, 199, la violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU ha luogo perché, pur se la normativa è tendenzialmente all'altezza di assicurare la ragionevole durata, il processo italiano «viene condotto con totale inosservanza dei precetti ispirati all'oralità, immediatezza e concentrazione».

Attualità

indicatedo la gravità della malformazione non diagnosticata, le qualità personali dei soggetti coinvolti e i fattori ambientali e culturali.

Qualora, invece, non vi siano ulteriori elementi integrativi della presunzione, non si può gravare il medico della prova che la gestante, informata della malattia genetica del nascituro, non avrebbe abortito. Ciò in quanto il principio di vicinanza della prova e la difficoltà di provare un fatto negativo esigono di spostare sulla madre l'onere di avvalorare la presunzione della volontà abortiva.

Appena un cenno su un ultimo aspetto. L'informazione della gestante non è solo presupposto indispensabile dell'interruzione della gravidanza. Essa è decisiva affinché la coppia possa prepararsi psicologicamente all'arrivo di un figlio non sano. Di conseguenza, a prescindere dall'esistenza dei presupposti dell'aborto, la coppia, in caso di omessa informazione, è comunque legittimata a chiedere il risarcimento del danno per violazione del diritto a una procreazione cosciente e responsabile⁶⁵.

nel processo che, se fosse stata correttamente informata, avrebbe interrotto la gravidanza.

⁶⁵ Cass., 17.7.2014, n. 16401, in www.ilcaso.it, conferma il risarcimento del danno non patrimoniale cagionato alla donna in conseguenza della lesione del proprio diritto di essere informata sull'esistenza della gravidanza (fatto, questo, non comunicato dal ginecologo). Viene altresì confermato il mancato riconoscimento del danno patrimoniale, consistente negli oneri di mantenimento del figlio, poiché non vi era stata prova della volontà abortiva. Il diritto a una procreazione cosciente e responsabile è, dunque, diverso dal diritto di abortire, così come distinti sono i danni che possono derivare dalle lesioni dell'uno o dell'altro. Cf. anche Cass., 22.3.2013, n. 7269, cit.

ma è compito della Corte di Strasburgo accettare di volta in volta, sulla base di criteri univoci, la sussistenza della violazione lamentata. Sulla base di una giurisprudenza consolidata, ai fini della "quantificazione" del ritardo nella definizione dei giudizi civili, i parametri valutativi solitamente adottati per verificare *in concreto* la ragionevolezza della durata di un procedimento sono essenzialmente di tre tipi: la c.d. rilevanza della posta in gioco, vale a dire «l'*enjeu du litige pour le requérant*» o «*the stake for the applicant*»; la complessità del caso – da commisurare comunque agli interessi vaniati ricorrente⁶⁶ – e il comportamento processuale del ricorrente e dell'autorità giudiziaria.

Per la verità, un altro fattore utile a commisurare la ragionevolezza del ritardo, che tuttavia data la sua eccezionalità involge un raggio applicativo molto ridotto, è rappresentato dall'esistenza di una causa di forza maggiore. Va da sé, infatti, che laddove i Giudici europei dovessero ravvisare la sussistenza di una causa di forza maggiore, la quale abbia comportato una eccessiva dilatazione dei tempi processuali per addiventare ad una decisione, non v'è di fatto alcun margine per configurare la violazione della garanzia della ragionevole durata del giudizio⁶⁷.

5. Segue: i criteri per commisurare il ritardo: a) la c.d. posta in gioco; b) la complessità del caso.

Se si prescinde dalla causa di forza maggiore – che, come appena visto, è la sola circostanza idonea di per sé ad esimere lo Stato dalla responsabilità per la violazione del termine ragionevole – per quanto concerne gli altri fattori assunti dalla Corte di Strasburgo come parametri, v'è subito da dire che, non di rado, vengono combinati fra loro al fine di accelerare l'irragionevolezza della durata di un processo.

Tuttavia, sussistono dei casi nei quali la rilevanza della posta in gioco assurge a criterio autonomo, in quanto si tratta di un dato intrinsecamente correlato alle situazioni sostanziali oggetto del processo e, per conseguenza, alle concrete aspettative derivanti da una sua celere risoluzione della controversia. Di talché, l'*enjeu*, quando concerne un bene della vita ritenuto particolarmente rilevante, è di per sé parametro sufficiente per un corretto apprezzamento del *délai raisonnable*. Difatti, vi sono fatti-

⁶⁶ V. C. Edu, *Frydlander c. Francia*, 27 luglio 2000.

⁶⁷ A mo' di esempio, l'interruzione forzata dell'attività giudiziaria dovuta al verificarsi di eventi naturali, come è accaduto in alcune zone del Paese in occasione dei terremoti, non può essere considerata un parametro valido nell'apprezzamento della violazione del *délai raisonnable*: V. C. RUSSO – P. M. QUAINI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 90.

specie nelle quali, più di altre, il giudizio deve necessariamente avere una durata ragionevole, «poiché, ad es., una causa in cui si controverta del diritto alla salute deve avere certamente la precedenza rispetto ad una causa meramente risarcitoria», se solo si considera che la decisione è in grado di incidere in modo considerevole sulla sfera personale dell'individuo. Per la Corte di Strasburgo, come prima si accennava, la ragionevolezza della durata di un procedimento deve essere infatti rapportata – *sempre e comunque* – alla delicatezza degli interessi coinvolti.

E così, di là dal corpus catalogo di pronunzie che attengono alla ragionevole durata per i procedimenti penali a carico di persone sottoposte a custodia cautelare, l'importanza degli interessi del ricorrente è divenuta ormai il fulcro attorno al quale, anche in materia civile, ruota una serie di sentenze sull'accertamento della violazione della ragionevole durata⁶⁸. Difatti, il catalogo va dalle azioni di risarcimento danno intente da soggetti che hanno contratto malattie a cagione di trasfusioni effettuate con sangue infetto⁶⁹, alle procedure di adozione o di divorzio⁷⁰, passando però per la tutela della posizione soggettiva del lavoratore⁷¹.

Di poi, il criterio della posta in gioco si combina spesso con la *nature de l'affaire*, ossia la complessità della controversia, che frequentemente diviene il fattore dirimente per la concreta determinazione del *délai raisonnable*. Come si è scritto, è questo infatti l'elemento che la Corte «mostra quasi sempre di aver valutato nella motivazione delle proprie decisioni»⁷².

La complessità, naturalmente, potrà riguardare tanto il punto di vista strutturale del caso concreto, quanto quello di diritto, importando così la necessità di valutare non soltanto la sussistenza di una pluralità di situazioni giuridiche connesse, ma anche l'eventuale novità della questione trattata, la man-

⁶⁸ Così F. CIPRIANI, *Equo processo*, in *Giurisprudenza della Corte europea*, cit., 241.

⁶⁹ Inizialmente, il criterio della posta in gioco per il ricorrente era considerato dalla Corte di Strasburgo alla stregua di una regola non scritta; con il passare del tempo, invece, è stato direttamente inserito nella «formula standard» relativa all'accertamento della violazione del *délai raisonnable*. Sul punto v. A. TAMIETTI, *Sub art. 6*, in *Commentario breve*, cit., 254.

⁷⁰ V. C. Edu, *A. e altri c. Danimarca*, 8 febbraio 1996, in *Danmark e responsabilità*, 1999, 184; C. Edu, *X. c. Francia*, 8 febbraio 1996.

⁷¹ V. C. Edu, *Laiano c. Italia*, 18 febbraio 1999; C. Edu, *Boek c. Repubblica Federale Tedesca*, 29 marzo 1989; C. Edu, *H. c. Regno Unito*, 8 luglio 1987.

⁷² V. C. Edu, *Nunes Violante c. Portogallo*, 8 giugno 1999; C. Edu, *Travisan c. Italia*, 26 febbraio 1993; C. Edu, *Obermeyer c. Austria*, 28 giugno 1990.

⁷³ Così A. TAMIETTI, *Sub art. 6*, in *Commentario breve*, cit., 249.



canza di un orientamento giurisprudenziale uniforme o, ancora, l'esistenza di un testo legislativo contraddittorio⁷⁴.

Al fine di non incorrere in un equivoco, va però chiarito che dirimente non significa assorbente, atteso che per la Corte non è sempre valido il binomio complessità della lite/durata eccessiva del processo. Anche in questo caso è perciò necessario, oltre che opportuno, prendere le mosse dalla giurisprudenza EDU, per la quale, anche in relazione a fattispecie complesse, il *délai déraisonnable* deve cedere il passo quando lo imponga l'insieme delle circostanze che caratterizza il caso concreto, come ad esempio accade ogniqualvolta la controversia abbia ad oggetto uno *status* oppure l'affidamento di un minore. Nelle ipotesi *de quibus*, la Corte è infatti dell'avviso che una durata eccessiva del procedimento possa comportare un pregiudizio sul godimento del diritto al rispetto della vita familiare⁷⁵.

6. Segue: c) il comportamento processuale del ricorrente; d) e quello dell'autorità giudiziaria.

Per quel che concerne la condotta delle parti o dei loro difensori, la Corte di Strasburgo è nitida nell'evidenziare che, ai fini dell'accertamento della violazione della ragionevole durata *ex art. 6, par. 1*, CEDU i ritardi imputabili a comportamenti scientificamente dilatori debbano essere sottratti dalla durata complessiva del giudizio⁷⁶. La ragione riposa sulla circostanza che l'entità del risarcimento per la lesione del diritto alla ragionevole durata viene commisurata tenendo conto della durata complessiva del giudizio, con l'effetto che maggiore è il ritardo nella definizione della controversia e maggiore sarà la somma liquidata a carico dello Stato convenuto. Di talché, si verrebbe a creare un risultato a dir poco irrazionale qualora la medesima parte che ha dato luogo ad un ingiustificato ritardo nella decisione potesse poi lucrare un risarcimento più consistente rispetto a quello che le spetterebbe «al netto» del proprio comportamento processuale.

Ciò premesso, è interessante osservare che, in riferimento ai giudici civili, secondo la Corte il diritto di ricorrere a Strasburgo lamentando la sussistenza

⁷⁴ V., ad es., C. Edu, *Prato e altri c. Italia*, 8 dicembre 1983.
⁷⁵ Emblematica è la sentenza *Laino c. Italia*, 18 febbraio 1999, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1999, 604 ss. In dottrina v. *amplicus* G. TARKZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee*, cit., 17 ss.; E. DALMOTTO, *Diritto all'equa ripartizione per l'eccessiva durata del processo*, in *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, a cura di S. Chiantoni, Torino, 2002, 176 ss.
⁷⁶ V. per tutti F. CIPRIANI, *Equo processo*, in *Giurisprudenza della Corte europea*, cit., 240 s.

di un *délai déraisonnable* spetta, quanto meno in linea teorica, a tutte le parti del giudizio nazionale. In altri termini, il requisito della soccombenza non è di per sé, quanto meno in linea generale, un fattore ostativo alla richiesta di risarcimento per lesione del diritto alla ragionevole durata del processo⁷⁷. Ma, con alcune precisazioni.

Innanzitutto, il ricorrente, pur se soccombente nel giudizio nazionale, deve dare prova del fatto che l'eccessiva durata del processo gli abbia provocato *in concreto* un danno non logicamente incompatibile con la sua situazione sostanziale di soccombenza: è elemento necessario per discorrere di lesione del diritto alla ragionevole durata che il ricorrente abbia subito un pregiudizio *effettivo*, tale, cioè, da poterlo considerare «vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti»⁷⁸ secondo il disposto di cui all'art. 34 CEDU⁷⁹.

Muovendo dal presupposto che occorre tenere ben distinta la materia civile da quella penale, nel civile si richiede a chi lamenti la eccessiva durata del processo di avere evitato di assumere iniziative dilatorie tali da incidere significativamente sulla durata complessiva del giudizio⁸⁰. Come infatti talvolta si legge in motivazione, pur essendo il processo civile improntato al principio dispositivo, «non si può far assumere alla condotta dell'attore o del convenuto un rilievo talmente assorbente da dispensare il giudice dall'assicurare il rispetto dei requisiti dell'art. 6 in materia di termine ragionevole»⁸¹, essendo questi comunque tenuti ad assicurare la ragionevole durata del processo nonostante le eventuali tattiche dilatorie delle parti. Qui, come è istitutivo notare, l'economia del discorso si viene fatalmente a intrecciare con quel vischioso problema

⁷⁷ Giacché la durata irragionevole di un processo è un dato che prescinde dal contenuto della decisione di merito: cfr. A. TAMIETTI, *Sub art. 6*, in *Commentario breve*, cit., 250; M. BERTUZZI, *Violazione del principio della ragionevole durata del processo e diritto all'equa ripartizione*, in *Giur. merito*, 2001, 1159.

⁷⁸ V., ad es., C. Edu, *Caglioti c. Italia*, 8 luglio 2008, ove la Corte ha affermato che per stabilire se il ricorrente possa o no essere considerato «vittima» ai sensi dell'art. 34 CEDU, occorre verificare che le autorità nazionali abbiano riconosciuto e successivamente rimediato, in modo sufficiente ed appropriato, alla lamentata violazione: qualora, infatti, il rimedio interno si riveli insufficiente, il ricorrente conserva lo status di vittima.

⁷⁹ Al riguardo, giova rammentare che la Corte di Strasburgo ha ritenuto che debba essere considerata «vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti» *ex art. 34* anche quella persona, fisica o giuridica, che non sia stata parte nel giudizio interno, ma che abbia subito un concreto pregiudizio dall'eccessiva durata del procedimento riguardante l'esecuzione di una sentenza pronunciata da un tribunale straniero: v., ad es., C. Edu, *W. K. c. Italia*, 20 luglio 2004.

⁸⁰ V. C. Edu, *H. c. Francia*, 24 ottobre 1989; C. Edu, *Deame-land c. Repubblica Federale Tedesca*, 29 maggio 1986.
⁸¹ V. C. Edu, *Scoppelliti c. Italia*, 23 novembre 1993.

Pertanto il medico dipendente dalla struttura sanitaria, anche nell'ipotesi di cui all'art. 3 appena citato, continuerebbe a rispondere a titolo di responsabilità contrattuale, nonostante il riferimento all'art. 2043 c.c.

Ciò non esime da qualche considerazione sulla distribuzione dell'onere della prova con riguardo alla volontà abortiva della gestante, non correttamente informata sulle condizioni del feto.

Certamente per effetto della sentenza n. 13533/2001 della Cassazione a Sezioni unite, la donna (il creditore) dovrà provare soltanto la richiesta degli esami volti ad accertare eventuali malformazioni del nascituro. Spetterà al medico (il debitore) dimostrare di aver fornito tutte le informazioni del caso⁸². Rimaneva un dubbio rilevante, risolto

sabibilità del medico nell'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi (l. 18/9/2012), in *Persona e mercato*, 2013, 4, 374-378.

In giurisprudenza cfr. Cass., 17.4.2014, n. 8940, in *www.ilcaso.it*, in cui si afferma che il legislatore, con l'art. 3 d.l. 158/2012, non ha «inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione» della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extraccontrattuale. Da tale articolo non può desumersi «il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica come responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792 del 2013)», piuttosto con esso il legislatore ha inteso escludere l'irrelevance civile della colpa lieve (in ossequio al principio «*in lege aquita et levisima culpa venio*»). Di conseguenza deve affermarsi la responsabilità contrattuale del medico anche nella fattispecie di cui all'art. 3 d.l. 158/2012 (*id est*: medico in colpa lieve che si è attenuto alle linee guida). In tal senso, sia pur in un *obiter dictum*, Cass., 19.2.2013, n. 4030, in *Guida al dir.*, 2013, 17, 25. D'accordo, con un'articolata motivazione, Trib. Cremona, 1.10.2013, n. 593, in *www.cassazione.net*, secondo cui il legislatore, col riferimento all'art. 2043 c.c., non ha inteso disciplinare il titolo della responsabilità diretta dei sanitari. Si argomenta, tra l'altro, dal fatto che l'art. 3 d.l. n. 158/2012 rinvia non già all'art. 2043 c.c. nella sua interezza, ma solo all'«obbligo» di cui al medesimo articolo, ossia esclusivamente al risarcimento del danno. *Contra*: Trib. Varese, 26.11.2012, in *Studio Legale-Leggi d'Italia on line*; Trib. Milano, 17.7.2014, in *www.cassazione.net*, secondo cui l'art. 3 co. 1 *de quo* ha accolto la responsabilità aquiliana solo con riguardo alla fattispecie *in vi* descritte. Si trae argomento dalla modifiche apportate al testo normativo in sede di conversione, dal tenore letterale della disposizione e dalla duplice finalità della legge Balduzzi: contenere la spesa sanitaria e contrastare il fenomeno della medicodifensiva. Ancora diversa è la posizione del Trib. Brindisi, 18.7.2014, in *www.cassazione.net*, secondo cui l'inciso «fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile» non sarebbe univoco nel senso di prevedere la sola responsabilità aquiliana. Di conseguenza, secondo il principio della cumulabilità dei rimedi, il danneggiato può agire con l'azione extraccontrattuale da sola o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale.

⁸² Cass., 27.11.2012, n. 20984, cit., in un caso in cui il paziente lamentava di non aver ricevuto informazioni sui possibili effetti collaterali della terapia suggerita, rileva che «l'illustrazione al paziente delle conseguenze della terapia o dell'intervento - al fine di ottenere il necessario consenso all'esecuzione della prestazione terapeutica - costituisce un'obbligazione, il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra afferma inadempiente. Dunque dal medico a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente». Tornato al nostro tema,

dalla Cassazione più recente: se provata la volontà di sottoporsi agli esami prenatali, il giudice debba desumere, *sic et simpliciter* da tale circostanza, l'intento abortivo in caso di diagnosi di malformazioni.

La Suprema Corte distingue due ipotesi¹⁰⁰. La prima non presenta particolari problemi, giacché la donna prova non solo di aver richiesto gli esami volti ad accertare lo stato di salute del nascituro, ma anche di aver espressamente reso edotto il medico dell'intenzione di interrompere la gravidanza ove fossero state rilevate gravi patologie. Qui, evidentemente, l'omessa informazione ledè il diritto di interrompere la gravidanza e cagiona i danni su cui ci siamo già soffermati.

Nella seconda ipotesi, invece, la gestante si limita a richiedere accertamenti sulla salute del feto, senza anticipare alcunché circa le proprie eventuali determinazioni ove dovessero emergere malattie congenite. Secondo l'orientamento giurisprudenziale che va consolidandosi¹⁰¹, la volontà abortiva non può essere desunta dalla sola richiesta degli esami diagnostici. I quali, se non espressamente funzionalizzati a individuare eventuali anomalie del feto, costituiscono solo un indizio isolato della decisione di interrompere la gravidanza.

Tale decisione (ipotetica) si prova attraverso il mezzo della presunzione, ma questa, per poter operare, deve essere delineata dalla parte attrice (*id est*: la madre) mediante *elementi probatori ulteriori* tratti dal caso concreto¹⁰². Tra essi la Suprema Corte ha

l'informazione sui test praticabili per accertare la salute del nascituro, per essere esauriente, deve indicare le percentuali di false negatività di ciascuno di essi. Solo così si consente alla gestante di scegliere davvero, in piena autonomia, a quale esame sottoporsi, anche in considerazione delle possibili controindicazioni sulla salute o sulla vita del nascituro.
¹⁰⁰ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.
¹⁰¹ Cass., 30.5.2014, n. 12264, in *www.cassazione.net*; Cass., 22.3.2013, n. 7269, in *Fam. e dir.*, 2013, 12, 1095 ss., con nota di C. ANATO, *Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere probatorio e rilevanza dell'obbligo informativo*; Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

¹⁰² Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., pone esattamente in rilievo come limitarsi a inferire la volontà abortiva dalla sola richiesta di diagnosi di patologie genetiche rischia di «trasformare un giudizio risarcitorio (e la natura stessa della responsabilità civile) in una sorta di vicenda para-assicurativa *ex post* [in tal senso anche Cass., 22.3.2013, n. 7269, cit.], consentendo sempre e comunque, mercé l'automatica allegazione della presunzione semplice in discorso, di introdurre istanze risarcitorie anche se la volontà della gestante sarebbe stata diversamente orientata. Diverrebbe, in tal caso, vicenda processuale non incerta, ma già segnata *ab origine* nel suo vittorioso esito finale, quella che finisce per rendere automatico ogni risarcimento all'esito di una semplice richiesta nonostante la impossibilità della prova di un fatto negativo da parte del convenuto (la volontà di non abortire non negata dalla diagnosi infausta). In sostanza, la donna non raggiunge la prova della volontà abortiva, limitandosi a dichiarare



instaura una relazione specifica e costante che costituisce l'essenza del rapporto obbligatorio⁹³.

Esattamente la più recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che «l'intervento del medico, anche solo in funzione diagnostica, dà comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale»⁹⁴. Perciò l'obbligo di informare circa le conseguenze di un intervento chirurgico, di una terapia o su quali siano gli esami più efficaci per escludere certe tare genetiche del nascituro ricade nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio⁹⁵.

| 158

⁹³ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, in Europa e dir. priv.*, 2011, 1, 66, individua nella relazione la differenza essenziale tra la responsabilità aquiliana, in cui pure vi può essere un dovere di rispettare una regola specifica nei confronti di certi soggetti (si pensi agli obblighi nei confronti del pedone che attraversa sulle strisce pedonali) e la responsabilità per inadempimento del contratto. Si vedano pure le lucide riflessioni di G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 81 ss.

