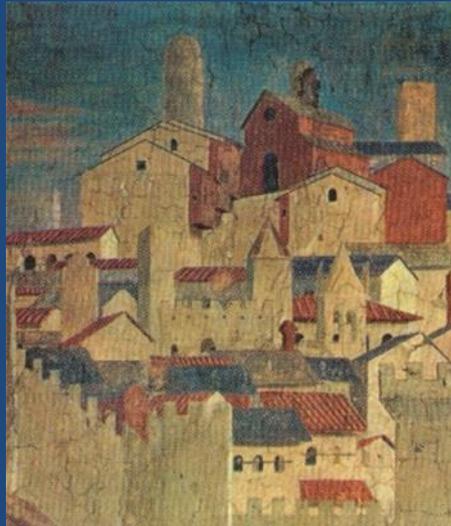


# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Anno 2011 - Numero 4

## Saggi

La globalizzazione nel sistema finanziario, di  
Piero Schlesinger..... p. 245

Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs  
141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE:  
una nozione (già) *vieille renouvelée*, di Stefano  
Pagliantini..... p. 251

## Materiali e commenti

Manifestazione sportiva tra minori e responsabi-  
lità dell'organizzatore, di Vincenzo Putortì..... p. 271

Amministrazione di sostegno e trattamenti sani-  
tari, di Antonio Gorgoni..... p. 289

## Attualità

L'incidenza della carta di nizza nella giurispru-  
denza della cassazione civile: rassegna giuri-  
sprudenziale, di Mario Mauro..... p. 327

*Persona e Mercato* è una rivista  
fondata da Giuseppe Vettori.

**Editore:** Persona e Mercato  
**Direttore Scientifico Responsa-  
bile:** Giuseppe Vettori

**Redazione:** Fabio Addis; Massi-  
mo Franzoni; Marisaria Maugeri;  
Emanuela Navarretta; Fabio Pado-  
vini; Stefano Pagliantini; Giovanni  
Passagnoli; Pietro Sirena.

**Collaboratori:** Antonio Gorgoni,  
Francesca Lucchesi, Mario Mauro,  
Serena Meucci.

**Segreteria:** P.zza San Marco 5,  
50121 Firenze.

**E-mail:** [info@personaemercato.it](mailto:info@personaemercato.it)

**Info:** [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

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

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono ri-  
servati, comprese le rappresentazioni  
grafiche ed iconografiche. Ogni ripro-  
duzione, 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 ripro-  
dotti dovrà essere rispettata e la ripro-  
duzione, anche parziale, dovrà essere  
accompagnata dall'indicazione della  
fonte.

Hanno collaborato a questo numero:  
Antonio Gorgoni; Mario Mauro; Ste-  
fano Pagliantini; Piero Schlesinger;  
Vincenzo Putortì.

# LA GLOBALIZZAZIONE NEL SISTEMA FINANZIARIO

Di Piero Schlesinger  
Prof. Emerito di Diritto civile

Dagli anni '90 in tutto il mondo si è aperta la corsa a verificare in quale settore si sarebbe imposta per prima la globalizzazione, ossia la centralizzazione di un apparato di scambi, che, sorvolando le diversità di disciplina nei vari Paesi coinvolti, la lontananza dei punti di interesse, le enormi differenze di usi e costumi locali, giungesse a rendere “mondiali”, i relativi movimenti.

Ed è quanto è accaduto nel settore dei mercati finanziari, dove è stato più semplice l'affermazione in tutto il mondo, dal suo centro tradizionale, Londra, alla piazza divenuta più importante, *Wall Street*, a tutte le altre, asiatiche, americane, europee, che hanno fatto seguito alle prime, di eguali principi e criteri di regolamento. E così, con sorpresa generale – e grazie alla semplicità di regole riprese standardizzate dai contratti tradizionali, senza bisogno di introdurre sofisticate discipline – in tutto il mondo codici simili, ad imitazione delle note tradizioni inglesi, si sono diffusi ad opera di organizzazioni volontarie tra privati, che hanno determinato l'esplosione di una sorta di mercato unico mondiale dei prodotti finanziari, operante su tutto il pianeta con caratteristiche sostanzialmente unitarie.