⁹⁴ Cass., 9.2.2010, n. 2847, cit.; Cass., 8.7.1994, n. 6464, in *Russ. dir. civ.*, 1996, 2, 342 ss., con nota di D. CARUSI, *Fallito intervento di interruzione di gravidanza e responsabilità mediatrice per omessa informazione: il «danno da procreazione» nella giurisprudenza italiana e nella esperienza straniera*, Cass., 29.3.1976, n. 1132, in *Ghir. it.*, 1977, 1, 1, 1980, *leading case*, afferma che «la responsabilità del medico per aver praticato un intervento chirurgico, senza la preventiva doverosa informazione del paziente sui possibili rischi ed effetti dell'intervento medesimo, non configura un'ipotesi di responsabilità precontrattuale. Invero, la prestazione professionale del chirurgo, cui il cliente si affida per il superamento di una determinata affezione o quadro patologico, comporta sempre e necessariamente (anche nel caso in cui il paziente sia stato invitato al chirurgo da un medico generico) un'attività preliminare di diagnosi, al fine di stabilire l'opportunità o meno dell'intervento; ne consegue che l'indicato dovere di informazione, diretto ad ottenere un consapevole consenso del cliente, interviene dopo che, con l'attività diagnostica, è già iniziata l'esecuzione del contratto d'opera professionale, e, quindi, ha natura contrattuale, così come contrattuale è la responsabilità derivante dal suo mancato assolvimento (conservio mio)». Più di recente secondo Cass., 27.11.2012, n. 20984, in *www.casavazione.net*: «è ormai principio incontestato che l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, determina l'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale».

⁹⁵ Cass., 20.4.1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296; Cass., 11.2.2005, n. 2855 in *Contr. e impr.*, 2005, 2, 501 ss., con nota di M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*; Cass., 13.7.2005, n. 14739 e Cass., 6.8.2008, n. 21250, entrambe in *Studio Legale-Leggi d'Italia on line*; Cass., 18.9.2009, n. 20106, con nota di A. PALMIERI-R. PAROLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossione e consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui la buona fede, poiché costituisce strumento attuativo del principio della solidarietà, impone a ciascuna parte, sia durante la trattativa che nell'esecuzione del contratto, di tenere comportamenti idonei a preservare gli interessi dell'altra parte, nei limiti in cui non comporti un apprezzabile sacrificio del proprio interesse*. Nell'esecuzione del contratto, la buona fede è in grado di produrre obblighi aggiuntivi a quelli previsti dal contratto stesso (cf. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209 ss.).

dell'abuso del processo, da qualche anno divenuto un *topos* nella riflessione scientifica anche italiana sul punto⁸², però, l'apporto della Corte di Strasburgo sulla questione è solo tangenziale e di rimando.

Da ultimo, seppure non ai fini della valutazione della durata ragionevole, viene in evidenza il comportamento dell'autorità giudiziaria. Si tratta di un fattore la cui valutazione condiziona in maniera risolutiva la determinazione di configurare o no la responsabilità dello Stato per la lamentata violazione del *délai raisonnable*.

Con tale criterio, infatti, la Corte allude non soltanto alla lentezza imputabile al singolo magistrato investito della causa, ma anche all'intera organizzazione del sistema giudiziario che, a causa di disfunzioni sistemiche, abbia di fatto impedito di assolvere tempestivamente alle funzioni giurisdizionali⁸³. In tal modo, cioè attraverso l'esame della condotta tenuta dallo Stato-amministrazione, è possibile stabilire, in relazione al singolo caso sottoposto all'attenzione della Corte, quanto l'obiettivo di garantire il principio della ragionevole durata del processo, spesso volte esaminato congiuntamente a quello di garantire un ricorso effettivo ex art. 13 CEDU⁸⁴, sia stato in concreto disatteso⁸⁵.

7. La situazione italiana.

È a tutti noto che il rispetto della durata ragionevole del processo costituisce il *punctum dolens* dell'ordinamento italiano, giacché, il procrastinarsi nel tempo dei giudizi civili, è notoriamente uno, se

⁸² V. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Urbino, 23-24 settembre 2011), Bologna, 2012, 19 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, I, 697 ss.; A. DONDI, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Annali dell'Enc. del dir.*, Milano, 2010, III, 1 ss.; A. DONDI-A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 195; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della richiesta. Contributo allo studio sul abuso del razione giudiziale*, Milano, 2004; F. CORDOXXI, *L'abuso del processo*, I, Le Il, Padova, 2000. Per una prospettiva in chiave comparatistica, con particolare attenzione al diritto statunitense, v. L.P. COMOLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 331 ss.; per un'analisi delle fattispecie di *abuse of process* civile inglese, v. M. SERIO, *L'abuso del processo: una ricerca comparatistica*, in *Giust. proc. civ.*, 2014, 123 ss.

⁸³ V. F. CIPRIANI, *Equo processo*, in *Giurisprudenza della Corte Europea*, cit., 241. In giurisprudenza v. C. Edu, *De Landsheer c. Belgio*, 15 luglio 2005.

⁸⁴ V. F. MANGANO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo*, cit., par. 5; ove ampi richiami giurisprudenziali.

⁸⁵ V., ad es., C. Edu, *Georgios Papageorgiou c. Grecia*, 9 marzo 2003.

non il principale, fattore di inefficienza del pianeta giustizia in Italia⁸⁶. Semmonché, quel che è interessante osservare, come da più parti si è fatto notare, riguarda la scarsa influenza che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha avuto nel diritto nazionale⁸⁷.

Vero è che l'ordinamento ha da tempo appreso un rimedio c.d. interno, introdotto con la l. 24 marzo 2001, n. 89, più noto come legge Pinto, ma è vero pure che si tratta di un rimedio di tipo esclusivamente indennitario, inidoneo perciò come tale ad incidere *ex ante* sull'organizzazione del sistema giustizia, assicurando il rispetto della durata ragionevole del processo secondo i dettami della CEDU. D'altronde, la dottrina, ben consapevole che l'attuale contesto della giustizia (civile) non consente di dare effettiva attuazione al principio della ragionevole durata, rimarca, da un lato, come in svariati casi la decisione, ancorché favorevole, se intervenuta dopo un lasso temporale troppo ampio rispetto alla proposizione della domanda giudiziale può rivelarsi *in concreto* poco utile e quindi risolversi in un diniego di tutela; dall'altro, che la situazione italiana esige un riordino degli aspetti non solo strutturali, ma anche processuali, impedendo che le parti o il giudice possano ritardare il momento della decisione⁸⁸. Tuttavia, allo stato, la sola forma di tutela applicabile è quella successiva di cui alla l. Pinto.

Conviene subito precisare che, di recente, la disciplina inerente al diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine di ragionevole durata del processo è stata oggetto di una modifica attraverso l'art. 55 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134, la quale, accogliendo i suggerimenti della dottrina⁸⁹, ha in buona parte riscritto la normativa contenuta nella l. 89/2001.

Il punto è che la l. Pinto, proprio per il fatto che opera soltanto *a posteriori*, non è *ex se* in grado di garantire la risoluzione dell'annoso problema del rispetto del *délai raisonnable* e – aspetto più grave – non è probabilmente neppure idonea a realizzare

⁸⁶ Per un quadro dello stato desolante della tempestica processuale italiana, al cospetto di una Corte di Strasburgo che giudica lenti i processi con una durata superiore... ai tre anni, v. C. CONSOLO, *Spregeazioni*, cit., I, 66. In giurisprudenza v. C. Edu, *Aggiato c. Italia*, 26 aprile 2001; C. Edu, *Aggiato c. Italia*, 26 aprile 2001.

⁸⁷ V., in luogo di tanti, F. CIPRIANI, *Equo processo*, in *Giurisprudenza della Corte europea*, cit., 241.

⁸⁸ Così, per tutti, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2014, I, 66 s.

⁸⁹ V., in luogo di tanti, C. CONSOLO, *La improcrastinabile radiale riforma della legge-Pinto, la nuova mediazione ex d. lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto tra Repubblica Italiana e art. 6 Cedu*, in *Corriere giur.*, 2010, 425 ss.



un giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo: la qual cosa rappresenta invero un fattore senz'altro ostativo ad una declinazione dell'effettività della tutela giurisdizionale in termini di adeguatezza, svuotando, di fatto, il diritto attribuito⁹⁰. Per di più, l'Ulteriore è commesso profilo di arginare la proliferazione dei ricorsi a Strasburgo dovuti alla mancata effettività del c.d. rimedio interno⁹¹. Senza contare l'effetto generato da siffatto rimedio, che, con meccanismo perverso, ha a sua volta originato ulteriore contenzioso a causa della irragionevole durata (anche) dei processi risarcitori promossi proprio a norma della legge Pinto⁹².

Tuttavia, immutati sono rimasti i presupposti per richiedere l'equa riparazione, in quanto ora come allora il diritto all'indennizzo scaturisce direttamente dalla violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, e non anche dalla violazione della l. Pinto⁹³. Difatti, la logica cui si impronta la riforma è la medesima che

⁹⁰ Come, peraltro, sottolineato dalla stessa giurisprudenza della Corte europea: v. C. Edu, *Scordino c. Italia*, 29 marzo 2006, in *Riv. dir. int.*, 2006, 1097 ss. e in *Europa dir. prv.*, 2007, 541, la quale, in un caso inerente all'indennità di sopraazione, ha avuto modo di affermare che tale indennità deve, per l'appunto, realizzare un giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo; di talché, solo ragioni di utilità pubblica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore rispetto al valore di mercato effettivo. A seguito di questa pronunzia, la Consilia, recependo l'indirizzo proposto dalla C. Edu, ha dichiarato la legislazione nazionale illegittima, sollecitando perciò un intervento del legislatore ordinario: così Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss. In argomento v. diffusamente G. VITTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 45 ss. V. *supra*, testo e nota 3, nonché *infra*, testo e note 110, 111 e 112.

⁹¹ Come è noto, la prima pronunzia della Corte di Strasburgo sulla l. Pinto risale al 2001: in quell'occasione il ricorso venne dichiarato irricevibile ex art. 35 CEDU a causa del mancato esaurimento dei rimedi interni: così C. Edu, *Brusco c. Italia*, 6 settembre 2001.

⁹² V. C. Edu, *Caflione e altri c. Italia*, 21 dicembre 2010, con la quale la Corte di Strasburgo ha rigettato le eccezioni opposte dallo Stato italiano secondo cui il ricorso sarebbe stato irricevibile perché il ritardo nella corrispondenza del risarcimento avrebbe determinato quel pregiudizio rilevante per i ricorriti richiesto dall'art. 35, par. 3, lett. b), CEDU, essendo stato compensato dagli interessi moratori e perché i ricorriti avrebbero comunque potuto instaurare un nuovo procedimento, sempre ex art. 2.1.89/2001, per ottenere il risarcimento del danno derivante dal ritardo nella liquidazione dell'equa riparazione precedentemente riconosciuta loro.

⁹³ Dato, peraltro, non sottolineato dalla dottrina già nel regime anteriore alla sua citata modifica: v. G. TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2001, 2430 s.; R. MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1072.

aveva pervaso la l. 89/2001: introdurre un filtro ai ricorsi diretti alla Corte di Strasburgo, al duplice scopo di dare attuazione all'obbligo di ciascuno degli Stati membri di apprestare, ex art. 13 CEDU, un rimedio interno contro la violazione di uno dei diritti fondamentali contemplati dalla Convenzione e di deflazionare il contenzioso dinanzi alla Corte stessa che, a causa dell'elevato numero di ricorsi italiani pendenti, correva il serio rischio di ingolfarsi⁹⁴. A Pinto, quale rimedio di natura schiettamente risarcitoria in ragione di un danno (patrimoniale o non⁹⁵) causato dalla violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, sotto il profilo del mancato rispetto del termine della ragionevole durata del processo.

8. Segue: la riforma della legge Pinto.

La novità si è sviluppata essenzialmente secondo tre direttrici: la determinazione legale del termine di ragionevole durata del processo; i criteri per determinare l'effettiva violazione del *délai raisonnable*; lo svolgimento del procedimento di equa riparazione.

Quanto alla prima, il legislatore del 2012 ha stabilito un lasso temporale entro il quale il termine di ragionevole durata del processo ex art. 6, par. 1, CEDU può dirsi rispettato e, in relazione al giudizio civile, si tratta di un termine differente a seconda che a venire in rilievo sia il processo di cognizione, quello esecutivo oppure quello fallimentare. Difatti, in relazione al processo di cognizione, si considera ragionevole il termine che non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado e di un anno nel giudizio di legittimità; con la precisazione che, ai fini del computo della durata, il processo si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero con la notificazione dell'atto di citazione. La norma nulla dispone circa la durata dell'eventuale giudizio di rinvio conseguente alla cassazione della sentenza, ma, in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, è da credere che in caso di rinvio la durata, per darsi tra-

⁹⁴ V. R. MARTINO, *Equa riparazione*, in *Commentario alle riforme del processo civile: dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, a cura di R. Martino e A. Panzarola, Torino, 2013, 506.

⁹⁵ Circa la determinazione del danno non patrimoniale, conviene ricordare che la giurisprudenza, in sintonia con le indicazioni della Corte di Strasburgo (v., ad es. C. Edu, *Ceteroni c. Italia*, 15 novembre 1996, in *Il fall.*, 1997, 237 ss.), ammette la liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c. per il pregiudizio da irragionevole durata: v. per tutte Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Persona e mercato*, 2008, con nota di G. VITTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*.

Ancora: nella casistica del danno non patrimoniale si riscontrano sempre delle perdite (da risarcire), come ad esempio la lesione del profilo relazionale della vittima, la privazione o la modificazione del rapporto parentale o i disagi psicofisici che conseguono al mancato godimento in tutto o in parte della vacanza programmata⁸⁵. Si aggiunga che il recupero giurisprudenziale del danno esistenziale si è avuto sul piano delle conseguenze prodotte dalla lesione di un diritto inviolabile.

In definitiva, con riguardo al nato colpito da una tara ereditaria, non può dirsi che la condotta omissiva del medico abbia determinato una perdita⁸⁶, una diminuzione o una privazione di qualcosa. Non è apprezzabile alcuna situazione modificata, il che, come si è appena visto, costituisce l'essenza di ogni danno, sia patrimoniale che non patrimoniale. E il cambiamento della realtà, quale effetto diretto della condotta, a giustificare la risarcibilità del danno.

La vita difficile, sofferente e con minori opportunità di evolversi è una condizione connotata ad una persona handicappata dal concepimento, il che costituisce l'antitesi del danno. Si dovrebbe pertanto confermare la saldezza dell'argomento espresso dall'orientamento più risalente della Cassazione sui danni da malattia congenita, secondo cui va negata la risarcibilità al nato, diflettando un danno in senso giuridico⁸⁷.

Questa conclusione rimane insuperata anche ove si invochi il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi. Il nascituro, come ha chiarito la giurisprudenza, è sì protetto da tale contratto, ma, per aversi responsabilità del soggetto i-

vita deve essere ammessa - sostiene la Cass. - necessariamente in termini di eccezione al principio della irrisarcibilità del danno-evento.

⁸⁵ Cass., 11.5.2012, n. 7256, in *www.cassazione.net*, in tema di danno non patrimoniale da «vacanza rovinata», conferma il duplice piano dell'inadempimento del contratto e del danno non patrimoniale risarcibile, sebbene ritenga che «la raggiunta prova dell'inadempimento del contratto esaurisce in sé la prova anche del verificarsi del danno, atteso che gli stati psicofisici interiori dell'attore, per un verso, non possono formare oggetto di prova diretta e, per altro verso, sono desumibili dalla mancata realizzazione della finalità turistica (che qualifica il contratto) e dalla concreta regolamentazione contrattuale delle diverse attività e dei diversi servizi, in ragione della loro essenzialità alla realizzazione dello scopo vacanziero».

⁸⁶ M. BONA, voce *Danni al nascituro e da procreazione*, cit., 618, afferma che nel caso della nascita con una malattia ereditaria, il nato non ha subito alcuna privazione di un diritto riconosciuto dall'ordinamento. «Una corretta e tempestiva diagnosi non avrebbe consentito al soggetto di nascere sano, ma solo, eventualmente, di non venire alla luce per effetto della scelta della gestante di interrompere se non gravidezza». Rileverebbe perciò il diritto di non nascere se non sano che, come si è già detto, non trova spazio nel nostro ordinamento.

⁸⁷ Cass., 20.7.2004, n. 14488, cit.

⁸⁸ Cass. 10.5.2002, n. 6735, cit., Cass., 22.11.1993, n. 11503, cit.

nadempiente nei confronti del nato, vi deve essere un diritto leso e un danno. Né l'uno né l'altro sono riscontrabili, come si è cercato fin qui di dimostrare, nella fattispecie concreta della malattia congenita non diagnosticata⁸⁹.

9. Natura della responsabilità per omessa informazione e onere della prova.

L'omessa informazione sugli esami o sui trattamenti cui il paziente avrebbe dovuto sottoporsi è un fatto che può generare equivoci sulla qualificazione della natura della responsabilità del medico. A primo acchito la fase informativa fa pensare allo spazioso delle trattative, prima del sorgere delle obbligazioni contrattuali o da contatto.

È convinzione di chi scrive che non si possa ricondurre l'errore o difettosa informazione alla fase precontrattuale⁹⁰. Opinare diversamente postula ritenere prestazione professionale soltanto quella concernente il trattamento terapeutico o chirurgico. Ma è evidente come in tal modo si svilisce il dovere informativo del professionista, travisando, nello specifico, la relazione medico-paziente.

È noto come il contatto sociale generi obbligazioni nell'ambito delle professioni protette. Altrettanto diffusa è la consapevolezza che fonte di obbligazioni possano essere anche i principi di rango costituzionale come la salute⁹¹. Ora l'informazione medica, resa generalmente dopo la diagnosi o dopo la valutazione del paziente, presuppone un rapporto che non può essere confuso con quella generica «interferenza tra sfere di azione»⁹², caratterizzante la responsabilità aquiliana. Tra medico e paziente si

⁸⁹ Non si può, pertanto, condividere l'affermazione della Cassazione, contenuta nella sentenza n. 9700/2011, secondo cui «sembra del tutto in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico».

⁹⁰ Cass., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913 ss., con nota di E. SCODITI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 937 sgg., con nota di G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, consenso informato e responsabilità del medico*; Cass., 15.1.1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, 772 ss., con nota di A. PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso «globale» e responsabilità del professionista*, afferma che «l'obbligo di informazione da parte del sanitario assume rilievo nella fase precontrattuale, in cui si forma il consenso del paziente al trattamento o all'intervento, e trova fondamento nel dovere di comportarsi secondo buona fede nel svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.); Cass., 26.3.1981, n. 1773; 12.5.1982, n. 3604; 25.11.1994, n. 10014»; Cass., 30.7.2004, n. 14638, in *Giulia al dir.*, 2004, 36, 51.

⁹¹ Lo ricorda la Cassazione nella novissima sentenza n. 589/1999.

⁹² C. CASTRONOVO, *op. loc. cit.*



ne differenziale in cui si trova non il singolo bene, bensì il patrimonio complessivo del soggetto prima e dopo il verificarsi del fatto dannoso⁷⁴.

La teoria in parola si rapportava, però, soltanto ai danni patrimonialmente valutabili⁷⁵, restando esclusa ogni valutazione del pregiudizio agli interessi teorici normativi. Tale limite è stato superato dalla teoria normativa, secondo la quale il danno esiste solo quando ricorrono i presupposti stabiliti dalla legge⁷⁶. Il concetto materiale-naturalistico di danno non perde rilievo, ma «è delimitato e orientato dall'impronta normativa»⁷⁷ che seleziona un interesse giuridicamente rilevante.

Se il danno è una perdita (calcolabile), un'alterazione in *petus*, esso non può identificarsi, almeno tendenzialmente, con la lesione dell'interesse (si pensi, tra l'altro, ai cosiddetti illeciti non dannosi)⁷⁸. Piuttosto, secondo la dottrina più moderna⁷⁹, il danno è il risultato di una fattispecie complessa, composta dal fatto illecito e dalle conseguenze dannose (*id est*: i danni risarcibili)⁸⁰. Si distinguono, perciò, due piani: l'evento e le conseguenze pregiudizievoli, anche se queste ultime, in

quanto effetti della fattispecie, non sono mai radicalmente scindibili dai loro presupposti⁸¹.

È questo, com'è noto, l'impianto della responsabilità civile, sia *sub specie* di danno patrimoniale che non patrimoniale⁸². Ciò che muta è la funzione della responsabilità: compensativa ossia riparatoria di una perdita economica, nel primo tipo di danno⁸³, solidaristico-satisfattiva, nel secondo tipo. Ma immanente ad ogni danno è la possibilità di un confronto tra una situazione antecedente e una successiva. Vi deve essere una «perdita» - ed eventualmente un «mancato guadagno» - come stabilisce l'art. 1223 c.c., disposizione richiamata dall'art. 2056 c.c.