Trasformazioni tecnologiche, dominio telematico e diffusione universale delle informazioni hanno contribuito a rendere gli scambi attraverso il globo una vicenda dappertutto simile, appiattita in forme rapidissime e costanti, che hanno in tempi brevi

condotto ad una effettiva “globalizzazione” del settore.

Oggi vale davvero la pena di leggere, come introduzione alla mia chiacchierata, cosa scrive il *Corriere della Sera* del 6 dicembre 2011, a firma di Adam Hasslet, in una felice traduzione in italiano: «*Nel prepararci ad affrontare il quarto anno di crisi finanziaria globale, appare sempre più chiaro che il patto economico e politico che sta alla base della nostra società postbellica è ormai in pieno disfacimento. Non è più il caso di interrogarsi su quando le nostre società torneranno alla normalità, perché ciò non avverrà. Né dovremmo chiederci quando finirà la crisi, perché è destinata a prolungarsi forse per decenni* (sic!). *Ed è una crisi che cambierà la vita della stragrande maggioranza della popolazione più radicalmente di quanto non abbia fatto la fine della Guerra fredda o l'11 settembre*»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> A. HASLETT, *I mercati globali stanno usurpando il potere degli elettori*, in *Corriere della sera*, 6 dicembre 2011, trad. R. BALDASSARRE, in *La finanza spegne la democrazia*. « Per due decenni e mezzo dopo la Seconda guerra mondiale, l'Occidente ha conosciuto un periodo di straordinaria espansione economica. Ma già dagli ultimi anni 60, questa avanzata aveva cominciato a segnare il passo. Come ha di recente affermato Wolfgang Streeck, amministratore delegato dell'Istituto Max Planck per gli studi sociali, il rallentamento della crescita ha innescato, nel sistema capitalistico, crisi a ripetizione. Prima fra tutte, l'inflazione. Dovendo fronteggiare la recessione dei primi anni 70, i governi hanno preferito stampare denaro per stimola-

Come si è sviluppata questa eccezionale mondializzazione del settore e perché ha poi rovesciato addosso al mondo una crisi così aspra, quale si è anda-

| 246

re i consumi e tenere a bada la disoccupazione. Ma entro la fine del decennio l'inflazione aveva strangolato i nuovi investimenti, facendo aumentare la disoccupazione. Nei primi anni 80, ancora una volta davanti allo spettro della recessione, i governi hanno fatto ricorso alla spesa pubblica, gonfiando il deficit dello Stato per rilanciare i consumi, Usa e Gran Bretagna in particolare hanno ingaggiato un braccio di ferro con i sindacati nel tentativo di ostacolare le loro richieste di aumenti salariali. Però, già nei primi anni 90, debito pubblico e difficoltà di bilancio avevano cominciato a innervosire i mercati finanziari. Nel tentativo di sostenere la crescita e al contempo ridurre il *deficit*, sia Washington che Londra hanno liberalizzato in maniera decisiva il settore finanziario. Lasciando carta bianca ai finanzieri di inventarsi e immettere sul mercato un'infinità di nuovi strumenti di gestione del debito privato, i governi hanno distolto lo sguardo dagli Stati sovrani, preferendo chiedere prestiti da aziende e individui in grado di finanziare i loro consumi (e speculazioni), finendo per indebitare le future generazioni. Ne sono venute fuori due bolle degli assetti, la prima nel settore informatico e la seconda nel mercato immobiliare americano, provocando il crollo di *Lehman Brothers* nel 2008 e dando avvio all'attuale crisi. Pertanto, se consideriamo il contesto storico, è lecito affermare che ciò che è in fase di sviluppo non può definirsi semplicemente una contrazione particolarmente grave del ciclo economico ordinario, destinata a esaurirsi. No, oggi assistiamo all'accelerazione di una crisi endemica delle economie occidentali che va aggravandosi da un quarantennio, man mano che si è tentato di ripetere i successi economici, considerati «normali», di quello che era in realtà un periodo storico anomalo, ovvero gli anni del dopoguerra. Inoltre, nel corso degli ultimi due decenni, l'industria finanziaria, sgravata da ogni vincolo, si è conquistata un potere politico talmente grande da bloccare qualsiasi riforma delle sue operazioni, in particolare su scala globale, dove sono indispensabili, imponendo la pratica della distribuzione verso l'alto dei profitti raccolti. Negli Usa, stagnazione economica e ripartizione sempre più oligarchica della ricchezza hanno innescato proteste popolari su una scala che non si vedeva dagli anni 60. Nel frattempo in Europa l'euro rischia di sparire e l'intero progetto postbellico di integrazione potrebbe da un momento all'altro inserire la marcia indietro, molto più in fretta di quanto si possa immaginare. I governi tecnici insediati in Grecia e Italia sono probabilmente condannati al fallimento perché le misure varate non sono legittimate dal suffragio popolare. Negli Usa, l'egemonia del mercato si fa sentire attraverso i contributi illimitati che il mondo finanziario e industriale può offrire alla campagna elettorale, e tramite le pressioni esercitate sul Congresso si rivela capace di aggirare e vanificare le scelte popolari a favore di una più equa redistribuzione della ricchezza. Sia al di qua che al di là dell'Atlantico, le esigenze delle élite finanziarie si scontrano con la volontà popolare, apertamente ignorata. Se dovessero radicarsi, tali tendenze potrebbero sfociare in un assetto politico non più riconoscibile come democrazia, dando vita a un sistema capitalistico, sì, ma non democratico. È assai poco rincuorante constatare che l'attuale crisi non rappresenta che un semplice ingranaggio nell'evoluzione storica complessiva del capitalismo occidentale, che continua a redistribuire la ricchezza verso l'alto, a indebolire le istituzioni democratiche e a concentrare il potere nelle mani di pochi individui. È questa forza trascinante che continuerà a influenzare la nostra vita nei prossimi decenni, non le vicende altalenanti delle odierne difficoltà economiche. E se per il momento non è possibile imbrigliare questa forza, non ci resta che sforzarci di comprenderla con maggior chiarezza»

ta estendendo ed aggravando, dal 2008 in poi, crollando così pesantemente addosso all'incredula società?

È opportuno al riguardo tenere presente che, per lo più, sistemi di circolazione di cespiti richiedono impegni molto rilevanti, basta pensare agli strumenti di produzione di macchinari e di complessi impianti per il funzionamento di ingenti programmi, ai relativi magazzini, trasporti, depositi, ecc.: al confronto si ammira la semplicità degli spostamenti finanziari, di regola puramente telematici, dopo aver oramai sostituita totalmente perfino la sola «carta». Non stupisce, dunque, che dall'inizio del millennio, essendo già divenuta oggetto di entusiasmi l'imminente moltiplicazione della circolazione degli strumenti finanziari, milioni di ordini scorrevano quotidianamente tra schiere di operatori, esperti e professionalmente agguerriti, con costi minimi e facile possibilità di controllo immediato delle relative esecuzioni.

È quindi necessario tracciare un percorso della crisi globale, dello sviluppo, e rispetto a tutto questo, il privatista ha un compito preciso. Nell'ampliarsi degli spazi di libertà e di giustizia, lo strumento pubblico e lo Stato sono sempre meno idonei ed insufficienti, mentre è per eccellenza il diritto privato il terreno sul quale manifestare lo sforzo di capire, in primo luogo, e poi anche di intervenire per riassetare la realtà ed il sistema.

La conquista globale del mercato, senza differenze da Bogotà a Pechino, con schemi contrattuali omologhi dappertutto non poteva non giustificare la crescente soddisfazione di tutti i gruppi coinvolti, vera alba di un mondo ritenuto migliore ed a completa disposizione. Crescevano, pertanto, gli importi oggetto di accordo, trascinando remunerazioni sempre maggiormente imponenti. Andarono così allentandosi, prima, e sciogliendosi poi del tutto, i limiti che controllavano ed impedivano pericolose espansioni ed anche le Autorità preposte al riguardo, nella generale soddisfazione sugli andamenti registrati, non si preoccuparono più di manifestare le loro perplessità sui rischi che andavano accumulandosi.