Non è un caso che l'irrisarcibilità del danno patrimoniale sia stata argomentata dalla Corte Costituzionale sulla base di «un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una *perdita* cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a *perdite*»⁸⁴.

⁸¹ *Amplius* sul punto E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 105 ss., la quale mostra questo collegamento tra fattispecie ed effetti sotto il profilo della quantificazione del risarcimento.

⁸² C. SALVI, voce *Danno*, in *Digesto*, 1989, 68. Sulle funzioni tradizionali e su quelle nuove della responsabilità civile cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 131 ss.

⁸³ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 703-704, osserva come il danno non possa essere cancellato ma solo riparato per equivalente o in forma specifica. «Poiché il danno si è verificato, e non può essere cancellato, con il risarcimento si compensa la vittima della perdita tanto da ripristinare giuridicamente lo *status quo ante*». Il danno, soggiunge l'Autore, non si identifica con la lesione del bene in sé - bene stimabile con i valori di mercato - «ma con le conseguenze tipiche, economicamente valutabili, che si riflettono negativamente nel patrimonio del danneggiato, seppur meso in senso lato. (...) Il risarcimento ripristina la situazione esistente prima del fatto solo in termini giuridici, avvalendosi della equiparazione tra danno cagionato e danno da risarcire. Ragion per cui l'obbligazione risarcitoria è sempre un surrogato rispetto alla situazione progressiva modificata: si rappresenta in una serie di utilità sostitutive idonee a compensare la vittima della *perdita* [corsivo mio]. Trattandosi di compensazione non si può ritenere che la vittima dell'illecito si arricchisca attraverso il risarcimento.

⁸⁴ Corte cost., 27.10.1994, n. 372 (rel. L. Mengoni), in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, e in *Giust. civ.*, 1994, I, 3035, con nota di F. D. BUSNELLI, *Tre «punti esclamativi», tre «punti interrogativi», un «punto e a capo*». Una recente pronuncia della Cassazione, pur ammettendo, con un *revirement*, la risarcibilità (al soggetto defunto) del danno da perdita immediata della vita, ha confermato comunque la validità del principio secondo cui, generalmente, il ristoro economico necessita di una conseguenza dell'ingiustizia del fatto. Si legge infatti in Cass., 23.1.2014, n. 1361, cit., che qualora sia stato lesso un diritto inviolabile diverso dalla vita, «il danno (...) non può consistersi in *re ipsa*, risultando altrimenti snaturata la funzione del risarcimento, che verrebbe ad essere concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno bensì quale pena privata per un comportamento lesivo». La risarcibilità del danno da perdita della

gionevole, non debba eccedere il biennio⁹⁶. Di poi, per l'esecuzione forzata il termine si considera osservato se il procedimento è giunto a conclusione in sei anni e per le procedure concorsuali, invece, in sei anni⁹⁷ (art. 21.89/2001).

Tutto questo a livello generale, in quanto nell'ambito dello stesso art. 2 è stato introdotto anche un comma 2-ter, che opera a mo' di norma di chiusura, e a tenore del quale il termine ragionevole è comunque rispettato se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un arco temporale non superiore a sei anni. La plasticità della formula qui adoperata consente di ritenere, con un grado sufficiente di certezza, ch'essa possa adattarsi a tutti i giudizi, purché suscettibili di sfociare in una decisione che, seppure resa in forma diversa dalla sentenza, sia idonea a divenire definitiva⁹⁸.

Fa da *pendant* a questa previsione quella contenuta nel successivo art. 4 l. 89/2001, secondo cui la domanda di equa ripartizione può proporsi, a pena di decadenza, nel termine (perentorio) di sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva. Si coglie, così, una ulteriore novità della riforma, perché se nel sistema anteriore la domanda di equa ripartizione poteva proporsi anche in pendenza del procedimento che aveva originato la (presunta) violazione del termine di ragionevole durata, attualmente la possibilità di tale domanda presuppone, viceversa, l'irrettabilità della decisione. Quindi: la pendenza del giudizio interno è condizione ostativa alla proposizione del ricorso a Strasburgo, non essendo più sufficiente la circostanza che il processo abbia oltrepassato i limiti di ragionevolezza curialmente riconosciuti⁹⁹, ma essendo viceversa necessario

⁹⁶ Lo si ricava dal fatto che la Corte europea ha avuto cura di precisare che il termine ragionevole del processo civile, comprensivo del giudizio di cassazione, è di sei anni, da estendere a *ripetizione*, in *Commentario alle riforme*, cit., 510 s., testo e note 19 e 21.

⁹⁷ Come più su rammentato, la Corte di Strasburgo si è pronunciata spesso sull'eccessiva durata anche delle procedure fallimentari ad otto in caso di rinvio. In argomento v. R. MARTINO, *Equa ripartizione*, in *Commentario alle riforme*, cit., 510 s., nota 29.

⁹⁸ Peraltro, è stato fatto notare che la disposizione, discorrendo esplicitamente di decisioni irrevocabili, non soltanto non può essere applicata a quei procedimenti civili che si concludono con decisioni non idonee al giudicato o comunque non irrettabili, ma, per di più, porta a credere che la durata dei procedimenti strumentali e incidentali rispetto al giudizio di merito, come ad es. il cautelare *ante causam*, non possa venire valutata autonomamente ma debba essere computata nella complessiva durata del giudizio di merito. Così R. MARTINO, *Equa ripartizione*, in *Commentario alle riforme*, cit., 516.

⁹⁹ Sulla disciplina anteriore alla l. 134/2012 v. M. GIORGETTI, *L'equa ripartizione per la durata irragionevole del processo Bergamo*, 2003; Ib., *La domanda di equa ripartizione interna tra disciplina ordinaria e questioni intertemporali*, in

l'esaurimento dei ricorsi ordinari di diritto inter-no¹⁰⁰. Il che, come è facile intendere, lascia profilare più d'una perplessità sul collimare della legislazione italiana ai dettami della Corte EDU.

In relazione al secondo dato, consistente nei criteri per determinare l'effettiva violazione del termine di ragionevole durata, il legislatore della novella, in armonia con i criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, ha stabilito come criterio generale che, nell'accertare la violazione, il giudice deve valutare la complessità del caso, l'oggetto del procedimento¹⁰¹, il comportamento delle parti e del giudice, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o comunque a contribuire alla sua definizione (art. 2, 2° comma, l. 89/2001).

Senonché, per quel che concerne in maniera specifica la condotta delle parti, la disciplina fissa oggi, in modo estremamente chiaro, nell'art. 2, comma 2-*quinties*, l. 89/2001 determinate ipotesi che, laddove dovessero concretamente verificarsi, fungono da impedimento all'inverarsi del diritto al risarcimento del danno, patrimoniale o non, trattandosi di atteggiamenti processuali reputati contrari al principio della ragionevole durata. Con riferimento ai giudizi civili, è stabilito che non si riconosce alcun indennizzo in favore della parte soccombente condannata per responsabilità aggravata *ex art.* 96 c.p.c.; nel caso di condanna alle spese a norma dell'art. 91, 1° comma, secondo periodo, c.p.c., ossia quando, rifiutata nel corso del processo una proposta conciliativa, la parte, benché vittoriosa, sia stata condannata al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta; nel caso di cui all'art. 13, 1° comma, primo periodo, del d. l. 4 marzo 2010, n. 28, vale a dire in caso di condanna della parte vittoriosa al pagamento delle spese successive al rifiuto della proposta; infine, in ogni altro caso di abuso dei poteri processuali che abbia determinato una ingiustificata dilatazione della durata del processo¹⁰².

¹⁰⁰ *www.iudicium.it*. In giurisprudenza v., ad es., C. Edu, C.P., *Italia*, 26 aprile 2001 e C. Edu, *Manera c. Italia*, 26 aprile 2001.

¹⁰¹ Per tutti C. CONSOLIO, *Spregeazioni*, cit., I, 66.

¹⁰² Il criterio relativo all'oggetto del procedimento è di nuovo comio, essendo del tutto assente nella previgente disciplina, e fa evidentemente riferimento alla natura della situazione sostanziale controversa. Il che induce a ritenere che il legislatore abbia inteso richiamare, anche ai fini di una più completa valutazione da parte del giudice nazionale, uno dei criteri di maggiore rilevanza impiegati dalla Corte di Strasburgo nell'apprezzamento della violazione del *délai raisonnable*, ossia il criterio della c.d. rilevanza della posta in gioco. Sulla reale consistenza di questo criterio nella giurisprudenza EDU, v. *supra*, par. 5.

Sui mobili confini della nozione di abuso del processo v. G. SCARSELLI, *Stat c.d. abuso del processo*, in *L'abuso del processo*, cit., 165, il quale fa notare come l'abuso del processo, che esclude l'equa ripartizione, «è concetto totalmente elastico ri-



Resta il fatto che l'art. 2-bis, 3° comma, 1. Pinto formalmente lega la misura dell'indennizzo «al valore del diritto accertato dal giudice»; donde, alla lettera, un'impossibilità - parrucche - di liquidare in una qualche misura un'equa riparaazione in favore della parte che, nel processo, sia risultata *interamente* soccombente. Fatto ciò è vero che la recente decisione della Corte costituzionale, chiamata proprio a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 2-bis, 3° comma, rispetto alla questione *de aqua*, ha sì negato l'illegittimità, ma in quanto la disposizione va intesa come riferita alle sole fattispecie nelle quali sia stata accertata l'esistenza del diritto fatto valere in giudizio¹⁰⁵; con esclusione, quindi, proprio di quei casi nei quali il giudice accerti l'inesistenza del diritto dedotto. Sicché, con l'*escamotage* di una interpretativa di rigetto, si ritaglia, in realtà, uno spazio per la concessione di un'equa riparaazione anche nell'ipotesi della parte risultata soccombente. Come nota la Corte, una siffatta interpretazione dell'art. 2-bis, 3° comma, si giustifica, da un lato, con una coerenza sistematica rispetto all'art. 2, comma 2-*quinquies*, della medesima legge - disposizione che non a caso disciplina i casi di esclusione di diritto all'indennizzo di cui poc'anzi si diceva - e, dall'altro, con il fatto che questa interpretazione è la sola che attribuisce «un significato conforme alla Cedua»¹⁰⁴. La Corte Edu, infatti, lo si accennava prima, è consolidata nel ritenere che «la spertanza dell'equa soddisfazione per la lesione del diritto alla durata ragionevole del processo» tocchi «a tutte le parti»; dunque, anche a quella che sia risultata soccombente¹⁰⁵. Il tutto senza dimenticare, come la migliore dottrina ha cura di rilevare, che l'equa riparaazione non è affatto il fine dell'art. 6, par. 1, CEDU, bensì - e più semplicemente - «l'unica sanzione deterrente che si poteva immaginare»¹⁰⁶.

Circa il terzo dato, la novella del 2012 ha previsto, nell'art. 3 l. 89/2001, un procedimento di equa riparaazione completamente diverso rispetto al passato interamente alla valutazione discrezionale del giudice». In giurisprudenza v. ad. es., Cass., ord., 9 aprile 2010, n. 8513, in *Foro.it*, Rep. 2010, voce *Diritti politici e civili*, n. 222.
¹⁰⁵ Corte cost., ord., 5 maggio 2014, n. 124, in *www.dejure.it*.
¹⁰⁶ Corte cost., ord., 5 maggio 2014, n. 124, cit., in motivazione.
¹⁰⁷ Emblematica è C. Edu, *Paulsen-Medalen e Svensson* c. Svezia, 19 febbraio 1998. Conviene ricordare che, di recente, le Sezioni unite hanno affermato che l'equa riparaazione spetta anche al contumace, giacché la mancata costituzione in giudizio può influire sull'andò sul quantum dell'indennizzo, ma non può *ex se* escludere il diritto. Così Cass., sez. un., 14 gennaio 2014, n. 585, in *www.dejure.it*.
¹⁰⁸ Se è vero che «condanne "municipali" impoveriscono l'erario (intitano le corti d'appello e, in prospettiva, anche la Cassazione) ma non soddisfano davvero quella funzione di sanzione-deterrenza-monito sovranazionale»: così C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 67.

sato. Ferma restando la competenza funzionale e quindi inderogabile della corte d'appello, nel caso dei giudizi civili la domanda di equa riparaazione si propone nel distretto di corte d'appello nel quale il giudizio si è concluso o estinto nelle fasi di merito. Sulla domanda, che si propone con ricorso contenente gli elementi prescritti dall'art. 125 c.p.c., decide in composizione monocratica un giudice - sia questi il presidente o a altro magistrato all'uopo designato - della corte d'appello competente. Ma l'aspetto più saliente riguarda il procedimento in sé considerato, che la riforma ha modellato sul procedimento per ingiunzione di pagamento contemplato dagli artt. 633 ss. c.p.c., pur se con (significative) variazioni. Difatti, la domanda viene decisa con decreto *inaudita altera parte*, sulla base delle prove fornite dal ricorrente; però, diversamente da quanto accade nel procedimento per ingiunzione, il decreto di accoglimento è sempre immediatamente esecutivo, mentre quello di rigetto pregiudica la riproposizione della domanda; di talché, in caso di rigetto il ricorrente potrà soltanto proporre opposizione, in quanto, in caso contrario, la relativa pronunzia verrà coperta dal giudicato. Infine, il giudizio di opposizione è regolato attraverso il rinvio alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. (art. 5-ter l. 89/2001).

9. La ragionevole durata del processo nella trama degli artt. 6, 13 e 35 CEDU.

Descritte sia pure per sommi capi le principali novità della riforma del 2012 in tema di equa riparaazione, resta da domandarsi se il rimedio c.d. inter-no sia rispettoso del meccanismo disegnato dagli artt. 6, 13 e 35¹⁰⁷ CEDU, atteso che il principio di

¹⁰⁷ L'art. 35 CEDU, che prescrive le condizioni di ricevibilità del ricorso a Strasburgo, è stato modificato dall'art. 12 del Protocollo XIV, entrato in vigore il 1° giugno 2010, che ha introdotto quale ulteriore requisito la sussistenza di un pregiudizio significativo per il ricorrente. Per effetto di questa modifica, la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come in passato, ma per effetto del nuovo art. 35, par. 3, *sub b)*, la ricevibilità del ricorso è subordinata al fatto che il ricorrente abbia subito un pregiudizio rilevante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a patto di non ritardare per questo motivo alcun caso che non sia stato doverosamente esaminato da un tribunale interno. V. C. Edu, *Adrian Mihai Ionescu c. Romania*, 1° giugno 2010, che rappresenta la prima decisione con la quale la Corte ha concluso per la irricevibilità del ricorso che non abbiano rispettato la consistenza di queste tre condizioni. V., inoltre, C. Edu, *Terebis c. Portogallo*, 10 aprile 2014. In dottrina v. R. Pistillo MAZZASCHI, *Il coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 601 ss.

della negligenza medica, debba sopportare una vita atroce predestinata (arg. ex artt. 38 Cost. e 34, co. 1, Carta diritti fondamentali dell'UE).

È dunque un problema politico, la cui soluzione non sembra possa essere demandata al giudice, il quale si sostituirebbe al legislatore. Opinando diversamente come ha fatto la più recente Cassazione, oltretutto, si sarebbero dovute considerare le conseguenze sullo stato del mercato, consistenti verosimilmente nell'aumento dei premi assicurativi, l'impatto sul problema della medicina difensiva, del principio sistemico di coerenza⁶⁶ che pare proprio disatteso.

Siffatta impostazione attenta a tutti questi profili non vuole certo rappresentare un anacronistico ritorno a una visione «inflexibilmente positivista del diritto»⁶⁷, né disconoscere la rilevanza dei valori⁶⁸ e dei principi, capaci di «promuovere e di svi-

ampia sui diritti, suggerisce di «puntare su un ruolo forte della solidarietà (...) per rintracciare i legami che possono unire e consolidare una società». Ad attuare questo valore sono chiamati il legislatore e il giudice «nei rispettivi ruoli non facili da fissare». Vero è - soggiunge Vettori - che entrambi questi soggetti devono essere capaci, per non tradire la funzione dei diritti, di «operare[re] una valutazione sistemica fra istanze soggettive e interesse generale commisurato al tempo in cui viviamo». A volte la giurisprudenza teorica non si è mostrata sensibile a questo delicatissimo profilo, nel nome di una esasperata risposta risarcitoria.

⁶⁶ P. BARALIS-P. SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca*, cit., 42 e 44, ritengono che la scelta della soluzione più ragionevole dipenda dall'aver valutato una serie di elementi tra cui, oltre a quelli già indicati nel testo, talune considerazioni: logico-deduttive-induttive, di tipo storico e consequenzialiste alla luce dei valori del sistema. Anche G. PASSAGNOLI, *Ossimori del civilista*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 296-298, valorizza questi elementi per risolvere il problema del diritto intertemporale, senza cedere a rigide soluzioni formalistiche.

⁶⁷ P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contr. impr./Europa*, 2013, 2, 693, stigmatizza, com'è noto, tale visione. Anche N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in *Movimento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri-A. Tarantola Polcini, Napoli, 2013, 337 ss., critica il positivismo e le filosofie analitiche e linguistiche, imputando, queste, lontane dal «bisogno di concretezza storica», sempre più avvertito dalla seconda metà del secolo scorso. Irti si sofferma anche sui problemi lasciati irrisolti dalla crisi del fondamento ultimo dei valori.

⁶⁸ P. PERLINGIERI, *I Valori e il sistema ordinamente aperto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, 1 ss., nel ritornare sul tema della giustizia e prendendo spunto da uno scritto di P. Femia intitolato «Segni di valore», distingue tra valori e principi. Entrambi, secondo Perlingieri, sono «necessari al funzionamento del sistema giuridico». I primi, anche se non ancora recepiti in regole o in principi, possono avere la forza di introdurre una regola «diver-sa e incompatibile» con altra regola vigente (p. 6). Naturalmente, se siffatto esito deve essere giustificato dall'interprete.

lappare la tutela dei diritti fondamentali»⁶⁹. Ma l'utilizzo dei valori e dei principi non può smarrire il rigore e la complessità dell'argomentazione giuridica, pur nella dimensione, ricca di implicazioni, della contemporaneità del giurista⁷⁰.

8. La irrisarcibilità del danno da malattia congenita in ragione della nozione giuridica di danno.

Sotto il profilo della nozione giuridica di danno emergono altre criticità dell'orientamento favorevole alla risarcibilità del danno a chi è nato con una patologia congenita non diagnosticata. Ci si deve domandare se il nato possa davvero sostenere di aver subito un danno⁷¹.

Le codificazioni moderne, com'è noto, hanno respinto la concezione materiale o naturalistica del danno, inidonea a risarcirlo integralmente⁷². La visione statica del patrimonio e ancor prima dell'economia, sottesa a tale impostazione, precludendo di apprezzare appieno l'interesse lesso, valutando tutte le propagazioni dannose della condotta. L'art. 1223 c.c. presuppone, invece, una concezione diversa di patrimonio, come dimostra il riferimento al lucro cessante⁷³.

Questo passaggio è stato favorito dalla dottrina tedesca della *Differenzhypothese* (ipotesi della differenza). La quale ha accolto un concetto giuridico di patrimonio comprensivo non solo di diritti su beni, ma anche delle utilità che da questi ultimi avrebbero potuto trarsi. Il danno è dato perciò da una perdita apprezzabile, che si calcola quale condizione-

⁶⁹ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, 689, sottolinea come l'applicazione giudiziale dei principi rappresenti il «messaggio giuridico» del diritto europeo.

⁷⁰ G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo. Dalla Cede al trattato di Lisbona*, *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 131, riprende un saggio di G. Benedetti («La contemporaneità del civilista») e sottolinea che essere un giurista contemporaneo non significa cedere ad una sapienza estemporanea e oscura. Significa, invece, muoversi dalle cose e dai fatti, non farsi trarre dalle categorie giuridiche e applicare i principi e le clausole generali, senza rinunciare alla fatica sottesa alla elaborazione di un concetto nuovo.

⁷¹ Naturalmente questo interrogativo ha senso solo ove si ammetta che la condotta del medico abbia violato un diritto del nato. La Cassazione (n. 16754/2012) ne è convinta, anzi, come si ricordava nel § precedente, il medico lederebbe più diritti del nato affetto da una malattia congenita non diagnosticata.

⁷² A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 220, ricorda la concezione naturalistica del danno, secondo cui per «danno deve definirsi ogni forma di pregiudizio o/o di alterazione in peggio di un bene o di un interesse, riferiti a un determinato soggetto». Il limite di essa sta nel rapportare il pregiudizio unicamente al singolo bene, considerato esclusivamente della sua dimensione fisica.

⁷³ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 111 ss.



del medico che non ha evitato (o ha concesso a non evitare) la nascita malformata [geneticamente] (evitare, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da un'espresa disposizione di legge)¹⁵⁴.

Il significato di queste parole è chiaro: come si imputa al medico la lesione della salute del nascituro, cagionata da una sua condotta negligente, partorito, cagionata da una sua condotta negligente, parimenti deve essergli imputata la nascita di un soggetto portatore di una malattia genetica colpevolmente non rilevata. Anzi, più esattamente, ciò che è da imputare al medico sarebbero le conseguenze negative sull'esistenza dello stato di infermità. È la futura vita handicappata a dover essere «tutelata, rispettata e alleviata per via risarcitoria».