Gli Stati Uniti costituirono ovviamente la punta dell'iceberg, regalando al Paese – al quale affluivano, nonostante i crescenti deficit di bilancio, imponenti risorse di crediti da ogni parte del mondo, e soprattutto dove aumentavano i surplus, come ad es. in Cina – anni di forte crescita del benessere, soprattutto nella classe media, dove si stava attivando un flusso imponente di acquisti, anche in cespiti finora proibiti, come in particolare nella compra-vendita di appartamenti d'abitazione. Al riguardo andarono crescendo le preoccupazioni, ma sembrava sufficiente a calmare i timori la costituzione di ipoteche sugli immobili oggetti di vendite frettolose, benché



si diffondesse la consapevolezza che gli acquirenti non erano in condizione di adempiere alla massa di obblighi assunti.

Dal 2007 si cominciò a percepire che il rischio stava superando il livello di guardia, ma ciò nonostante non si riuscirono ad assumere provvedimenti significativi di inversione dei circuiti in corso.

Il momento del tracollo giunse nel 2008, quando l'Amministrazione finanziaria americana – per imporre finalmente attenzione adeguata alla gravità della situazione creatasi – si decise a portare al fallimento la *Lehman Brothers* (sebbene situazioni simili od anche più gravi fossero state nel frattempo, e poi successivamente, evitate per numerose altre banche ed assicurazioni, anche ricorrendo a tamponamenti per importi ingenti: alla fine, in totale, l'intervento pubblico a sostegno delle società finanziarie, giunte ai limiti del *default*, ammontarono nel salvataggio a ben 7.000 miliardi di dollari!).

Ciò non ostante, il fallimento della *Lehman Brothers*, da un lato, e l'enorme afflusso di capitale pubblico nel salvataggio di banche e società finanziarie in dissesto, dall'altro, procurarono un effetto disastroso che ebbe, come ben noto, conseguenze catastrofiche per anni, trascinando le sopravvenienze negative nei mercati "reali", fonte *in primis* di gravi disoccupazioni.

Il periodo coincide con il delicato momento delle elezioni politiche presidenziali, che portò al cambio del Presidente degli Stati Uniti, con l'elezione di Obama e di un uomo "novus". Ma fu necessario del tempo perché si sviluppasse una efficace reazione pubblica, volta a ripristinare condizioni di normalità di tutti i mercati ed in particolare di quello finanziario.

Sul mercato finanziario il guaio maggiore era stato determinato – durante quel periodo di euforia e di diffusione dell'entusiasmo capace di dissolvere ogni misura del rischio – dalla esasperazione dei sistemi di "cartolarizzazione" dei debiti, cosicché la struttura delle singole partite debitorie, che confluivano in gruppi cartolari sovrapposti e mischiati, finivano con il rendere pressoché impossibile l'esatta identificazione delle singole partite debitorie. Le insolvenze, pertanto, si diffusero a ritmi paurosi essendo divenuto difficile persino riuscire ad identificare chi davvero fossero, volta a volta, i debitori e come si potesse nei loro confronti agire per i recuperi.

Divenne così abituale parlare di "titoli tossici" per riferirsi ai pacchetti di partite cartolarizzate imprudentemente ed in modi difficilmente suscettibili di corretta ricostruzione.

Ciò non ostante, cambiando la presidenza, rilanciata dall'Amministrazione la volontà di riprendere in mano la situazione finanziaria così pericolosa-

mente sfuggita alle guide normali, in tempi relativamente contenuti si può dire che gli Stati Uniti recuperarono un certo equilibrio e ripresero un sentiero di accettabile evoluzione.

Purtroppo, però, le minacce lungamente lanciate verso il mondo dei *managers* finanziari e verso tutti coloro – tanti! – che avevano approfittato dello sconvolgimento conseguendo remunerazioni incredibili e scandalose, restarono inattuata e prive di esiti.