Questo ragionamento non è condivisibile, stante la diversità dei casi concreti indebitamente accostati dalla Cassazione⁶². Sostenere che l'evento dannoso non è la nascita di per sé, ma la condizione di vita che la malattia determina, non rende certo esistente il nesso causale. Se il medico non ha cagionato la malformazione, egli non può essere ritenuto responsabile neppure dell'esistenza ingrata del nato, in conformità all'art. 40, co. 1, c.p. Infatti, anche se il medico avesse rilevato la malattia congenita, non vi sarebbe stata alcuna situazione alternativa per il nascituro, se non la non nascita. Perciò ritenere sussistente il nesso causale è una palese forzatura, come hanno ravvisato diversi studiosi⁶³.

¹⁵⁴ F. D. BUSENELLI, *Il medico è stato ritenuto responsabile (art. 1176 co. 2 c.c.) dell'evento di danno, legato direttamente alla propria condotta commissiva, senza la mediazione di un altro fatto.*

⁶² N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*, cit., 583-584, giustamente sottolinea la diversità tra le ipotesi in cui il medico, da un lato, leda la salute del nascituro o fallisca la sterilizzazione, dall'altro, non diagnostichi, pur essendo lo stato richiesto, una malattia congenita che affligge il nascituro.

⁶³ F. D. BUSENELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, 1525; D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il «danno da procreazione» si «propaga» al procreato*, in *Giur. it.*, 2013, 4, 796 ss. Entrambi questi Autori hanno aspramente criticato la Cassazione e anche due Autrici non l'hanno condivisa. Secondo N. MUCCIOLI, *op. cit.*, 587-588, ritenere esistente il nesso causale attraverso il medio del mancato aborto rappresenta un impiego «davvero peculiare dello stesso». E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile*, cit., non esita a definire la soluzione della Cassazione «vaga sul piano tecnico», come lo era l'arret Perruche. La Palmerini, tuttavia, argomenta la risarcibilità del danno, trando un interessante spunto dal caso Englaro. Esisterebbe, secondo l'Autrice, un diritto ad una vita degna ed accettabile, per cui, in casi estremi, deve ritenersi rilevante l'interesse a non nascere, filtrato, naturalmente, dalla decisione della madre.

È dubbio però che l'interprete possa ritenere esistente l'interesse a non nascere, sia pur in casi eccezionali. Nel caso Englaro, la decisione di non vivere in una determinata condizione fisica proveniva dalla stessa paziente (la Englaro). La

effettività della tutela giurisdizionale richiede *ex se* un processo che sia funzionale alla concreta attuazione del diritto sostanziale dedotto in giudizio.

Orbene, è di tutta evidenza che la valutazione di effettività della tutela giurisdizionale non può che essere attuata attraverso un confronto tra il sistema processuale e la sua capacità concreta di realizzare la pienezza della tutela astrattamente promessa, perché se è senz'altro vero l'assunto per il quale il processo riveste carattere strumentale rispetto al diritto sostanziale, non è men vero che «se non sono approntati adeguati meccanismi processuali i diritti soggettivi si riducono a mera declamazione retorica»¹⁰⁸.

Nella CEDU, accanto alle componenti minime essenziali del giusto processo, il combinato disposto degli artt. 13 e 35 è espressione del principio di sussidiarietà del sistema di protezione delimitato dalla Convenzione, in quanto, come è noto, la prima disposizione garantisce il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale ogniqualvolta siano stati violati i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione medesima; la seconda, invece, prescrive il previo esaurimento dei rimedi previsti dall'ordinamento nazionale.

Sennonché, la garanzia racchiusa nell'art. 13 CEDU può dirsi effettivamente rispettata solo allorché i mezzi di ricorso interno risultino adeguati allo scopo, nel senso che siano concretamente in grado di ripristinare la situazione di diritto violata¹⁰⁹. Solo in questo caso, infatti, lo Stato non è chiamato a rispondere dinanzi ad una istanza internazionale. Perciò, in questo contesto, è compito del legislatore nazionale provvedere, senza indugio, a predisporre degli strumenti che si rivelino poi adeguati e proporzionali rispetto allo scopo. E così l'effettività della tutela giurisdizionale esaminata con le lenti della ragionevole durata del processo si traduce in un confine mobile, nel senso che il suo inverarsi nella realtà deve essere, come si diceva, ogni volta misurato *in concreto* tenendo conto di tutti i criteri di cui sopra, utili a valutare se e quanto il contesto circostanziale che fa da corona al singolo caso abbia allineato o disallineato *quel* singolo procedimento rispetto ai dettami della CEDU.

¹⁰⁸ Così, efficacemente, R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, 14.

¹⁰⁹ A mo' di esempio, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6, par. 1, per la durata eccessiva del processo, congiuntamente a quella dell'art. 13, perché l'ordinamento tedesco non prevede un ricorso per limitare la durata del processo in caso di divorzio: così C. Edu, *Kuhlén – Rafsanjani c. Germania*, 20 gennaio 2011. Ancora, secondo la Corte l'impossibilità, per una carenza nel sistema nazionale, di ottenere un indennizzo a causa della mancata esecuzione di una sentenza passata in giudicato integra la violazione congiunta degli artt. 6 e 13: così C. Edu, *Elitari c. Albania*, 8 marzo 2011.

Per certo, dunque, una giurisprudenza della EDU con una spiccata valenza creativa: non meno certo, nel contempo, che ancora però non è la stagione per un'applicabilità diretta dei principi CEDU nei rapporti interpretativi¹¹⁰. Lo schema che infatti impera è quello del vaglio di conformità della situazione soggettiva di secondo grado, tale perché coniata a livello nazionale, ai dettami della Convenzione¹¹¹: un vaglio di legittimità delle regole che, naturalmente, non può essere condotto in astratto, bensì tenendo presente come questa situazione è innervata dalla pratica delle Corti nazionali¹¹².

10. Il principio de l'égalité des armes: il contraddittorio e il diritto alla difesa.

Garanzia basilare per ogni Stato di diritto, il principio de l'égalité des armes rappresenta senz'altro uno degli snodi fondamentali dell'art. 6, par. 1. Tale principio si articola, a sua volta, in una serie di garanzie, altrettanto imprescindibili, ad esso immanenti e fra loro collegate – quali il contraddittorio, il diritto alla difesa ed il diritto alla prova – e nel nostro sistema processuale si pone come canone di verifica della legittimità costituzionale delle singole norme processuali.

In materia civile, il contraddittorio¹¹³, quale concreta espressione del principio di uguaglianza, deve innanzitutto essere «pieno», cioè a dire che tale principio postula l'esigenza di impedire che possano, di fatto, verificarsi immotivate disparità di trattamento tra le parti. In altri termini, la tutela del contraddittorio non deve essere letta come attribuitiva di identici poteri tra le parti, bensì come precetto volto «ad evitare ingiustificabili differenze di trattamento»¹¹⁴. In altri termini, la «condizione di parità» va sostanzialmente intesa come l'attribuzione alle parti di uguali chances di successo dinanzi al giudice adito¹¹⁵. Perciò, il principio de l'égalité des

¹¹⁰ Cfr. M. RAMAIOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU*, cit., 846 ss.

¹¹¹ V. T. GUARNIER, *Un ulteriore passo verso l'integrazione della tutela giurisdizionale come giudice comune della Convenzione? In Giur. it.*, 2012, 1026 ss.

¹¹² V. per tutti N. Trocker, *La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e il ruolo «propositivo» della giurisprudenza di Strasburgo: regole europee per il contenzioso nazionale*, in *Id.*, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, 171 s. V. anche sopra, testo e nota 3.

¹¹³ Per ampi riferimenti storici sulla rilevanza di questo principio, v. *amplius* N. PICCARDI, «Audiatur et altera pars». *Le matrix storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. itim. dir. proc. civ.*, 2003, 7 ss.

¹¹⁴ V. N. PICCARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 678.

¹¹⁵ Così L.P. COMOLLO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1521.



armes subisce un *vulnus* quante volte la legge nazionale attribuisca ad una parte poteri diversi rispetto a quelli conferiti all'altra¹¹⁶, oppure accordi ad una parte poteri processuali «a senso unico», tali cioè da incidere in misura unilaterale sull'impianto difensivo della controparte¹¹⁷.

Peraltro, il principio della parità delle armi può venire lesa anche dalla previsione di disposizioni che non impongano al giudice di sottoporre a previa discussione tra le parti le questioni rilevate *ex officio*, anche quando si tratti semplicemente di segnalare alle stesse questioni di diritto o mere lacune istruttorie, tenuto conto che il contraddittorio tra le parti è il *file rouge* che lega lo svolgimento di ogni processo che possa definirsi *giusto* secondo il canone costituzionalizzato dall'art. 111, 2° comma, Cost. Non sembra un caso, infatti, se nel 2009 il legislatore nazionale, accogliendo le istanze della dottrina più sensibile¹¹⁸ ed i principi di diritto espressi da una parte della giurisprudenza di legittimità¹¹⁹,

ha aggiunto un nuovo comma all'art. 101 c.p.c., dimostrando con ciò di respingere ricisamente l'idea della c.d. «terza via», la quale, viceversa, nella misura in cui legittima le decisioni «a sorpresa», provoca una palese violazione del principio *de l'égalité des armes*. Può darsi così risolta la *vestita quaestio* relativa alla doverosità del potere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevate *ex officio*, il cui fulcro riposa, per l'appunto, nella tutela del principio del contraddittorio¹²⁰, piuttosto che nel rispetto di un più generico dovere di collaborazione tra il giudice e le parti. Dunque, una piena applicazione del principio del contraddittorio impone che quella sentenza fondata su una questione rilevata *ex officio* e non preventivamente sottoposta al contraddittorio delle parti sia affetta da nullità¹²¹.

Peraltro, nelle more della nuova veste dell'art. 101, 2° comma, c.p.c., la Corte di Strasburgo si era espressa proprio sulle conseguenze da riconnettere alla sentenza resa senza la previa segnalazione alle parti di una questione rilevata d'ufficio. Con questa pronunzia, originata da una controversia penale, la Corte ha ritenuto che vi fosse violazione dell'art. 6, par. 3, CEDU a ragione dell'attribuzione officiosa di una diversa qualificazione giuridica dei fatti contestati all'imputato e da cui era derivata la mancata declaratoria di prescrizione del reato, senza che a costui fosse data notizia, tanto del motivo dell'accusa, quanto della mutata qualificazione, in tempo utile per esercitare il proprio diritto di difesa

2006, 507, con nota di C. CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*. Per i riflessi di questo orientamento sulle vicende del contratto, v. S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, in *Corr. giur.*, 2013, 173 ss.

¹²⁰ Ove si legge che: «se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione» (art. 101, 2° comma, c.p.c.).

¹²¹ V. G. BAENA, in G. BAENA-R. CAPONI-A. CHIZZINI-S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 29; F.P. LUISSO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in www.indicium.it, § 1; D. BRONCISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 411; G.G. POLI, *Il principio del contraddittorio e la decisione della «terza via»*, in *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di D. Dalfino, Bari, 2011, 111.

¹²² Come si evince, oltre tutto, dalla collocazione della disposizione nell'ambito del c.p.c. v. E. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 267.

¹²³ Conclusione necessitata dal rilievo che si tratta di nullità extraformale, in quanto il vizio non riguarda uno specifico atto, quanto, piuttosto, i limiti al dovere decisionario sul nuovo secondo CHIZZINI, *Legittimazione durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 62 ss.

per non rimanere mera precomprensione, deve essere assoggettato al controllo alla stregua dei principi, dei valori e delle regole fondanti il sistema della responsabilità civile⁵⁵. Quello del controllo è un profilo decisivo della teoria dell'interpretazione, già autorevolmente richiamato in un'opera classica degli studi giuridici⁵⁶.

Da valutare sono anche le conseguenze della soluzione cui si perviene⁵⁷, accogliendola solo ove essa si mostri ragionevole⁵⁸, o, come anche si è detto,

⁵⁵ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, 109 ss. in questo prezioso volume in cui compone magistralmente il dissidio teorico tra Betti e Gadamer sull'interpretazione, torna sul tema del controllo della soluzione prospettata dall'interprete, quale momento indispensabile della scientificità dell'esito ermeneutico. Più specificamente sul punto P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, 323 ss.

⁵⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 141, considera l'interpretazione atto creativo, non arbitrario, solo se essa rispetti sia il vincolo della «totalità del sistema giuridico, quale organica concatenazione di norme», sia le «esigenze dell'ambiente sociale e de' rapporti in questione». Anche qualora sia necessaria un'etero-integrazione di norme lacunose, l'interprete deve far sì che la soluzione giuridica del caso dubbio sia «in armonia con l'intima coerenza dell'ordine giuridico» (p. 309). A dire il vero, non sembra che la sentenza della Cassazione n. 16754/2012 possa superare questo vincolo di coerenza sistematica.

⁵⁷ G. BARALIS-P. SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, I, 39 ss. Altri Autori hanno riscontrato un certo protagonismo della giurisprudenza, in cui predomina la soluzione a effetto a scampo della coerenza e della ragionevolezza del discorso giuridico. I giudici, talvolta, secondo A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità, in Il danno risarcibile*, a cura di Vacca, Napoli, 2011, 325 ss., tendono a favorire la redistribuzione della ricchezza per guadagnare consenso sociale, trascurando l'obbligo di coerenza complessiva del sistema *juris*. Cf., anche V. KONRO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss. Ma del resto, di recente, S. ROBERTI, *Se sui diritti civili il Parlamento va contro, in Corriere della sera*, 17.8.2014, constata che «negli ultimi venti anni la tutela dei diritti è stata garantita quasi esclusivamente dai giudici costituzionali e ordinari (...) mentre il Parlamento cercava di ridurre illegittimamente l'ampiezza o rimaneva colpevolmente silenzioso». In questa situazione sembra da accogliere l'invito di N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008, 57 ss., alla classe politica a recuperare un'ideologia, cioè «un'unità di pensiero e azione», per affrontare secondo un disegno unitario e duraturo i problemi della nostra società. Solo così si può vincere il dominio contingente del pragmatismo («dell'agire giorno per giorno, ora per ora»), sospendendo il diritto dell'oggi verso un futuro lontano.

⁵⁸ M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, 2012, *passim*, riprende e sviluppa gli studi più autorevoli sul concetto di ragionevolezza (in particolare quelli di G. Zagrebelsky, A. Sandulli e di R. Dworkin). La decisione, in sintesi, è ragionevole se soddisfa quattro distinti criteri, ampiamente sviluppati da La Torre: 1) coerenza logica, 2) efficacia empirica, 3) coerenza sistematica e assiologica, 4) proporzionalità.

dopo averne valutato le «reazioni e le ripercussioni pratiche»⁵⁹.

7. Gli ostacoli non rimossi: mancanza del nesso causale e insussistenza del diritto di non nascere se non sano.

L'aspetto giuridico più delicato del danno lamentato dal nato per omessa diagnosi della malattia congenita è, certamente, quello del nesso di causalità materiale. L'handicap in sé considerato non è causato dalla condotta omissiva del medico, il quale, pertanto, non può essere ritenuto responsabile di alcun danno-conseguenza subito dal nato. Tuttavia la Cassazione, nella sua pronuncia più recente⁶⁰, ha ritenuto superabile questo semplice ma granitico argomento.

L'evento di danno, come si diceva, secondo la Suprema Corte, non deve essere ravvisato nella nascita né nell'handicap in sé per sé, ma nel dover vivere diversamente abile. Tale evento si porrebbe quale conseguenza immediata e diretta della condotta omissiva del medico; conseguenza mediata da un altro fatto, necessario nella sequenza causale, rappresentato dalla decisione della donna di interrompere la gravidanza.

In altri termini: se il medico impedisce alla donna di abortire il nascituro malformato, allo stesso deve essere imputato il tipo di esistenza che è costretto a condurre il nato. È la qualità negativa della vita a rappresentare il danno che - si legge nella sentenza *de qua* - «appare senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico *ex post*, all'omissione, [giacché] una condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto sì come espressamente dichiarato al medico nel caso di specie». Del resto - continua la pronuncia - un eventuale futuro mutamento di decisione in ordine alla programmazione del parto della gravidanza deve essere confinato «nella dimensione dell'improbabile».

Svolte queste considerazioni, la sentenza compie un altro passo, sostenendo «la equiparazione *quoad effectum* tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile [ad esempio privando una terapia farmacologica], ovvero che tale handicap abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza n. 10741/2009)⁶¹ e l'errore

⁵⁹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 93, scrive della drammaticazione dell'esito interpretativo, quale raffigurazione cui l'interprete è tenuto.

⁶⁰ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

⁶¹ Il caso sortito alla prescrizione della Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit., riguardava la prescrizione dannosa di un farmaco terageno (il Clomid) che aveva determinato gravissime mal-



diritto di non nascere se non sano. È sul piano del danno e della lesione dell'interesse costituzionalmente protetto che emergerebbe la piena legittimità del risarcimento⁵⁰. Ma è proprio su questi due profili che il discorso è claudicante.

Il danno, prosegue la Suprema Corte, è rappresentato non dalla nascita handicappata o dall'«esistere di per sé, ma dalle ricadute che l'handicap produce sull'esistenza umana, sul vivere stesso. Il nato non si duole della nascita, bensì delle conseguenze esistenziali negative determinate dalla propria condizione psico-psichica.

Il *vitius* lamentato, si legge nella sentenza, «non è la malformazione in sé considerata (...) bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata, intesa come proiezione dinamica che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata»⁵¹. L'evento di danno starebbe, dunque, nel vivere diversamente abile ed esso si apprezza soltanto dal momento della nascita⁵², in forme via via crescenti nel tempo.

Naturalmente - e la Cassazione ne è ovviamente ben conscia - il solo danno non è sufficiente a fondare la pretesa risarcitoria. Occorre prima di tutto individuare, sul piano della responsabilità civile, l'interesse giuridicamente lesso. E, più propriamente, trattandosi di un danno non patrimoniale, sia pur derivante dal contratto o dal contatto col medico, deve venire in rilievo - almeno secondo la giurisprudenza teorica⁵³ - un diritto inviolabile della persona, cui la sentenza in parola dedica ampio spazio.

La condotta omissiva del medico - sempre secondo la Cassazione - violerebbe l'art. 32 Cost., il cui riferimento al diritto alla salute va inteso non solo nella dimensione statica dell'assenza di malattia, ma anche dinamica nel senso di benessere psicofisico necessario per la vita quotidiana e per le relazioni sociali (artt. 138-139 cod. ass.). Non solo: una grave compromissione della salute limita il «diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali» (art. 2 Cost.) e, di conseguenza, incrina fortemente il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

⁵⁰ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

⁵¹ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., afferma con altre parole che l'evento di danno è costituito «dalla individuazione di sintesi della "nascita malformata", intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente (...)».

⁵² Da ciò si desume l'«inutilità del riconoscimento della soggettività al concetto a fini di tutela. Il danno è chiesto dal nato, quindi da un soggetto dotato di capacità di agire. La giurisprudenza di legittimità più recente ha accolto questa impostazione (cfr. *infra* nota 54).

⁵³ Cfr. *supra* nota 19.

Ancora: l'inaspettata nascita handicappata altererebbe la vita familiare, rendendo più difficile «la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dagli artt. 30 e 31 Cost.». Più in generale essa lederebbe «la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, educazione e mantenimento dei figli» (art. 29 Cost.).

La Cassazione è convinta - e lo sottolinea nella sentenza - di aver trovato la chiave di volta che giustifica la risarcibilità del danno al nato malformato, rispetto al contrapposto orientamento che identifica l'evento di danno nella nascita o nell'handicap di per sé. Il risarcimento consente al minore - è ancora la Suprema Corte a parlare - «di alleviare la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del costituente (...)».

Non sembra proprio che sia così. È indubbiamente nel giusto la Cassazione nell'escludere la necessità del riconoscimento al nascituro della soggettività per attribuirgli tutela⁵⁴. Ma essa non coglie nel segno quando ritiene che il medico abbia violato gli artt. 2, 29, 30, 31 e 32 della Costituzione e che, perciò, debba essere risarcito il danno al nato.

Siffatto esito ermeneutico che intravede la lesione di più diritti del nato (non già del nascituro),

⁵⁴ Ritengono inutile ricorrere alla soggettività per tutelare il concepito: Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit. e Cass., 5.5.2011, 9700, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 12, 1272 ss., con nota di E. PALMERINI. Il concepito e il danno non patrimoniale, in tema di danno subito dal nato per l'uccisione del padre avvenuta durante la gravidanza. Anche la Corte di Giustizia UE, 18.10.2011 - Causa C-34/10, in *Giuda al dir.*, 2011, 44, 15 ss., evita ogni riferimento alla categoria della soggettività, preferendo la tecnica del bilanciamento quando la protezione dell'embrione confligge con altri interessi (il caso riguardava la brevettabilità di un'invenzione con impegno di cellule staminali dell'embrione). Per una diversa impostazione cfr. Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit. e Cass., 22.11.1993, 11503, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 403 ss., con nota di E. IORATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 690 ss., con nota di V. Z. ZENOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Giur. it.*, 1994, I, 550 ss., con nota di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, che qualifica il nascituro «centro di interessi giuridicamente tutelato e accoglie, a tutela del nato malformato, la soluzione del contratto con effetti protettivi a favore dei terzi, per superare il problema della mancanza della capacità giuridica del nascituro». Cfr. anche G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, cit., 798.