Il risultato importante fu, ciò non ostante, raggiunto: banche ed assicurazioni riuscirono a restituire tutti gli enormi capitali pubblici ricevuti, e per mezzo dei quali erano state salvate, recuperando la possibilità di svolgere la loro normale attività, anzi accrescendola significativamente e praticamente si poteva dire che nel biennio 2010/2011 tutto era stato superato e ricondotto ad una certa normalità. Non certo la disoccupazione, non certo i guai del mercato reale, non certo l'ampia invocazione ad un mondo un po' più giusto o quanto meno non così assurdamente lontano da ogni equilibrio interpersonale.

In tutti gli ambienti maggiormente qualificati la discussione sulla necessità di cambiamento di metodi e di imposizione di regole accettabili, anche fuori dagli strati elevati della società, continuano ad occupare ogni aspetto del campo, ma finora non sembrano aver prodotto risultati di rilievo.

Si deve anche avere presente che – non solo a *Wall Street*, ma in genere presso tutti gli ambienti degli operatori finanziari del mondo – il dominio del *business* continua a dare risultati di impressionante contrasto tra quanto possano i potenti e quanto poco possano le masse, prive di qualsiasi strumento di reazione o di difesa.

D'altro canto, con tante sofferenze partite da New York, che si sono poi estese dappertutto, nessun tipo di cambiamento è finora sopravvenuto! Anzi, i guai non hanno fatto che diffondersi e, per quanto ci riguarda, soprattutto proprio nella nostra Europa.

Per parlare dell'Europa, però, occorre fare un passo indietro, per capire come si è evoluta la situazione nel Continente.

Negli anni '50 si era costituita una Comunità, il cui primo obiettivo era stata la liberalizzazione dei mercati e la diffusione della concorrenza a difesa della clientela dei singoli Paesi, coltivando l'opposizione ad ogni forma di monopolio o di oligopolio.

La Ceca e la CEE (Comunità economica europea), diventata, da ultimo, CE (Comunità europea), ebbero un successo travolgente, producendo, non soltanto l'abbassamento delle tariffe, dei dazi, ma soprattutto la semplificazione delle operazioni di trasferimento sui mercati internazionali, che hanno



immediatamente favorito il commercio ed hanno diminuito i costi di transazione.

Il tentativo di rafforzare il sistema della Comunità dando vita ad una “*Costituzione*” di base, predisposta nel 2000, sfociò in un imprevisto fallimento, dopo plurimi referendum nazionali non coronati da successi.

| 248

Nonostante tante difficoltà e contrasti di punti di vista, la Unione Europea lentamente è riuscita a riemergere e ad approvare, nel 2007, un Trattato di Lisbona, con il quale è stato rilanciato il programma comunitario, con differenze, rispetto alle aspettative precedenti, tutto sommato non di grande rilievo. Ma il vero nuovo grave problema, a seguito della crisi americana scoppiata nel 2008, è insorto dopo Lisbona su un terreno inatteso, proprio quello valutario/monetario.

Fin dal 1992, riunificatasi, dopo il crollo del “*Muro*” di Berlino, la Germania (rimase famosa, allora, la battuta di Andeotti: “*Sono così affezionato alla Germania, che preferisco ve ne siano almeno due*”), a Maastricht, quell'anno, ci si impegnò, con l'avallo tedesco – considerato pure un modo di rassicurare gli altri *partners* dell'Unione sulla rinuncia della Germania ad ogni forma di egemonia nell'ambito della Comunità – a perseguire una unificazione delle rispettive monete, quale simbolo del programma di unità del Gruppo facente parte della U.E. Purtroppo, peraltro, la realizzazione di un Euro comunitario, che tardò fino al 2001, condusse, senza che se ne avvertissero i gravi rischi, a due risultati pericolosi: per un verso, dei 27 Paesi aderenti alla Comunità, accettarono il passaggio all'euro – abbandonando marco tedesco, franco francese, lira italiana, ecc. – in 17, restando quindi estranei all'Eurozona gli altri 10, tra i quali, *in primis*, la Gran Bretagna, notoriamente legata soprattutto agli USA, con una frattura dell'U.E. in due gruppi separati, di certo non confortante per il futuro di tutti; per altro verso, l'unione monetaria non fu accompagnata – come avrebbe dovuto pretendersi – da alcun sostegno, politico, fiscale, federale, o perfino militare, di qualsiasi tipo, idoneo a rafforzare un destino comune, come è sempre avvenuto in caso di unioni monetarie.