Già alcuni Maestri del diritto avevano escluso la necessità di ricorrere alla soggettività: P. RESCIGNO, voce *Nascita*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 12, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 137, P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 438 ss. lo, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 149 ss. Più di recente anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 61-67, ha escluso la necessità del criterio qualificante della soggettività per accordare tutela all'embrione.

rispetto alla nuova accusa o per discutere circa la reale fondatezza di quest'ultima¹²⁴.

Peraltro, anche in materia civile, il discorso non muta affatto, se solo si tiene conto che, in più di un'occasione, la Corte aveva già affermato l'obbligo, per il giudice nazionale¹²⁵, di rispettare il principio del contraddittorio e di dare alle parti la possibilità di conoscere e discutere tutte le questioni fondamentali per l'esito del procedimento, in particolare allorché rigetta un ricorso per cassazione, oppure decide la causa sulla base di un rilievo officioso¹²⁶. Per inciso, la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, sul valore ordinante del canone della sentenza giusta, è orientata in una prospettiva che, se non identica, è per lo meno simile¹²⁷.

D'altronde e a monte, se il principio del contraddittorio deve governare il processo nella sua interezza e per tutta la sua durata, una questione non segnalata alle parti non può che determinare l'impossibilità tecnica per il giudice di decidere assumendo a fondamento della decisione quella medesima *travestita* dovendosi ritenere, in caso contrario, di cui agli artt. 101, 2° comma, e 183, 4° comma, c.p.c. in relazione agli artt. 24, 2° comma, e 111, 2° comma, Cost. A valle, perciò, quando, per riprendere le Sezioni Unite, è ravvisabile un nesso di causalità diretta, nel senso che l'elisione del contraddittorio ha vulnerato la facoltà della parte di

¹²⁴ V. C. Edu, *Dvassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, IV, 241. Su questa vicenda v. V. ANSANELLI, *Violazione dell'equo processo, rimedi processuali e ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2009, 441 ss.

¹²⁵ Oltretutto, come fa notare V. ANSANELLI, *Violazione dell'equo processo*, cit., 442, stante la forza vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo, «il giudice italiano è tenuto a conformarsi alle sentenze della Corte EDU che accertino la violazione del diritto ad un "processo equo", anche qualora ciò comporti la necessità di mettere in discussione l'intangibilità del giudicato».

¹²⁶ Cfr. C. Edu, *Prikryan e Angelova c. Bulgaria*, 16 febbraio 2006; C. Edu, *Clinique des Acacias e altri c. Francia*, 13 ottobre 2005.

¹²⁷ Emblematica di questo nuovo trend della Suprema Corte è Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, 869, con nota critica di S. PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle sezioni unite: «eppur si muove»?*, la quale ha infatti affermato che rientra tra i poteri del giudice di merito, laddove disponga degli elementi necessari di fatto e di diritto, quello di rilevare officiosamente ogni forma di nullità del contratto non soggetta a regime speciale, in quanto tale accertamento «risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo». Nello stesso senso, v. Cass., sez. un., ord. 7 maggio 2013, n. 10531, in *Giust. proc. civ.*, 2013, 1125, con nota di S. PAGLIANTINI, *La condizione di erede beneficiario come eccezione rilevabile d'ufficio: l'opinione del civilista*, la quale ha ammesso la rilevabilità officiosa, finanche in appello, dell'accettazione con beneficio d'inventario, purché risultante dagli atti di causa.

chiedere (nuovi) mezzi istruttori o di ottenere la rimessione in termini, e quindi il suo diritto alla difesa, la conseguenza del rilievo officioso di questioni non previamente sottoposte alle parti è la nullità della decisione; in caso contrario, la nullità non può essere predicata come una conseguenza indefinita del rilievo officioso di questioni¹²⁸. Ed allora, grazie all'interpretazione evolutiva della giurisprudenza di legittimità, la distinzione prospettata in dottrina tra le questioni di puro diritto, da un lato, e le questioni di fatto o le questioni miste di fatto/diritto, dall'altro¹²⁹, è la bussola che orienta l'interprete per verificare l'effettiva violazione del principio del contraddittorio: nel primo caso non è ravvisabile nullità della sentenza, in quanto l'attività giurisdizionale si sostanzia in un eventuale *error iuris in iudicando*, censurabile solo se concretamente verificatosi; nel secondo caso, invece, la lesione del contraddittorio potrà essere lamentata a condizione che il rilievo officioso di una questione abbia comportato nuove evidenze istruttorie omesse dalle parti, così determinando la nullità della sentenza.

Sullo sfondo, peraltro, rimane la questione di come l'effettività di una tutela giurisdizionale, intesa nella sua accezione di dazione di un rimedio *effettivo*, possa realizzarsi nel rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri¹³⁰. E non è un caso che sia proprio il contraddittorio a fare da ponte tra un potere officioso del giudice sempre più ad ampio raggio ed un ruolo delle parti di tipo «partecipativo» in vista dell'approdo ad una *giusta decisione*. La vicenda del diritto d'interpello, di cui altri diranno¹³¹, è emblematica del tentativo di coniugare virtuosamente situazioni di interesse pubblico con la volontà della parte istante. Che questa poi sia il consumatore, il lavoratore subordinato, o la piccola e media impresa meritevole di protezione, poco (o nulla) importa.

¹²⁸ Così Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 352, con ampia e articolata nota di C. CONSOLIO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*.

¹²⁹ C. CONSOLIO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via*, cit., 509.

¹³⁰ Per un quadro comparatistico che mette in risalto il ruolo più o meno attivo del giudice nella concreta attuazione del principio del contraddittorio, v. da ultimo V. ANSANELLI, *Violazione dell'equo processo*, cit., 448 ss.

¹³¹ V. F. DELLA NEGRA, *Il controllo d'ufficio sul significato squilibrato nella giurisprudenza europea*, in questa Rivista, 1/2014, 71 ss. Più diffusamente, sull'intera questione di una tutela *effettiva* del consumatore, v. G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 67 ss. e 213 ss.



11. L'indipendenza e l'imparzialità del tribunale costituito per legge.

Tra i cardini di un processo equo spicca quello che garantisce il diritto ad un giudizio dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge.

A stretto rigore, i requisiti di indipendenza e imparzialità sono tra loro concettualmente distinti, in quanto l'indipendenza postula una autonomia del potere giudiziario rispetto a quello esecutivo; l'imparzialità, invece, rimanda alla necessità dell'obiettività di giudizio del magistrato e della sua equidistanza dalle parti.¹³² Tuttavia, ad es. nel caso *Morris c. Regno Unito*, la Corte di Strasburgo ha mostrato di prediligere una lettura congiunta dei due requisiti, nel senso che per verificare la sussistenza della violazione delle garanzie di cui all'art. 6, par. 1, ha ritenuto che i suddetti requisiti operino in concorso e non già alternativamente.¹³³

L'imparzialità del tribunale può essere valutata, secondo la giurisprudenza EDU, secondo una duplice prospettiva: soggettiva ed oggettiva.¹³⁴

La prima, come il qualificativo lascia facilmente intendere, ha riguardo ad una precomprensione del giudice che, in realtà, cela una sua idea preconcetta sulla colpevolezza o, in sede civile, sulla responsabilità di una delle parti.¹³⁵ Peraltro, stando alla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, di un siffatto preconcetto deve darsi una prova diretta e puntuale, giacché l'imparzialità soggettiva dell'organo giudicante è presunta *iuris tantum*,¹³⁶ pur se è vero che fatti od esternazioni del giudice in qualche misura attestanti un'ostilità nei riguardi della parte istante sono considerati segno di un'anticipazione di giudizio non imparziale.¹³⁷

La seconda, che stando all'opinione espressa dalla Corte Edu andrebbe declinata più propriamente nei termini di un *test* di imparzialità oggettiva, allude alla circostanza che, di là dal contegno del giudice, vi siano fatti documentabili idonei ad indurre dubbi fondati sulla posizione del giudicante rispetto al caso da decidere.¹³⁸ Con formula compendiosa si può dire che a rilevare non sia tanto l'opinione della parte, quanto piuttosto l'opinione che avrebbe chiunque dovesse valutare *ragionevolmente* lo stato delle cose.¹³⁹

Va da sé, naturalmente, che il *discrimen* tra le due figure è nitido solo in astratto, atteso che le ipotesi nelle quali l'imparzialità soggettiva ed oggettiva si toccano o, addirittura, si sovrappongono sono assai frequenti. Per es., se un caso sintomatico di imparzialità oggettiva è da sempre ravvisato nella irrogazione di misure cautelari privative della libertà personale corredate di espressioni che evocano un'anticipazione di giudizio, non è men vero che proprio quelle stesse espressioni indirettamente sono alla base di una valutazione del giudice sospetta di una «chiara convinzione di colpevolezza».¹⁴⁰

Il canone del *disvingue frequenter* funge, in realtà, da criterio di misura: lo testimonia la fitta ed oscillante giurisprudenza sulla parzialità/imparzialità nell'ipotesi di legami familiari o amicali, ovvero nei casi di pregressi rapporti professionali tra il giudice ed una delle parti¹⁴¹; e questo perché soggettiva ed oggettiva sono due qualificativi laschi, che prendono colore dalle circostanze contingenti che accom-

pano l'imparzialità soggettiva: v., ad es., C. Edu, *Cardona Serrat c. Spagna*, 26 ottobre 2010; C. Edu, *Mellors c. Regno Unito*, 30 gennaio 2003; C. Edu, *Tartak c. Polonia*, 23 aprile 2002.

Si tratta di un criterio per così dire supplementare, nel senso che per la Corte di Strasburgo esso viene in rilievo nei casi nei quali risulta particolarmente complesso fornire la prova di imparzialità soggettiva del giudicante; per conseguenza, il *test* di imparzialità oggettiva consente di accertare se, a prescindere dal comportamento del magistrato, sussistono fatti tali da legittimare dubbi oggettivi sulla posizione del magistrato rispetto ad una determinata controversia: v. C. Edu, *Cianetti c. Italia*, 22 aprile 2004; C. Edu, *Weinstein c. Svizzera*, 21 dicembre 2000; C. Edu, *Moré c. Francia*, 6 giugno 2000. In dottrina v. A. TAMETTI - R. CHENAL, *Sub art. 6, in Commentario breve*, cit., 218, ove ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

¹³⁹ E la c.d. dottrina dell'osservatore esterno, il cui punto focale è appunto se i dubbi di parzialità sollevati dalla parte presentino o no un grado di sufficiente oggettività: v., ad es., C. Edu, *Undon, Oichakovsky-Laurens e July c. Francia*, cit.; C. Edu, *Kyprianou c. Cipro*, cit.

¹⁴⁰ V., ex pluribus, C. Edu, *Kiralli c. Turchia*, 9 ottobre 2007; C. Edu, *Ekeberg e altri c. Norvegia*, 31 luglio 2007; C. Edu, *Gossetin c. Francia*, 6 aprile 2004.

¹⁴¹ Viceversa, per la Corte non è indice di parzialità la circostanza che il medesimo magistrato abbia conosciuto cause oggettivamente diverse ma con parti solo parzialmente diverse, contrariamente a quanto avviene quando il giudice si pronuncia più volte sullo stesso caso: così C. Edu, *Mancel e Branquart c. Francia*, 24 giugno 2010.

¹³² G. BAILENA, *Istituzioni*, cit., I, 146.

¹³³ V. C. Edu, *Morris c. Regno Unito*, 26 febbraio 2002.

¹³⁴ V., da ultima, C. Edu, *Krivoshapkin c. Russia*, 27 gennaio 2011, ove la Corte ha concluso per la violazione del criterio di imparzialità oggettiva, in quanto il processo si era interamente svolto senza la presenza di un pubblico ministero e, per conseguenza, il giudice di primo grado aveva confuso le sue funzioni con quelle dell'accusa. Peraltro, neppure la Corte di appello aveva rilevato il vizio, malgrado il ricorso lo avesse eccepito.

¹³⁵ V., ad es., C. Edu, *Olijic c. Croazia*, 5 febbraio 2009; C. Edu, *Peric Pellon c. Spagna*, 25 luglio 2002.

¹³⁶ V., ex multis, C. Edu, *Mancel e Branquart c. Francia*, 24 giugno 2010; C. Edu, *Lindon, Oichakovsky-Laurens e July c. Francia*, 22 ottobre 2007; C. Edu, *Faugel c. Austria*, 24 ottobre 2002.

¹³⁷ V. C. Edu, *Previti c. Italia*, 8 dicembre 2009; C. Edu, *Olijic c. Croazia*, cit.; C. Edu, *Kyprianou c. Cipro*, 15 dicembre 2005; C. Edu, *Lavens c. Lettonia*, 28 novembre 2002. In alcune fattispecie, la Corte ha avuto cura di precisare che le affermazioni della parte circa l'eventuale precomprensione dell'organo giudicante, ove non corredate da elementi concretamente verificabili, non sono naturalmente sufficienti a configurare gli estremi

sponsabilità nei confronti del nato che lamenterebbe la lesione del diritto di non nascere⁴⁴. Il corto circuito normativo è evidente.

Da ultimo la Cassazione ha anche rilevato che il diritto di non nascere sarebbe «adespotato», cioè senz'una titolare. Non potrebbe esserlo il concetto, poiché privo di capacità giuridica⁴⁵, ma neppure il nato giacché la nascita è un fatto incompatibile con la titolarità del diritto *de quo*. Vi sarebbe, quindi, un'aporia insuperabile.

Questi argomenti sono stati audacemente messi in discussione dalla terza sezione civile della Cassazione⁴⁶.

6. L'orientamento favorevole: dal «diritto di non nascere se non sono» al danno da nascita malformata come «condizione dinamica dell'esistenza».

L'inesistenza del «diritto di non nascere se non sono» rappresenta l'argomento principale dell'orientamento giurisprudenziale contrario alla risarcibilità al nato del danno da malattia congenita⁴⁷. Tuttavia secondo il più recente intervento della Cassazione⁴⁸, la locuzione «diritto di non nascere se non sono» è «spoco felice» e fuorviante; parimenti varrebbe per l'espressione «diritto di nascere sano».

Indubbiamente riconoscere al nascituro il «diritto di nascere sano» non è essenziale per fondare la tutela del soggetto nato malformato a causa di una negligenza del medico. Ciò non implica, però, come invece ritiene la Cassazione, che nel diverso caso della malattia congenita (in cui non è il medico a ledere il nascituro) non rilevi il diritto di non nascere. Su questi aspetti cruciali occorre portare il nostro discorso.

⁴⁴ Sorgerebbe il problema di predeterminare quale handicap obbligherebbe la donna ad abortire per salvaguardare il diritto di non nascere. Inoltre se tale diritto esistesse davvero, verrebbe legittimata l'eutanasia eugenetica, ossia la selezione della specie per il miglioramento della razza umana.

⁴⁵ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., 65 ss., nega che da talune norme del codice civile possa desumersi una capacità giuridica speciale o una personalità anticipata del concepito. Egli aderisce alle tesi della nascita quale coelemento necessario di efficacia. Più di recente, secondo F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Il dir. fam. e pers.*, 2005, I, 202, i diritti che la legge riconosce a favore del concepito costituiscono un'aportamento destinato, con un amministratore, ma senza titolare. Egli ritiene che il legislatore del codice civile si sia semplicemente preoccupato di conservare certi diritti nell'interesse del nato, ma senza attribuirgli già al concepito.

⁴⁶ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

⁴⁷ Cass., 20.7.2004, n. 14488, cit.; Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit.

⁴⁸ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

Il riferimento al «diritto di nascere sano» - ricorso alla Suprema Corte - è servito per giustificare la pretesa risarcitoria del nato malformato a causa di una negligenza medica durante la gravidanza. In questa ipotesi è il medico a pregiudicare la salute del concepito, il quale passa da una condizione iniziale di perfetta integrità fisica ad un'altra connotata dalla lesione dell'integrità.

È vero: a ben guardare chi nasce menomato non invoca, quale bene giuridico protetto, il diritto alla vita o di nascere sano né, tanto meno, il diritto di non nascere. Egli fa valere la lesione della salute che si manifesta e rileva solo dalla nascita. È da questo momento che, giuridicamente, si apprezzano le conseguenze della condotta del medico; ed è sempre e solo da tale momento che il nato malformato, dotato oramai di capacità giuridica, potrà agire in giudizio. La lesione della salute e il danno si verificano entrambe dalla nascita, anche se la condotta illecita è antecedente a quest'ultima.

In questa ricostruzione il diritto di nascere sano non gioca alcun ruolo; oltretutto, ipotizzarlo, creerebbe non poche difficoltà. Se ne indicano due.

Il concetto, se è privo di soggettività-capacità, non può essere titolare del diritto di nascere sano, anzi non può essere titolare di alcun diritto. Inoltre è davvero arduo desumere l'esistenza di un tale diritto dalle disposizioni della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. La quale, sia pur in casi specifici (artt. 4 e 6 l. n. 194/1978), consente il sacrificio della vita del nascituro per proteggere la salute della gestante. Ora è evidente che se nella vicenda abortiva si confrontassero davvero due soggetti, sarebbe certamente incomparabile la vita del nascituro con la salute della donna; ma, invece, è quest'ultimo bene a prevalere⁴⁹.

Se è la salute del nato ad essere protetta attraverso la rilevanza dell'integrità del nascituro, secondo la Cassazione, non si deve cadere nell'equivoco di ritenere giuridicamente non tutelata la non vita. Si può anche convenire sull'inesistenza del «diritto di non nascere se non sono», ma il punto - soggiunge la Suprema Corte - è un altro. È verificare se al momento della nascita il nato possa lamentare un danno derivante dall'handicap genetico.

L'esito di questa indagine non dipenderebbe dal preventivo chiarimento sull'esistenza o meno del

⁴⁹ Del resto deve ritenersi ancora persuasiva l'affermazione della Corte Costituzionale, resa nella nota sentenza n. 27/1975, secondo cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». È soltanto la gestante a essere titolare di diritti - alla salute e alla vita - mentre il nascituro beneficia di una protezione al di fuori dello schema della titolarità; è una protezione caso per caso, circoscritta dalla legge e subordinata alla tutela della gestante.



5. L'orientamento contrario alla risarcibilità del danno al nato con una malattia genetica non diagnosticata.

L'orientamento negativo⁴¹ è sorretto da argomentazioni rigorose e piuttosto articolate. Le quali tengono conto sia dei beni giuridici protetti dalle leggi sull'interruzione della gravidanza, sia di taluni aspetti della struttura e della teoria del danno. Sotto entrambi questi profili, la Cassazione, in diverse pronunce, ha mostrato l'inconsistenza della domanda risarcitoria proposta dal nato geneticamente handicappato nei confronti del medico.

Proprio con riferimento al danno, pregnant sono le considerazioni svolte. È ovvio sottolineare che la malattia, essendo ereditaria, non è imputabile alla condotta del medico. Si tratta tendenzialmente di patologie su cui il medico non può incidere, guardando o attenuandole. Dunque, com'è noto, se il giudizio controfattuale non dimostra che l'evento di danno non vi sarebbe stato senza la condotta umana, l'evento non può essere imputato al medico.

Se l'evento non è imputabile, viene a mancare il presupposto della valutazione dei danni risarcibili. Si obietterà che l'inadempimento del medico all'obbligo di protezione nei confronti del nascituro (*rectius*: del nato) resterebbe irrilevante per l'ordinamento giuridico. Non è così. L'obbligo di protezione suppone, come si diceva, che vi sia un diritto verso cui indirizzarsi. Se il medico ad esempio ledesse la salute del nascituro, il nato sarebbe legittimato a chiedergli il risarcimento del danno. Parimenti accadrebbe se al nascituro non venisse praticata una cura, decisiva nella fase intrauterina.

Spostando l'attenzione dal diritto al danno, la Suprema Corte non esita a dire che difetta il danno risarcibile quale conseguenza immediata e diretta della condotta (art. 1223 c.c.). Difatti il danno è tale se è apprezzabile una perdita ovvero una diminuzione di qualcosa rispetto ad uno stato anteriore. Altrimenti il risarcimento non è in grado di svolgere le sue funzioni, compensativa o satisfattoria, a seconda che il danno sia rispettivamente patrimoniale o non patrimoniale.

Di certo l'inadempimento dell'obbligo informativo nei confronti della gestante non determina una condizione di salute diversa del nato rispetto a quella che si sarebbe avuta nella piena attuazione del consenso informato. Semmai non vi sarebbe stata alcuna nascita, se la gravidanza fosse stata interrotta. Rileverebbe, perciò, quale *causa petendi* della domanda risarcitoria, la lesione del diritto a non nascere.

Il nato lamenterebbe non già la lesione della propria salute, ma l'essere nato a causa della condotta omissiva del sanitario. Ma la Cassazione è piuttosto netta nel negare, con una solida motivazione, l'esistenza del diritto di non nascere se non sano.