La domanda che non trova risposta è la seguente: Come mai l'Unione monetaria è stata realizzata con un simile grado di imprudenza e imprevedenza?

Eppure Delors aveva ben anticipato quanto avrebbe potuto succedere, e, cioè, che non si poteva fare una Europa a 17, in quanto ciò significava, da un lato, dividere l'Europa in due. Nella stessa U.E. si sarebbe creato un dualismo pericoloso: da una parte, una Europa con una Unione monetaria;

dall'altra, una Europa costituita con Paesi battenti tante monete diverse quanti erano gli altri membri.

E poi nella sua evoluzione storica l'Unione non è più stata accompagnata da meccanismi in grado di garantire una difesa unitaria della Comunità.

Ma vi è di più. In realtà, una Unione monetaria non rappresenta nulla di effettivo e concreto, lega un mero segno, non strumenti costituiti da vincoli comuni e rilevanti.

È paradossale che si sia prevista una Unione monetaria senza affiancarla con strumenti in grado di determinare rettifiche, adattamenti, superamenti delle crisi, che possono intervenire quale fattore fisiologico, prima ancora che patologico, di ogni mercato.

Vi è anzi certezza, esaminandone le periodiche storie, che le crisi, prima o poi, intervengono ad alterare i mercati. E' normale che, sia pure secondo tempi variabili, si registrino crisi finanziarie: la loro cadenza può essere più o meno ravvicinata, ma ne sono certi periodici verificarsi.

L'ingresso dell'euro aveva determinato pure la riconduzione delle Borse continentali – di tradizione centralista e di sorveglianza pubblica, come in Francia, Germania, Italia, Spagna – a modelli anglo-americani, fondati su schemi liberali-volontari, che avevano consentito il prevalere globalizzato di un unico sistema di scambi finanziari, centrati sul contratto.

Siamo, così, giunti al punto debole: non sempre intervengono crisi valutarie, non sempre accadono crisi di mercato, ma si rinnovano spesso crisi valutarie. Anzi il tipo di crisi più frequente è l'inflazione, con la quale continuamente si destreggiano le varie Potenze, e, rispetto alla quale, è stata sempre alta l'attenzione, in particolare della Germania, così pesantemente colpita da quanto accadde nel 1919, dopo la sconfitta nella prima guerra mondiale e la fine dell'Impero. Da allora la stabilità finanziaria divenne obiettivo costante per i tedeschi, ben memori della tragedia di quegli anni.

Quindi l'euro in origine venne concepito con la preoccupazione di garantirne la stabilità. La stessa Banca centrale europea è stata costituita – a Francoforte – col compito di presidiarne il valore (e senza attribuirle il potere, normale per le monete centrali, di avere a disposizione un potere di ultima istanza).

Quale era l'obiettivo finale di quella scelta?

Tutti hanno detto che l'Unione monetaria era soltanto l'inizio, e che, soprattutto, costituiva soltanto uno strumento, e, al contempo, un modello, al quale si sarebbero dovuti ispirare tutti i Paesi dell'U.E., per realizzare nel tempo un federalismo, che potesse pure estendersi il più ampiamente possibile.



L'Unione era soltanto la prima tappa. È ben vero che non era ancora programmato un concreto strumento di Unità politica, ma si trattava di un aspetto solo temporaneo, perché si supponeva che, una volta raggiunta l'Unità monetaria, a tutti sarebbe apparso naturale lavorare per realizzare anche una corrispondente unità politica. Sarebbe stato solo una questione di tempo, ma poi l'Unione politica sarebbe seguita a quella monetaria.

Nei primi anni di vita dell'euro le cose sono andate particolarmente bene, anche se apparve subito chiaro che, nella Zona euro, non vi era un processo di crescita uniforme. Infatti c'era un gruppo di Paesi il cui sviluppo appariva assistito da maggiori probabilità di successo, e poi c'era un gruppo di Paesi maggiormente a rischio.