Dagli art. 4 e 6 della legge n. 194/1978 si deduce che il sacrificio della vita del nascituro è ammesso solo per tutelare la salute (fisica o psichica) o la vita della donna. La disciplina è notissima. Dopo i primi 90 giorni dal concepimento, la tutela del nascituro è più forte, occupando, quale presupposto dell'aborto, «un grave pericolo per la vita della donna» o, in caso di «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, un grave pericolo per la salute fisica o psichica» della stessa. Questi processi patologici devono essere accertati da un medico nella procedura disciplinata dall'art. 7 della legge n. 194/1978.

L'anomalia e la malformazione, pertanto, non giustificano di per sé sole l'aborto; occorre che l'una o l'altra incidano sulla salute o sulla vita della donna⁴². Del resto l'art. 1 co. 1 della legge n. 194/1978, insieme ad altre disposizioni⁴³, riconoscono rilevanza e attribuiscono protezione alla vita umana sin dal suo inizio.

Da questo quadro normativo si desume che se non vi è pericolo per la salute o per la vita della donna, l'ordinamento tutela il concepito verso la nascita, non certo verso la non nascita. Oltretutto - soggiunge la Cassazione - l'ipotizzata esistenza del diritto di non nascere se non sano determinerebbe una palese contraddizione nell'ordinamento: verrebbe violato il divieto di utilizzare l'interruzione come strumento di controllo delle nascite. La gestante, infatti, edotta dal medico delle malformazioni congenite del feto sarebbe obbligata ad abortire, altrimenti si esporrebbe a re-

⁴² Secondo l'art. 19 della l. n. 194/1978 «se l'interruzione volontaria della gravidanza avviene senza l'accertamento medico nei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 6 o comunque senza l'osservanza delle modalità previste dall'art. 7, chi la cagiona è punito con la reclusione da 1 a 4 anni. La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi». Il medico è punito con la reclusione se cagiona, per colpa, l'interruzione della gravidanza o un parto prematuro (art. 17 l. n. 194/1978) o se cagiona l'interruzione senza il consenso della donna (18 l. n. 194/1978).
⁴³ Significativi sono anche i commi 2 e 3 dell'art. 1 l. n. 194/1978 che rifiutano l'idea dell'interruzione volontaria della gravidanza come mezzo per il controllo o per la limitazione delle nascite. Vi sono anche altre disposizioni di diritto interno, comunitario e internazionale che indicano la rilevanza giuridica del concepito. Se ne segnalano alcune particolarmente significative: art. 1 e 13 l. n. 40/2004 (*procreazione assistita*), art. 3 let. b) e let. d) Carta dei diritti fondamentali dell'UE, art. 1 e 11 Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo e art. 13 Convenzione di Oviedo sulla dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina.

pagnano il caso concreto⁴². In linea di massima, la normativa nazionale che prescrive casi di astensione è reputata, ove venga disattesa, come un indizio qualificante di parzialità⁴³, viceversa, l'ideologia politica del giudice (evidentemente quando non collima con quella delle parti o di una di esse) non è considerata un fattore di per sé rilevante⁴⁴.

Di poi, l'art. 6, par. 1, stabilisce che il processo equo deve svolgersi dinanzi ad un tribunale costituito per legge⁴⁵. Al netto del vivace dibattito che ne ha accompagnato la formulazione, l'inciso relativo alla circostanza che il tribunale sia «costituito per legge», risulta in realtà ormai meno controverso di quanto all'inizio era sembrato⁴⁶. Per legge significa che non solo il tribunale, ma anche la sua composizione, devono trovare titolo in una previsione normativa, volendosi con ciò evitare che l'articolarsi del sistema giudiziario sia rimesso alla discrezionalità del potere esecutivo oppure all'ordinamento casistica, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, conosce principalmente il caso degli organi di giustizia della Camera dei deputati (la c.d. giunta), disciplinati da quei regolamenti parlamentari i quali per definizione sono degli *interna corporis*, dunque non da una legge in senso formale: ma sulla loro legittimità la Corte Edu ha avuto modo di esprimersi positivamente in ragione del fatto che il loro regolamento istitutivo fosse accessibile e prevedibile⁴⁸. Resta inteso che la violazione del suddetto precetto rileva nella veste del mancato interesse di un *processo equo* secondo le regole CEDU, perché pronunciato contravvenendo alle regole di diritto interno.

⁴² V. C. Edu, *Esposito c. Italia*, 5 aprile 2007; C. Edu, *Belukha c. Ucraina*, 9 novembre 2006; C. Edu, *Mežnarić c. Croazia*, 15 luglio 2005.

⁴³ Tenuto conto che la normativa interna che prescrive casi di astensione del giudice è inequivocabilmente indice dell'intento del legislatore di scansare ogni possibile parvenza di parzialità. Di tale, la Corte di Strasburgo non può non tenere presenti le regole interne quando deve esaminare le censure di parzialità sollevate dal ricorrente; v. ad es., C. Edu, *Mežnarić c. Croazia*, 15 luglio 2005.

⁴⁴ V. per tutte C. Edu, *M.D.U. c. Italia*, 26 novembre 2002.

⁴⁵ Così per tutte C. Edu, *Jorgić c. Germania*, 12 luglio 2007.

⁴⁶ V. C. Edu, *Konradšis c. Grecia*, 31 maggio 2011, ove la Corte, dopo avere affermato che la precostituzione per legge del giudice, essendo un fondamento dello Stato di diritto, è regolata dai singoli ordinamenti processuali nazionali che sul punto conservano un margine di discrezionalità, ha ritenuto che la sostituzione del giudice dello stesso giorno dell'udienza senza che nel verbale fosse indicato il motivo di detta sostituzione (come invece richiesto dalla legislazione greca) costituisce una violazione del principio del giudice preconstituito per legge e, come tale, dell'art. 6 CEDU.

⁴⁸ V. C. Edu, *Dmad Group a.s. c. Repubblica Slovacca*, 5 ottobre 2010.

⁴⁹ V. C. Edu, *Savino e altri c. Italia*, 28 aprile 2009. In dottrina v. A. TAMINETTI - R. CHENAL, *Sub art. 6*, in *Commentario breve*, cit., 221.

12. Segue: Le autorità indipendenti e il sistema sanzionatorio amministrativo.

A completamento del discorso sul tribunale costituito per legge, un cenno al problema delle autorità amministrative indipendenti, quali organismi cui sono attribuite funzioni decisorie e, per conseguenza, poteri sanzionatori. Il problema che si pone, infatti, potrebbe essere quello di aggirare l'applicazione dell'art. 6, par. 1, da parte dell'ordinamento interno sul presupposto che l'organo decidente non corrisponda alla nozione di tribunale, quale organo di giurisdizione in senso «classico».

In linea generale, va premesso che la Corte di Strasburgo ha precisato, già da tempo, che rientra nella nozione di tribunale qualsiasi autorità pubblica che debba decidere in ordine ad un'accusa penale o ad un diritto civile, in quanto l'aspetto rilevante attiene non già alla natura dell'organo decidente, bensì agli effetti che quella decisione produce nella realtà giuridica; effetti che, nei fatti, non sono dissimili da quelli che derivano da una sentenza⁴⁹. Su queste premesse, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU quando, in base alla legislazione nazionale, non è possibile chiedere un'udienza pubblica nel giudizio davanti ad un'autorità amministrativa indipendente⁵⁰. Inoltre, l'impossibilità di conoscere l'identità dei componenti del collegio giudicante integra, secondo i Giudici europei, un difetto di imparzialità, così come la presenza del commissario di governo alle deliberazioni del Consiglio di Stato⁵¹.

In particolare, cioè con specifico riferimento all'ordinamento italiano, il discorso è in realtà ben più complesso di quanto *prima facie* potrebbe apparire, per la ragione che nell'ordinamento interno le autorità amministrative indipendenti rappresentano

⁴⁹ V. C. Edu, *Viera Sramek c. Austria*, 19 aprile 1974 V., inoltre, C. Edu, *Demicoli c. Malta*, 27 agosto 1991. Come fa notare M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU*, cit., 595 s., se ciò che rileva è l'effetto della decisione, la conseguenza necessaria del ragionamento seguito dalla Corte è quello di considerare «una soddisfazione delle garanzie del diritto di difesa del giusto processo anche a livello procedimentale amministrativo». Perciò, se un'autorità amministrativa è dotata di potestà sanzionatoria, deve essere considerata un «tribunale» a norma dell'art. 6, par. 1, CEDU ed è quindi tenuta a rispettare le garanzie dell'equo processo già nella fase di irrogazione della sanzione; lb., l'art. 6 CEDU come parametro di *effettività*, cit., 273 s.

⁵⁰ V. C. Edu, *Vernes c. Francia*, 20 gennaio 2011. In dottrina v. F. MANGANO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo*, cit., par. 3.
⁵¹ V. C. Edu, *Kress c. Francia*, 7 giugno 2011; C. Edu, *Marrini c. Francia*, 12 aprile 2006.



una categoria non omogenea quanto a struttura, disciplina e funzione: il che rende possibile una differenziazione delle funzioni concretamente attribuite loro¹⁵², e, per conseguenza, il delinearli di problematiche diverse, anche alla luce della compatibilità di ciascun organo decidente rispetto ai principi della CEDU¹⁵³.

In ogni caso, la Corte di Strasburgo ha affrontato la spinosa questione sotto un duplice profilo: la possibilità di applicare l'art. 6, par. 1, CEDU alle sanzioni irrogate dall'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e la compatibilità dei limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi caratterizzati da discrezionalità tecnica con i principi CEDU. Entrambi gli aspetti sono stati risolti in senso affermativo, in quanto la Corte, pur riconoscendo che gli illeciti concorrenziali non hanno natura penale, ha ritenuto che le sanzioni irrogate dall'organo di controllo rivestono comunque carattere *lato sensu* penale, in quanto sono finalizzate a reprimere le condotte anticoncorrenziali. Circa il secondo e più rilevante profilo, secondo i Giudici di Strasburgo è ravvisabile una piena compatibilità del controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'autorità indipendente, giacché il provvedimento adottato dall'Autorità indipendente è oggetto di un adeguato riesame da parte di «*organes judiciaires de pleine juridiction*» (il Tar prima e il Consiglio di Stato poi), ed è perciò garantita la fondatezza e la proporzionalità delle decisioni rese¹⁵⁴.

Per il vero, un analogo problema si pone con riguardo ai procedimenti sanzionatori promossi da altri organismi, quali ad es. la Banca d'Italia, la CONSOB, l'ISVAP e la COVIP. Non è un caso, infatti, se l'art. 24 l. 2/62/2005, sulla tutela del risparmio e sulla disciplina dei mercati finanziari, si è mosso nella direzione di un irrobustimento delle garanzie procedurali, anche attraverso una separazione tra le due fasi, quella istruttoria e quella decisoria, che conducono alla materiale irraggiungibilità della sanzione¹⁵⁵.

¹⁵² G. SCARRELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti, I. Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 2000, 253 s.

¹⁵³ A. CHIZZINI, *L'equo processo CEDU quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle Autorità indipendenti nazionali (ed alla Commissione europea)*, Note generali, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 346.

¹⁵⁴ V. C. Edu, *Menarini Diagnostica s.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011, in senso critico nei riguardi di questo *decisum*, v. A. CHIZZINI, *L'equo processo CEDU*, cit. spec. 355 ss.

¹⁵⁵ V. C. Edu, *Tierce ed altri c. San Marino*, 25 luglio 2002. In dottrina, v. P. PROVENZANO, *La retroattività in mltius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. con. man. 2012*, 889; M. ALENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU*, cit., 596. Per gli aspetti più generali v. B.G. MATTARELLA, *Sub art. 23-24, in La tutela del risparmio*, Commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e del d.

D'altronde, la Corte Edu, con specifico riguardo alla materia civile, ha avuto cura di puntualizzare, come si è prima visto a proposito delle autorità amministrative indipendenti, che gli organismi che adottano provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive devono essere parificati alla nozione di tribunale¹⁵⁶, in quanto la finalità della sanzione, deterrente o punitiva¹⁵⁷, è sufficiente a ritenere che il relativo procedimento debba essere svolto secondo i canoni cui è improntato l'art. 6, par. 1, CEDU¹⁵⁸. Perciò, ricadono nell'ambito di applicazione della disposizione non soltanto i procedimenti amministrativi che si concludono con statuzioni che si rivelano determinanti in ordine ai diritti e alle obbligazioni di carattere civile¹⁵⁹, ma anche quelli volti alla irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie (di natura extra-penale)¹⁶⁰ o di sanzioni disciplinari¹⁶¹. Laddove, infatti, si volesse argomentare in caso contrario e ritenere cioè che la copertura delle garanzie di cui all'art. 6, par. 1, possa operare solo quando a venire in rilievo siano organi amministrativi contraddistinti dal carattere dell'indipendenza, visto che il procedimento amministrativo è per definizione carente del profilo di una terzietà dell'organo decidente¹⁶², si avrebbe il paradosso di spogliare le parti del procedimento punitivo di quel minimo di garanzie che i principi della CEDU sono comunque in grado di assicurare¹⁶³.

¹⁵⁶ V. C. Edu, *Ringelsen c. Austria*, cit.

¹⁵⁷ V. C. Edu, *Ringelsen c. Austria*, cit.

¹⁵⁸ V. C. Edu, *Ringelsen c. Austria*, cit.

¹⁵⁹ V. C. Edu, *Ringelsen c. Austria*, cit.

¹⁶⁰ V. C. Edu, *Ringelsen c. Austria*, cit.

¹⁶¹ V. C. Edu, *Ringelsen c. Austria*, cit.

¹⁶² V. C. Edu, *Ringelsen c. Austria*, cit.

¹⁶³ V. C. Edu, *Ringelsen c. Austria*, cit.

bile e deve adempiere i doveri derivanti dal fatto della procreazione (art. 30 Cost.), cui corrispondono diversi diritti del figlio (art. 31.5-bis c.c.). Non solo: il marito-padre condivisa con la moglie-madre la sofferenza psichica, quando non anche il danno biologico, entrambi cagionati dall'inaspettata nascita di un figlio affetto da un grave handicap.

Si deve allora ammettere che non diagnosticare la patologia congenita del nascituro o non prescrivere tutti gli esami necessari allo scopo, feda il diritto della gestante e dell'altro genitore alla procreazione cosciente e responsabile, danneggiando entrambi. L'altro genitore, essendo titolare di un'autonomia di posizione all'interno del rapporto obbligatorio, dispone non già di una tutela aquiliana, ma di un'azione *ex contractu* per richiedere il risarcimento di tutti i danni subiti³⁷.

Il filone giurisprudenziale che tutela anche il padre è senz'altro apprezzabile, avendo assorbito, efficacemente, solidi e sedimentati studi della migliore dottrina.

Suscita, invece, perplessità il riconoscimento - per la prima volta in Cassazione³⁸ - del danno non patrimoniale anche ai fratelli (sani) del nato malformato. I quali rientrerebbero, come il padre, tra i soggetti protetti dal rapporto, contrattuale o da contratto, intercorso tra il medico e la gestante.

Precisamente il danno consisterebbe, da un lato, nella minore disponibilità dei genitori, stante il maggiore impegno occorrente nei confronti del nato handicappato, dall'altro, «nella diminuita possibilità [per i figli sani] di avere un rapporto parentale con i genitori costantemente caratterizzato da serenità e distensione». Due pregiudizi, quindi: riduzione del tempo con i genitori, scadimento della qualità del rapporto genitoriale.

Siamo, però, a ben vedere sul piano dei danni-conseguenza; manca la preliminare valutazione della situazione giuridica soggettiva lesa, la cui esistenza è necessaria anche ove operino gli effetti protettivi del contratto. L'effetto protettivo postula, tendenzialmente, l'esistenza di un diritto del terzo, lessò nell'attuazione del rapporto obbligatorio³⁹. Ma

³⁷ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 173. Si veda anche G. VARANESE, *Contratti con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*, in *Contr. impr./Europa*, 2012, 2, 514 ss., il quale ricostruisce la nascita e il consolidarsi, in Germania (soprattutto per opera di K. Larenz), del contratto con effetti protettivi di taluni terzi. Questi divengono soggetti da proteggere nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, solo se la loro esistenza possa essere prevista dal debitore.

³⁸ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., ammette per la prima volta la legittimazione dei fratelli a richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale.

³⁹ R. DE MATTEIS, *La responsabilità del medico dipendente: dalla violazione di obblighi di protezione all'inadempimento di un obbligo di prestazione*, in *Contr. impr./Europa*, 2010, 1, 86, afferma che «gli obblighi di protezione, avendo di mira la sal-

nel caso *de quo* quale sarebbe questo supposto diritto dei fratelli?

Essi da un lato non sono titolari, come la madre e il padre, del diritto alla procreazione cosciente e responsabile⁴⁰; dall'altro, neppure assumono, come il padre, i doveri di cui all'art. 30 Cost., né possono addurre una lesione della salute.

Si replicherà che è l'integrità del rapporto parentale a venir in rilievo, così come accade nei casi di uccisione o di lesione del congiunto. Non è questa un'affermazione da sottovalutare. Però va anche detto che la presenza in famiglia di un fratello con una malattia congenita non incide direttamente e necessariamente sul rapporto tra i genitori e gli altri figli sani.

La convivenza con un familiare malato, generalmente, non lede i diritti dei fratelli sani sanciti dall'art. 31.5-bis, comma 1, c.c., come invece accade in conseguenza dell'uccisione o della compromissione della salute di un genitore. In queste ultime due ipotesi viene a mancare, rispettivamente in tutto o in parte, il rapporto col genitore. Il che produce sicuramente danno.

Non è necessariamente così per i fratelli sani che devono convivere con un fratello handicappato. Semmai del danno occorrerebbe la prova, non facile, tenuto conto che i genitori sono vivi e in salute.

A questo punto, chiarite le posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti dall'inadempimento del medico, si può passare, con maggiore consapevolezza, alla fattispecie del danno al nato con una malattia genetica. Anche qui la Cassazione, nella sua pronuncia più recente, si espone a critiche. La lunga motivazione della sentenza n. 16754/2012 lascia irrisolti alcuni nodi teorici che è opportuno riprendere, non prima di aver dato spazio all'orientamento maggioritario che nega tutela al nato.

vanguardia dello *status quo ante*, svolgono la stessa funzione della regola *alterum non laedere*». G. VARANESE, *op. cit.*, 517, distingue due ipotesi applicative del contratto con effetti protettivi: una, classica, in cui vi è la lesione di un obbligo accessorio di protezione (come nel caso dei danni da nascita malformata) codificato ai nuovi §§ 241 co. 2 e 311 co. 3 BGB; l'altra, più recente, in cui viene a mancare l'adempimento della prestazione principale. Quest'ultima ipotesi ha rappresentato nel diritto tedesco un terreno di espansione dell'istituto in parola (si veda il caso dei danni a terzi meramente economici nella responsabilità dei professionisti).

⁴⁰ E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile*, cit., 201, rileva esattamente che i fratelli, diversamente dalla loro madre, non solo titolari dell'interesse a conoscere lo stato di salute del feto se in ogni caso la loro posizione è troppo remota rispetto al debitore [il medico] per consentire di includerli nell'orbita di protezione del contratto. L'Autorità, quindi, riprende il filone tedesco che, come si ricordava *supra*, esige la prevedibilità dell'esistenza del terzo.



Siffatto vincolo esige di considerare anche il danno esistenziale subito dai genitori, ossia il peggioramento della qualità della vita, apprezzabile attraverso la prova di scelte di vita diverse²⁹. Siamo com'è noto - su un piano diverso dalla sofferenza interiore: quello dell'agire altrimenti o del non poter fare: più forte determinate cose come prima.

Va da sé che la presenza di un figlio malformato, nonostante il valore intrinseco di ogni vita umana, cagioni sofferenza alterando altresì *in petus* la qualità della vita dei genitori.

4. I danni al padre e ai fratelli del nato nel contratto con efficacia protettiva del terzo: luci e ombre.

In tempi più risalenti, la Cassazione negava al padre (marito o convivente *more uxorio* della gestante) il risarcimento dei danni dallo stesso subito a causa della nascita del figlio, le cui malformazioni non fossero state diagnosticate dal medico. L'argomento fondamentale si basava sulla mancanza di titolarità del diritto di interrompere la gravidanza (art. 6 l. 194/1978). Se non vi è un diritto lesivo - si diceva - non vi possono essere neppure danni risarcibili.

L'argomento è stato adeguatamente confutato dalla più recente giurisprudenza di legittimità, compatta, oggi, nel riconoscere anche al padre il diritto al risarcimento dei danni nel caso in parola³⁰.

La motivazione trae forza dalla teoria dei doveri di protezione che integrano il contratto. Da tale in-bile dei premi assicurativi). Ciò anche considerando che le compagnie assicuratrici concorrono *ex lege* al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguendo così fini solidaristici. Nella sentenza *de qua* si ribadisce, inoltre, che la Corte costituzionale, diversamente dalla Corte EDU, «opera una valutazione sistematica e non isolata dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata».

²⁹ Cass. Sez. un., 24.3.2006, n. 6572, in *Corr. giur.*, 2006, 6, 787, con nota di P. G. MONATERI, *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, definisce il danno esistenziale come «pregiudizio di natura non incrementale emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare arcaiduale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli sono propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno». Più di recente Cass., 23.1.2014, n. 1361, cit., riprende il concetto, con accenti un po' più restrittivi, sottolineando che il danno esistenziale «non consiste nella mera perdita delle abitudini e dei riti propri della quotidianità della vita, ma si sostanzia nello *sconvolgimento dell'esistenza rilevato da fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita*» [corsivo mio]. Cass., 4.1.2010, n. 13, cit., conferma la sentenza d'appello che aveva liquidato euro 200.000,00 a ciascun coniuge a titolo di danno esistenziale.

³⁰ Cass., 4.1.2010, n. 13, cit., Cass., 2.2.2010, n. 2354, cit., Cass., 29.7.2004, n. 14488, cit., Cass., 10.5.2002, n. 6735, cit.

tegrazione scaturiscono effetti protettivi anche a favore di taluni terzi. I quali sono qualificati e selezionati per il fatto di condividere lo stesso rischio che investe una delle parti contrattuali. Non si intende indagare sul complesso tema dei doveri protettivi; interessa soltanto fare un cenno sul discorso profilo della loro fonte.

Secondo una tesi di matrice tedesca, è il principio della buona fede contrattuale (artt. 1366 e 1375 c.c.) che fonda e produce l'obbligo protettivo-integrativo, selezionando così anche i soggetti beneficiari della tutela contrattuale³¹. Chi, invece, nega che sia la buona fede il fondamento dell'effetto di protezione a favore del terzo, rinviene nell'affidamento³² o nel dovere di correttezza³³ la fonte dell'obbligo di protezione.

Rimane sempre il problema di come giustificare l'eccezione al principio della relatività degli effetti del contratto (art. 1372 co. 2 c.c.) che l'effetto protettivo del terzo determinerebbe³⁴. Secondo un autorevole dottrina³⁵, si può argomentare dal valore costituzionale della solidarietà sociale (art. 2 Cost.). Il quale deve essere interpretato come criterio di assunzione di responsabilità da parte non solo dei pubblici poteri, ma anche dell'individuo per il perseguimento del benessere altrui.

Orbene il marito (o convivente *more uxorio*) padre, sebbene non sia parte del contratto di opera professionale stipulato tra la moglie (o la convivente)-gestante e il medico (o la struttura sanitaria), ha comunque interesse all'esecuzione diligente della prestazione sanitaria³⁶. Ciò perché anch'egli è titolare del diritto alla procreazione cosciente e responsa-

³¹ Secondo A. DI MAIO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 58-67, sono «coperti da tutela contrattuale, anche i doveri di protezione, il cui fondamento, se non la volontà delle parti, è l'integrazione (del contenuto) del contratto *ex fide bonas*».

³² C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 174 ss., rileva come la buona fede svolga la propria funzione esclusivamente sul piano dell'integrazione oggettiva del contratto, non certo su quello dell'individuazione del terzo quale soggetto patrimoniale protetto dal contratto.

³³ L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 3, 510, argomenta dall'art. 1175 c.c. nel quadro del rapporto obbligatorio «inverso come un rapporto complesso il cui scopo di tutela comprende, oltre all'interesse di prestazione definito dall'art. 1174 c.c., anche l'interesse di protezione preso in considerazione» appunto, dall'art. 1175 c.c. Norma, questa, che, secondo l'illustre Autore, «trasende l'ambito dei rapporti contrattuali».

³⁴ L. MENGONI, *Ermenautica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 62-63.

³⁵ L. MENGONI, *op. loc. cit.*

³⁶ Il terzo protetto dal contratto (ad es. il marito della gestante) è non già creditore della prestazione, ma solo interessato al diligente adempimento della stessa (art. 1176 c.c.). Da qui l'inutilizzabilità della figura del contratto a favore del terzo, il quale acquista il diritto alla prestazione contrattuale nei confronti del promittente per effetto della stipulazione (art. 1411 co. 2 c.c.).

13. La pubblicità dei giudizi

Una ulteriore garanzia contemplata dall'art. 6, par. 1, concerne la pubblicità dei giudizi. Stando, infatti, alla disposizione, ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata pubblicamente e a che la sentenza sia resa pubblicamente, con la deroga per la quale l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine democratico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Già da tempo la Corte di Strasburgo ha avuto cura di precisare che la pubblicità dei dibattiti giudiziari rappresenta un principio fondamentale tra quelli consacrati dall'art. 6, par. 1, in quanto espressione di una garanzia che protegge da una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico e che, in virtù della trasparenza ch'essa conferisce all'amministrazione della giustizia, concorre a definire il processo equo secondo le indicazioni CEDU¹⁶⁴. Gli unici (legittimi) limiti al pieno operare del principio in questione sono, per la Corte, quelli contemplati dallo stesso art. 6, par. 1; il che sta a significare che, laddove naturalmente non sussistono particolari esigenze, la pubblicità non può essere esclusa «qualche che sia la forma del procedimento che il diritto interno presceglie per la determinazione di diritti e obblighi in materia civile»¹⁶⁵.

Per quel che concerne la situazione italiana sul versante dei giudizi civili, v'è subito da dire che l'ordinamento interno conosce il principio di pubblicità delle udienze non già nominalmente¹⁶⁶, bensì solo per effetto del combinato disposto di cui agli

¹⁶⁴ Così espressamente C. Edu, *Dienet c. Francia*, 26 settembre 1995, cit.

¹⁶⁵ G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee*, cit., 16.

¹⁶⁶ Tuttavia, è doveroso precisare che il principio di pubblicità dei giudizi fu tenuto presente dal Costituente. Difatti, originariamente l'art. 101 del progetto presentato all'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947 stabiliva al 2° comma che «le udienze sono pubbliche, salvo che la legge per ragioni di ordine pubblico o di moralità disponga altrimenti; ma poi, una volta sancito il fondamento democratico del potere giurisdizionale, esercitato per l'appunto come recita l'art. 101 in nome del popolo, venne giudicato superfluo operare un espresso richiamo alla pubblicità nel testo costituzionale. Per approfondimenti, v. *amplius* F. CIPRIANI, *Il procedimento camerale in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 829 s.; V. VICORITI, *La pubblicità delle procedure giudiziarie (Prolegomeni storico-comparativi)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1487 s.; C. CONSOLIO, *Imprescindibilità della udienza del contenzioso tributario, anche in considerazione della non particolare "riservatezza" di esso: la Consulta vede, ma non provvede*, in *Riv. dir. fin.*, 1987, II, 12.

art. 101, 1° comma, e 102, 3° comma, Cost.¹⁶⁷. Il codice di rito, peraltro, ha optato (inspiegabilmente) per una soluzione per certi versi anomala¹⁶⁸, soprattutto se oggi rapportata ai dettami della CEDU, atteso che l'attuale modello di processo civile prevede una sola udienza pubblica: quella di discussione di cui all'art. 128, 1° comma, c.p.c. Si aggiunge che la novella del 1990 ha peraltro subordinato la fissazione di quest'(unica) udienza pubblica alla richiesta di parte (artt. 190 *bis* e 275 c.p.c.); di talché, il processo civile presenta la peculiarità di prevedere una sola udienza pubblica, che, per di più, è del tutto eventuale¹⁶⁹. Con il risultato, per certi versi paradossale, per il quale ove le parti non richiedano la discussione viene evidentemente meno l'unica forma di pubblicità del processo¹⁷⁰. La qual cosa ha indotto la dottrina a dubitare della sufficienza dell'art. 128 c.p.c. sia rispetto alle udienze istruttorie, sia in relazione ai procedimenti camerati quando sfociano in provvedimenti decisori su diritti¹⁷¹.

Sennonché, la questione del rispetto del principio di pubblicità delle udienze garantito dall'art. 6, par. 1, pare tutt'altro che trascurabile, se solo si pone mente a due dati: il primo che l'assenza di pubblicità, per lo meno in astratto, è in grado - come rilevato dalla stessa Corte di Strasburgo - di pregiudicare la trasparenza dell'esercizio dell'amministrazione della giustizia¹⁷²; il secondo, come riconosciuto dalle Sezioni Unite, che tale principio, proprio a motivo della ineludibile connessione ch'esso instaura tra amministrazione della giustizia e sovranità popolare, si configura alla stregua di un canone indefettibile di ogni ordinamento democratico¹⁷³.

¹⁶⁷ Per il vero, v'è chi ha sostenuto che il principio di pubblicità delle udienze rimandi anche all'art. 111, 1° comma, Cost., giacché un processo *giusto* non può «precludere dal controllo della collettività, nel cui nome la giustizia è amministrata»: così G. DIOTALLEVI, *Ciò che è pubblico deve svolgersi in pubblico (note su giustizia abbreviata e pubblicità delle udienze)*, in *Questione giustizia*, 2001, 665.

¹⁶⁸ E diametralmente opposta rispetto all'art. 52 del c.p.c. del 1865, giusta il quale tutte le udienze erano pubbliche, a pena di nullità, e alla pubblicità poteva derogarsi solo allorché essa «fosse ritenuta pericolosa al buon ordine o al buon costume per l'indole della causa, e negli altri casi stabiliti dalla legge».

¹⁶⁹ V. F. CIPRIANI, *In memoria dell'udienza collegiale*, in *Foro it.*, 1994, I, 1894 s.; Id., *Pubblicità dei giudizi, diritto di spedizione e udienza collegiale di spedizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, spec. 371 ss.

¹⁷⁰ Così V. COLASANTI, *Il processo di cognizione nella riforma del 1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 70.

¹⁷¹ Così G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee*, cit., 16.

¹⁷² V. C. Edu, *Ebbartini c. Svezia*, 26 maggio 1988. Con specifico riferimento al giudizio di cassazione, v. C. Edu, *Suter c. Svizzera*, 22 febbraio 1984; C. Edu, *Aren c. Repubblica Federale Tedesca*, 8 dicembre 1983.

¹⁷³ V. Cass., sez. un., ord., 20 aprile 2004, n. 7585, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1060.



Ciononostante, la Corte di Strasburgo ha ritenuto, quanto meno in linea generale, che, ad eccezione delle deroghe espressamente contemplate, un processo che si sia svolto a porte chiuse contrasta con l'art. 6, par. 1, CEDU solo se al ricorrente non è stata data «la possibilità di sollecitare una audiente pubblica» (a *moen des particularités de sa cause*)¹⁷⁴, tenuto conto che si tratta di una garanzia alla quale questi potrebbe rinunciare¹⁷⁵. Si è assistito, così, nel tempo ad un affievolimento del rapporto pubblicità-segretezza, che però continua ad essere configurato come un rapporto di regola-eccezione¹⁷⁶, con la precisazione che l'applicazione concreta del canone della pubblicità dei dibattiti giudiziari è rimessa alla discrezionalità dell'ordinamento interno¹⁷⁷.

In linea con questa rilettura è la posizione della Cassazione, per la quale quello della pubblicità è un principio che non trova applicazione assoluta, in quanto se l'art. 6 CEDU per un verso esige che il processo debba necessariamente prevedere un momento di trattazione in un'udienza pubblica, per l'altro non impone pure che tutta l'attività processuale debba svolgersi pubblicamente¹⁷⁸. Tuttavia, come precisato dalla Consulta ormai quasi sei lustri or sono, il principio di pubblicità delle udienze, correttamente inteso, costituisce «conseguenza necessaria del fondamento democratico del potere giurisdizionale» e in uno con l'obbligo di motivazione rappresenta lo strumento di controllo sugli atti giudiziari¹⁷⁹. In siffatto contesto, quindi, la pubblicità dei giudizi non può che porsi *comunque* come una regola che deve trovare piena attuazione¹⁸⁰ e che, pertan-

to, può essere limitata esclusivamente nell'interesse della giustizia¹⁸¹, o per ragioni di ordine pubblico o di morale; deroghe, queste, che appaiono del tutto razionali e legittime rispetto al pieno operare del principio in questione, giacché giustificate da interessi superiori oppure da ragioni di tipo obiettivo.

Se questa è la cornice di riferimento, con un diritto vivente che ha provveduto a costituzionalizzare quello che nominalmente non sarebbe previsto¹⁸², il problema della conformità dell'ordinamento italiano ai principi della CEDU finisce per essere meno stringente di quanto a tutta prima potrebbe sembrare¹⁸³. Corroborata una siffatta impressione la circostanza che il dibattito sull'argomento si attesta ormai sulla linea di una effettività del principio di pubblicità dei dibattiti giudiziari quale concretizzazione settoriale del principio del giusto processo. Quest'ultima formula, nella sua intrinseca vaghezza, è infatti in grado di esercitare una *vis attrahativa* rispetto a tutta quella congerie di situazioni le quali, per il fatto stesso di non essere catalogate in puntuale previsioni normative, parrebbero documentare una manifesta irragionevolezza di certune regole del codice di rito¹⁸⁴. Ma, come ormai è dai più accettato, norme è sostantivo che si addice tanto alle prescrizioni puntuali quanto ai principi¹⁸⁵. E così, visto che nessuno dubita della valenza generale che assiste il principio del giusto processo, il cerchio si chiude.

14. Epilogo

Volendo, a mo' di notazione finale, tracciare un bilancio complessivo dell'impatto che la CEDU ha

denza «da necessità, per non dire l'urgenza, che [fossero] rese pubbliche, a pena di nullità, tutte le udienze civili».

¹⁸¹ In questo senso, in motivazione, già Corte cost., 14 aprile 1965, n. 25, in *Foro it.*, 1965, I, 937, per la quale i casi di deroghe al principio della pubblicità «debbono attenersi al retto funzionamento della giustizia, bene supremo dello Stato, garantito anch'esso dalla Costituzione». Successivamente, nello stesso senso, v. Cass., sez. un., 9 marzo 2006, n. 5041, in *Giust. civ.*, 2006, I, 517; Cass., sez. un., ord., 20 aprile 2004, n. 7383, cit. *Cfr.*, da ultimo, F.S. DAMIANI, *Il procedimento camerale in Cassazione*, Napoli, 2011, 16 s.

¹⁸² La stessa Corte di Strasburgo ha infatti affermato che l'udienza pubblica può semplicemente «contribuire» ad aumentare la fiducia dei cittadini verso l'amministrazione della giustizia; cfr. C. Edu, *Lamanna c. Austria*, 10 luglio 2001.

¹⁸³ Ad una siffatta conclusione dovrebbe indurre, secondo la dottrina che più si è interessata al tema, il principio dell'interpretazione conforme comunitaria, tecnica – si dice – che avrebbe dotato il sistema di un ulteriore *enforcement tool*; cfr. C. Edu, *Trocker, Il diritto processuale europeo*, cit. 373.

¹⁸⁴ V. per tutti P. PERLINGHERI, *Il «giusto rimedia» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, spec. 11 ss.; G. VETTORI, *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in ERCL, 2013, 221 ss.

vi, ha rilevato come quelle pronunce non intendessero affatto negare la complessa fenomenologia del danno non patrimoniale, come dimostra il riferimento in esse contenuto al principio dell'integrale riparazione del danno²².

Così, recente giurisprudenza converge su un punto: il danno morale soggettivo, il danno esistenziale²³ e il danno biologico rappresentano tre autonome componenti del danno non patrimoniale. Il quale soltanto assurgendo ad unica categoria legittimamente predicabile e indiscutibilmente composita²⁴.

Non è mancata, sempre ad opera di questa vivace giurisprudenza, l'individuazione del fondamento normativo di ciascuno di siffatti pregiudizi, da collocarsi, tutti, sul piano delle conseguenze risarcibili. Il giudice dovrà pertanto considerarli autonomamente e singolarmente nella motivazione della sentenza, anche se essi saranno liquidati con una somma unitaria a titolo di danno non patrimoniale²⁵.

nota di M. GORGONI, *Ancora ripensamenti giurisprudenziali sul danno da morte iure hereditario*, Cass., 24.3.2011, n. 6754, in *Foro it.*, 2011, 4, I, 1033; Cass., 16.11.2011, n. 24016, in *Foro it.*, on line e ivi Cass., 21.3.2013, n. 7126.

²² Cass. Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, cit. §§ 4.8-4.9.

²³ Cass., 24.4.2014, n. 9283, in *www.cassazione.net*, conferma la pronuncia d'appello che aveva disposto il risarcimento del danno esistenziale cagionato dalle immisioni intollerabili. Nella motivazione la Cassazione pone in luce come tale danno possa essere, come nel caso di specie, una conseguenza della lesione di valori della persona costituzionalmente protetti. Il rumore intollerabile (di un violino), si afferma, ha leso il diritto (desunto dall'art. 2 della Cost.) «all'attività di riposo, svago, intrattenimento, nonché del diritto di usufruire di ogni utilità della propria abitazione, quale il diritto alla serenità domestica ed alla vita di relazione». Le diverse voci di danno sono state qualificate unitariamente come danno non patrimoniale.

²⁴ Cass., 3.10.2013, n. 22585, cit.; Cass., 23.1.2014, n. 1361, cit.; Cass., 28.1.2014, n. 1762, in *www.cassazione.net*, conferma il principio di unitarietà del danno non patrimoniale e ribadisce che per ottenere la risarcibilità del danno esistenziale - *id est* del pregiudizio alla qualità della vita - occorre allegare precise circostanze che comprovino «l'adozione di scelte di vita diverse da quelle che sarebbero state seguite in assenza dell'evento dannoso». Nello stesso senso e con riferimento ad un caso di nascita non voluta di un figlio sano cfr. Trib. Milano, 31.3.2014, cit.

²⁵ Cass., 23.9.2013, n. 21716, in *Foro it. on line* e Cass., 8.2.2014, n. 15491, in *www.cassazione.net*. Unitarietà e personalizzazione della liquidazione del danno non patrimoniale sono i due principi espressi dalle tabelle milanesi di liquidazione del danno non patrimoniale alla persona, di recente aggiornate nei valori (si veda *Giada ad dir.*, 2014, 32, 32 ss.). Esse prevedono un aumento dei valori medi per consentire la personalizzazione del risarcimento. L'aumento, da un lato, deve essere contenuto in una certa percentuale, qualora il caso presenti peculiarità allegare e provate, dall'altro, può anche andare oltre la percentuale massima di aumento in fattispecie eccezionali rispetto alla casistica comune. Il meccanismo risarcitorio tabellare, tuttavia, è oggi oggetto di discussione (si veda Cass., n. 1361/2014, cit., Corte Giustizia UE, sent. 23.1.2014, causa C-371/12, art. 3 co. 3 l. 189/2012), sebbene l'idea a esso sottesa sembra reggere (cfr. Corte Cost., 16.10.2014, n. 235, in *www.ilcaso.it*).

Ebbene, tornando ai danni risarcibili alla madre, non v'è dubbio che ella possa subire pregiudizi diversi: morale, esistenziale e biologico. I primi due prescindono dall'esistenza del terzo, il quale necessita dell'accertamento medico-legale della lesione dell'integrità psico-fisica. Ma quand'anche la nascita malformata non preannunciata dal medico abbia pregiudicato la salute della madre, il danno morale dovrà essere specificamente valutato dal giudice, allo scopo di personalizzare il *quantum* risarcibile²⁶ e di risarcire integralmente il pregiudizio non patrimoniale.

Il dolore, insomma, va ricostruito per quanto possibile nel processo, almeno nel senso di ipotizzare, sulla base delle circostanze allegare e provate, l'intensità e la durata cui deve corrispondere un adeguato ristoro economico. Si tratta di un'operazione conoscitiva che non può prescindere, per avvicinarsi alla verità, dall'apporto delle scienze cognitive²⁷. Il giurista deve collaborare con altri professionisti per tutelare quanto più adeguatamente la persona.

Un Autore ha acutamente osservato che l'ontologica irreparabilità del danno non patrimoniale non implica l'inesistenza del principio dell'integrale riparazione del danno. Principio che, «dovendosi adattare nei contesti nei quali si trova ad operare, non sempre si attegna nello stesso modo. [Piuttosto esso] si specifica nel vincolo di liquidare il danno con la maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento»²⁸.

²⁶ Cass., 6.3.2014, n. 5243, cit.

²⁷ Per un primo approccio ad un'ampia casistica in cui sarebbe necessaria la professionalità del neuropsicologo si segnala A. STRACCIARI-A. BIANCHI-G. SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2010.

²⁸ Così G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno, in Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Mario*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 190. Cfr. anche G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, Napoli, 2009, 274-275, la quale sottolinea come la giurisprudenza abbia molto enfatizzato il principio *de quo*, essenzialmente al fine di «adeguare il metodo di calcolo del danno alle esigenze concrete individuali del danneggiato». L'Autrice, tuttavia, esclude, diversamente da Grisi, che il principio della riparazione integrale trovi spazio nel risarcimento dei danni non patrimoniali.

Su questa tematica è di rilievo l'intervento recente della Corte Cost., 16.10.2014, n. 235, cit., che ha dichiarato costituzionalmente legittimo l'art. 139 d. lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni), nonostante la previsione in esso contenuta di un doppio limite alla risarcibilità del danno biologico per lesioni di lieve entità cagionate dalla circolazione dei veicoli a motore o dei natanti. Nella sentenza si afferma che i diritti fondamentali, anche se consacrati nella normativa europea, sono assoggettati al bilanciamento con altri valori di rilievo costituzionale. Nel caso di specie la Consulta ritiene che l'art. 139 cod. ass. abbia realizzato un contemperamento ragionevole tra due contrapposti interessi: quello del danneggiato a essere adeguatamente risarcito per la lesione della propria salute e quello «generale e sociale degli assicurati ad avere un livello accettabile e sosteni-



La prima si interroga, come si accennava, sul se al momento dell'omessa informazione sussistevano i presupposti dell'interruzione della gravidanza. Se la risposta è affermativa, i danni risarcibili non devono essere limitati e condizionati nel *quantum* dal bene giuridico protetto dalla legge 194/1978, cioè dalla salute della donna¹⁶. Sarebbe un errore, giacché il «grave pericolo per la salute fisica o psichica», menzionato nell'art. 6 l. n. 194/1978, rileva solo come fondamento del diritto di interrompere la gravidanza, non anche quale limitazione della responsabilità del medico inadempiente. Di conseguenza il risarcimento non può ritenersi esaurito dal costo necessario per rimuovere le cause del danno alla salute o dalla riparazione del danno biologico concretamente subito dalla donna.

Se il medico non adempie esattamente alle sue obbligazioni, egli dovrà risarcire *tutte* le conseguenze prodotte dalla propria condotta (art. 1223 c.c.), di natura sia patrimoniale che non patrimoniale. Con riguardo alle prime, costituisce danno emergente l'intero costo economico del figlio nato malformato. Naturalmente il *quantum* liquidato deve tener conto dell' differenziale tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio sano e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da un grave handicap o deficit¹⁷.

Sotto il profilo del lucro cessante, invece, il risarcimento deve compensare la eventuale diminuzione del reddito da attività professionale o dipendente svolta dai genitori. È frequente, infatti, che la presenza di un figlio handicappato riduca il tempo che possa essere dedicato al lavoro.

Sulle conseguenze non patrimoniali, il discorso diviene più articolato, occorrendo riprendere per punti essenziali il filo della più recente giurisprudenza di legittimità¹⁸. La quale ha ritenuto necessa-

rio - e a ragione - chiarire i principi posti dalle sentenze c.d. di San Martino del 2008 della Cassazione a Sezioni unite¹⁹.

Va ricordato che in quell'anno la magistratura di vertice ha inteso attuare una politica di contenimento del danno esistenziale. Danno che veniva risarcito, talvolta, a fronte di pregiudizi di dubbia serietà, perché non legati adeguatamente al requisito dell'ingiustizia. Da qui la soluzione giurisprudenziale, preparata da un'accorta dottrina²⁰, di estendere la riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. e di prevedere, quale *condictio* di risarcibilità del danno non patrimoniale, il requisito della gravità della lesione dei diritti fondamentali.

Le ricordate pronunce del 2008 sembravano, da un lato, aver espunto dall'ordinamento giuridico il danno esistenziale, dall'altro, aver sacrificato il danno morale all'interno del biologico o di altri pregiudizi²¹. Ma la Cassazione, negli anni successivi, opportunamente, ritorna su una tematica cruciale trattata dalle Sezioni unite n. 26972/2008: la fenomenologia del danno non patrimoniale. La Cassazione ritiene di dover interpretare quest'ultima pronuncia secondo una logica non già «di tipo formale deduttivo», ma attraverso «un'ermeneutica di tipo induttivo che, dopo aver identificato l'indispensabile situazione soggettiva protetta a livello costituzionale (...), consente poi al giudice del merito una rigorosa analisi e un conseguentemente rigorosa valutazione tanto dell'aspetto interiore del danno (la sofferenza morale) quanto del suo impatto modificativo *in peius* con la vita quotidiana (il danno esistenziale)». In altre parole, la categoria del danno non patrimoniale è composta da diverse fattispecie di danno, autonome e da valutarsi singolarmente, anche se la somma di denaro riconosciuta dal giudice è unitaria. Analogamente si confrontano anche Cass., 23.1.2014, n. 1361, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 5, 396 ss., con nota di A. GORGONI, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione*, la quale afferma, mutando orientamento in tema di danno tanatologico, che la categoria del danno non patrimoniale si articola «in una pluralità di aspetti o (voce), con funzione meramente descrittiva quali il danno morale, il danno biologico e il danno da perdita del rapporto parentale (o c.d. danno esistenziale)». Si confronti anche: Cass., 25.2.2014, n. 4439, Cass., 18.2.2014, n. 4916 e Cass., 6.3.2014, n. 5243, tutte in *www.cassazione.net*; Cass., 1.10.2013, n. 21347, in *De jure on line*.

Cass. Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973-26974-26975 in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 63 ss., con note di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, e di D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, 76 ss. Per una serrata analisi sull'effettiva capacità di contenere l'area del danno risarcibile da parte della nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. cfr. M. BARCELLELLA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 72 ss.

²⁰ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, *passim*.

²¹ Il danno morale manteneva, tuttavia, autonomia nell'ipotesi della lucida agonia, consistente nell'attendere consapevolmente la propria morte a seguito di un evento dannoso. Cfr.: Cass., 2.4.2001, n. 4783, in *Danno e resp.*, 2001, 820, con nota di M. BONA, *Sofferenza esistenziale da agonia pre-morte e «loss of life»* di tute condendo: il nuovo approccio della Suprema Corte, Cass., 18.1.2011, n. 1072, in *Resp. civ.*, 2012, 5, 351, con

avuto nel divenire del processo civile italiano, non si può che evidenziare come la penetrazione dei principi di conto europeo abbia rappresentato un pungolo per l'ammendamento di un codice di rito che però rimane non ancora del tutto costituito. Le zone d'ombra, come è naturale, permangono, con una vischiosità, lo si è visto prima, accentratata quando si tratta di declinare in un modo che sia comunitariamente orientato i principi della ragionevole durata del processo e quelli della sua pubblicità.

Orbene, comunitariamente orientato significa una rimodulazione delle regole di rito in modo che queste assicurino un equo bilanciamento degli interessi delle parti con quell'interesse pubblico, che comunque è destinato a rimanere sullo sfondo alla stregua di uno scomodo – ma ineliminabile – convittato di pietra. Ecco perché l'istanza che si volesse fare verrebbe comunque sfocata: la fotografia attuale restituisce all'interprete l'immagine di un affresco semi lavorato, ma la ragione ultima di questo disallineamento tra principi CEDU e quelli dell'ordinamento italiano risiede nella circostanza che il processo descritto dall'art. 6, par. 1, è l'*optimum*. Non un processo «sulla carta» si vuol dire, ma il migliore dei processi possibili e, in quanto archetipo, è e sarà sempre destinato a fungere da paradigma assiologico di riferimento.

Quindi, per sua natura, ogni sintesi ricognitiva non può che avere valore di una bozza in divenire.

La donna, parte attrice, deve dimostrare non che la propria salute sia stata gravemente compromessa al momento della domanda giudiziale - ciò è, semmai, un indizio del presupposto legale dell'aborto - ma che se lei fosse stata correttamente informata sarebbe insorta, con alta probabilità⁹, una lesione della propria integrità psico-fisica. È una prognosi positiva agevolata - secondo una parte della giurisprudenza¹⁰ di recente messa in discussione¹¹ - dal seguente criterio valutativo: il giudice deve «assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto».

Accertato l'inadempimento del contratto concluso tra il medico e la gestante ovvero delle obbligazioni sorte dal contatto sociale, viene in rilievo il secondo piano d'indagine cui si accennava: quello della valutazione dei danni risarcibili. Su questo terreno la giurisprudenza non è stata sempre univoca, né in grado di cogliere la complessità dei pregiudizi verificatisi. Oggi possono ritenersi consolidate soluzioni tecniche più ragionevoli, favorite da alcuni interventi della Cassazione sulla categoria del danno non patrimoniale.

Il discorso deve pertanto proseguire proprio sul tema dei danni risarcibili e dei soggetti legittimati attivi. Non prima di aver effettuato una precisazione preliminare sulla natura dei primi sui quali ci si fonderà tra breve.

L'inadempimento del medico cagiona pregiudizi di natura sia patrimoniale che non patrimoniale. Questi ultimi, secondo la Cassazione a Sezioni unite, sono risarcibili anche quando sia stato l'inadempimento del contratto ad averli cagionati.

causato dalle rilevanti malformazioni o anomalie del nascituro; 2) la «prognosi dell'evoluzione della patologia verso un grave pericolo per la [propria] salute». Spetta al medico provare che il feto aveva capacità di vita autonoma all'epoca dell'«omessa informazione (art. 7, co. 3, l. n. 194/1978).

⁹ Cass., 16.10.2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 35, con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a due dimensioni di andisi*; in *Danno e resp.*, 2008, 1, 43, con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*; Cass. Sez. un., 11.1.2008, n. 576, in *Corr. giur.*, 2008, 6, p. 694 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e pendite: modelli a confronto*.

¹⁰ Cass., 4.1.2010, n. 13, in *Contratti*, 2010, 7, 662 ss., con nota di V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni del concepito*; Cass., 20.7.2004, n. 14488, in *Corr. giur.*, 2005, 1, 33 ss., con nota di A. DI MAIO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*; Cass. 10.5.2002, n. 6735, in *Giur. it.*, 2003, 5, c. 884 ss., con nota di C. PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*.

¹¹ Vi è un altro orientamento giurisprudenziale di legittimità, su cui si rinvia al § 9, che nega possa inferirsi la volontà abortiva dalla sola omessa informazione delle anomalie del nascituro.

Ciò senza necessità di ricorrere al cumulo delle azioni¹².

Lasciando da parte la giusta critica rivolta a questa pronuncia, riguardante il profilo del contenimento del danno non patrimoniale da inadempimento all'ambito applicativo dell'art. 2059 c.c.¹³,¹⁴ preme rilevare come, secondo un'autorevole dottrina¹⁴, sia risarcibile anche il danno morale derivante dall'inadempimento del contratto o dell'obbligazione senza prestazione.

Non vi sono perciò ostacoli tecnici ad ammettere, astrattamente, il risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, provocati dalla condotta del medico che non abbia diagnosticato una malattia congenita del nascituro. Certamente la donna che ha partorito un figlio handicappato è legittimata attiva dell'azione risarcitoria.

3. I danni risarcibili alla madre: patrimoniale, morale, esistenziale e biologico.

Imputato il fatto dannoso - *id est*: la perdita del diritto di abortire - alla condotta del medico e accertata la colpevolezza di quest'ultimo, la valutazione si sposta sul diverso piano dei danni risarcibili. La Cassazione, dopo un iniziale fraintendimento¹⁵, ha giustamente distinto due questioni, legate da un rapporto di pregiudizialità.

¹² Cass. Sez. un., 11.1.2008, n. 26972, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, 589 ss., con nota di 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*, con riferimento al danno non patrimoniale prodotto dall'inadempimento del contratto, supera la teoria del cumulo di azioni, non più necessaria per effetto dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Si legge nella sentenza che «se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale». Le Sezioni unite recano proprio l'esempio dei cosiddetti «contratti di protezione» a favore dei terzi, come quello tra la gestante e il sanitario, dove l'inadempimento del medico-debitore può ledere diritti inviolabili di soggetti che non sono parti del contratto, come il nascituro e il padre.

¹³ S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 2, 454 ss., confuta efficacemente l'orientamento della Cassazione a Sezioni unite che limita la rilevanza del danno non patrimoniale contrattuale soltanto a quegli interessi selezionati dall'art. 2059 c.c., sia pur riferito alla luce della Costituzione. Non si può negare - sostiene l'Autore - che il contratto «[d]a vita ad un piano della rilevanza giuridica autonomo, anche se ovviamente coordinato con lo *ius positum*, che è in grado di conferire rilievo anche ad interessi non espressamente previsti dalla Carta fondamentale né dalla legislazione ordinaria (...)».

¹⁴ S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 452 ss.

¹⁵ Cass., 8.7.1994, n. 6464, cit.



Ebbene, proprio la presenza nel nostro Paese di due posizioni giurisprudenziali antitetiche - una maggioritaria, l'altra al momento isolata - entrambe sostenute da ampie e articolate motivazioni, induce a tornare sul tema.

Il discorso trova agio nel suo avvio, attingendo da un saggio risalente di un insigne giurista³. In questo scritto l'Autore, sollecitato da una vicenda giudiziaria italiana di danno da procreazione, cala la sua riflessione nella giurisprudenza e nella dottrina tedesca. Se ne trae l'insegnamento di apprezzare le specificità dei diversi casi e il monito di non far prevalere, nelle soluzioni, «ragioni sentimentali» su «motivi di diritto»⁴.

Sulla scia di questo saggio, quale scelta metodologica è proficuo collocare il danno da malattia congenita non diagnosticata nel più ampio quadro dei danni da nascita indesiderata. In tal modo si potranno confrontare le diverse posizioni giuridiche soggettive volta a volta interessate dall'inadempimento del medico. Ciò consentirà di valutare la legittimità della domanda risarcitoria del nato malformato nei confronti del medico.

Si può intanto rilevare in chiave descrittiva che la locuzione nascita indesiderata o non voluta è espressione che racchiude in sé diverse ipotesi⁵, acunomate dalla violazione del diritto - di rilevanza costituzionale (artt. 2 e 13 Cost.) - alla procreazione

cosciente e responsabile (art. 1 l. 194/1978) di cui sono titolari donne e uomini. Ma allora si insinua subito un dubbio: se la richiesta risarcitoria proviene non già dai genitori (male informati), ma dal nato, sembra *ictu oculi* mancare una situazione giuridica soggettiva cui agganciare i pregiudizi lamentati nei confronti del sanitario. Non sembra che essa sia la salute, poiché la patologia, essendo congenita, non è imputabile al medico.

Vero è che la posizione della gestante è più lineare rispetto a quella del figlio lesa fin dal concepimento. Il diritto della prima di ricevere informazioni sulle condizioni fisiche del nascituro è funzionale alla tutela della propria salute (art. 32 Cost. e art. 4 e 6 let. b l. n. 194/1978)⁶, messa in pericolo dalle «anomalie o malformazioni del nascituro». Perciò il medico che, pur potendo, non informa correttamente la donna, viola una situazione giuridica contrassegnata dalla coppia inscindibile consenso informato-salute.

Si può dire che la nascita avvenga, in questo caso, oltre la volontà della madre («*wrongful birth*»), con ricadute negative non solo sulla sfera giuridica della stessa, ma anche su quella del padre (coniugio o convivente) e, secondo una discutibile argomentazione giurisprudenziale⁷, anche dei fratelli del nato. Ma il problema più controverso e interessante è se anche quest'ultimo possa ritenersi danneggiato dal medico. Per risolverlo appare proficuo analizzare, primariamente, la domanda risarcitoria della madre.

2. La posizione giuridica della madre.

Se è la madre ad agire in giudizio, occorre distinguere due piani della fattispecie risarcitoria. Uno riguarda l'accertamento del diritto di abortire, l'altro attiene ai danni risarcibili.

Il primo esige di valutare il rapporto tra la gestante e il concepito in base alla legge 194/1978. Si dovrà verificare se sussistevano i presupposti per interrompere la gravidanza. Più specificamente il giudice accetterà, con un giudizio controfattuale *ex ante*, se la corretta informazione della gestante avrebbe ingenerato in lei un processo patologico tale da mettere in grave pericolo la sua salute fisica o psichica (artt. 4 e 6 let. b l. 194/1978)⁸.

⁶ A questo scopo l'art. 14, co. 5, l. n. 40/2004 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»), stabilisce che «I soggetti di cui all'art. 5 [i]d est: le coppie coniugate o conviventi sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero».

⁷ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.
⁸ Secondo Cass., 1.12.1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77, la madre deve provare i due elementi positivi della fattispecie legale di cui all'art. 6, let. b), l. n. 194/1978: 1) il processo patologico (all'epoca del fatto illecito) della propria salute, anche se

³ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 44 ss., ora anche in *Danno da procreazione*, Milano, 2006, 49 ss., in part. p. 61-62.

⁴ Uno dei casi trattati da Rescigno è il seguente. L'ospedale contagia una donna di lui mediante una trasfusione di sangue infetto. Successivamente la donna, ignara del contagio, partorisce un bambino affetto dalla stessa malattia. Il nato chiede alla clinica responsabile della trasfusione il risarcimento del danno per lesione della propria salute. Un'altra vicenda è quella dei genitori che, sebbene consapevoli di essere affetti da una grave malattia genetica, danno alla luce un figlio affetto dalla medesima patologia. Questa volta il figlio rivolge la propria domanda di risarcimento nei confronti degli stessi genitori.

⁵ Vi può essere la nascita di un figlio contro la volontà del genitore, come nei casi d'insuccesso della tecnica abortiva («*wrongful pregnancy*») Cass. 8.7.1994, n. 6464, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 2, 342 ss., con nota di D. CARUSI, *Fallito intervento di interruzione di gravidanza e responsabilità medica per onnesa informazione: il «danno da procreazione» nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere (commento a Cass., 8.7.1994, n. 6464)*, di fallita sterilizzazione («*wrongful conception*», Cass., 24.10.2013, n. 24109, in www.cassazione.it), la quale ravvisa un difetto di informazione nel non aver sottolineato alla paziente i rischi di insuccesso della legatura delle tube eseguita nel corso di un cesareo) o di prescrizione di un farmaco ritenuto erroneamente anticoncezionale (Trib. Milano, 31.3.2014, in www.ilcaso.it). Per una sintesi delle diverse varianti della nascita indesiderata cfr. M. BON'A, *Voce Danni al nascituro e da procreazione*, in *Dir. agg.*, 2003, 601 ss. e F. CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, in *Tratt. di bio diritto* diretto da S. Rodotà-P. Zatti, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere-S. Rondato, Milano, 2011, 371 ss.



I DANNI DA MALATTIA CONGENITA NON DIAGNOSTICATA

Di Antonio Gorgoni

SOMMARIO: 1. Il problema del danno al nato con una malattia congenita. - 2. La posizione giuridica della madre. - 3. I danni risarcibili alla madre: patrimoniale, morale, esistenziale e biologico. - 4. I danni al padre e ai fratelli del nato nel contratto con efficacia protettiva del terzo: luci e ombre. - 5. L'orientamento contrario alla risarcibilità del danno al nato con una malattia genetica non diagnosticata. - 6. L'orientamento favorevole: dal «diritto di non nascere se non sano» al danno da nascita malformata come «condizione dinamica dell'esistenza». - 7. Gli ostacoli non rimossi: mancanza del nesso causale e insussistenza del diritto di non nascere se non sano. - 8. La irrisarcibilità del danno da malattia congenita in ragione della nozione giuridica di danno. - 9. Natura della responsabilità per omessa informazione e onere della prova.

1. Il problema del danno al nato con una malattia congenita.

L'omessa diagnosi di una malformazione genetica del nascituro, rilevabile con le tecniche disponibili in un dato momento storico, pone delicate questioni giuridiche. Una in particolare non è stata ancora adeguatamente risolta ed è soprattutto su questa che si intende riflettere.

Si tratta dell'ammissibilità della domanda risarcitoria proposta dal nato malformato nei confronti del medico, il quale non abbia informato la gestante della malattia congenita che affliggeva il nascituro. Questa condotta omissiva, secondo il più recente orientamento giurisprudenziale¹, sarebbe la causa

della nascita di un soggetto destinato a vivere tra continue e intense sofferenze. In ciò si apprezzerebbe un gravissimo danno non patrimoniale, risarcibile direttamente al nato handicappato.

Va ricordato che la via risarcitoria in un caso simile era stata già aperta in Francia dal noto *arrêt Perruche*², sconfessato, però, da una legge successiva. La giurisprudenza di legittimità italiana, da parte sua, ha invece accolto e più volte ribadito la tesi negativa, salvo nella pronuncia appena sopra ricordata.

¹ Cass., 2.10.2012, n. 16754, in *Giur. it.*, 2013, 4, n. 16754, con nota di D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il «danno da procreazione» si propaga di procreato?*; e ivi, 2013, 4, 2013, 796, con nota di G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*; in *I contratti*, 2013, 6, 563 ss., con nota di N. MUCCIOLO, *Diagnosi prenatali inesatte e responsabilità del medico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 2, 198 ss., con nota di E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1, 148 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*. Per una sintesi ordinata degli argomenti della sentenza cfr. A. ERRANTE PARRINO, *La Cassazione e il danno da «nascita malformata»: un particolare approccio alla*

² Cour de Cassation, Assemblée plénière, 17.11.2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 209 ss., con nota di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affetto?*; e ivi con *Positilla* di F. D. BUSNELLI. Il caso riguarda un'errata diagnosi di immunità della gestante dalla rosolia, malattia, questa, trasmessa al feto con gravi danni alla salute del nato. Le Corti di merito negano il risarcimento al bambino; di contrario avviso è, invece, la *Cour de Cassation*. Nella dottrina francese, la sentenza ha suscitato più disapprovazione (si veda soprattutto Viney) che apprezzamento. In Italia, Busnelli ha espresso critiche alla pronuncia di legittimità, sotto il profilo sia del nesso causale – la cui esistenza sarebbe una *ficcio* funzionale a indennizzare il bambino menomato – sia della situazione giuridica soggettiva tutelata, la quale non sarebbe stata individuata dalla *Cour de Cassation*.