Tale fragilità riguardava i Paesi denominati PIIGS, ossia Portogallo, Irlanda, Italia, Grecia, Spagna. Proprio la Grecia sollevò il dato di maggiore gravità, consistente nel fatto che si diffuse la consapevolezza che i suoi conti pubblici erano stati falsati. Eppure, come era accaduto per la *Lehman* in America, non si intese intervenire per tempo. Soprattutto l'Europa ebbe timore di creare un precedente che potesse indurre altri Stati membri, che versavano in condizioni similari, a fare leva su un'ipotesi già verificatasi per pretendere pari interventi in altre corrispondenti situazioni.

Si trattava di un problema modesto, ma il rifiuto di affrettarne la soluzione fece esplodere l'intera questione dei debiti sovrani, e ne derivò una continua estensione del tema, sempre più rischiosa. Si riteneva erroneamente che la finanza internazionale non fosse più in grado di imporre, come gruppo, le proprie scelte. Ma viceversa si constatò che i mercati – sebbene non possedessero forze interne unificanti – erano perfettamente in grado di imporre i loro orientamenti e la loro preoccupazione prevalente divenne quella di impedire che il rischio di debiti sovrani avviati ad insolvenze, potesse decidere indirizzi di carattere generale. La piccola questione della Grecia – per la quale anni di difficili trattative non riuscirono a comporre una accettabile soluzione – impostò il modello che da allora in poi avrebbe fatto scuola per tutti i PIIGS.

Chiariamo subito che mercato non significa speculazione, non vuol dire che c'è qualcuno che comanda, che guida con mano occulta. Certo, come sempre succede nell'ambito di un movimento collettivo, si possono creare dei gruppi convergenti, ma i fattori sono talmente tanti e tali che nulla autorizza a ritenere di poter sapere in anticipo quali saranno domani gli orientamenti prevalenti.

Mercato è una astrazione, è la somma di centinaia di migliaia di scelte che si sommano muovendosi in modi autonomi, seguendo preferenze diffe-

renziate, variamente configurate, all'interno delle quali si capisce che poi hanno acquistato maggiore rilevanza alcuni gruppi, che sull'intermediazione finanziaria si erano mostrati più efficaci e determinati.

Ed è chiaro che sono stati quei gruppi i più forti e capaci di imporre le loro indicazioni. Ma sono stati i più forti non perché avessero determinato alleanze o sostegni o perché avessero al loro interno delle forze prevalenti: la speculazione è fattore marginale, non determinante.

In realtà, là dentro, ci sono, a loro volta, centinaia di migliaia di operatori, di "teste", intese ora come persone, ora come gruppi, ora come associazioni, ove vi può anche essere qualcuno che ha idee per tutti.

Cosa ha fatto tremare l'Europa?

La Grecia. E sulla Grecia forse solo ora si sta raggiungendo un accordo, ancora insicuro e traballante. È stato fatto un primo accordo nel 2010, ma è saltato tutto. È stato fatto un secondo accordo l'11 luglio 2011, che sembrava veramente importante e in grado di risolvere tutta la questione, ma poi il 26 ottobre 2011 si è scoperto che all'accordo non era stata data attuazione, e che si era di nuovo al punto di partenza. È stata fatta una ulteriore proposta, ma non ha convinto i mercati che sono rimasti scettici e in continua fibrillazione. Si è allora scatenata la loro ira.

Questa ira si è rivolta contro i Paesi mediterranei considerati più fragili: il Portogallo aveva già dimostrato largamente la sua debolezza ed erano stati necessari sostegni finanziari del Fondo monetario internazionale.

La Spagna era considerata la maggiore a rischio dopo il Portogallo, anche se era stata pronta ad affrontare elezioni politiche ed a costituire un nuovo governo più saldo e più deciso (anche se con una disoccupazione nazionale di livello elevatissimo, la più alta in corso).

L'Italia veniva presentata come il Paese mediterraneo con maggiore tranquillità. Purtroppo il governo Berlusconi diede luogo a conflitti, scandali, incertezze, dissipando il patrimonio di fiducia internazionale prima detenuto. Fiducia internazionale che soprattutto prese inevitabilmente in particolare considerazione la gravità del debito pubblico del Paese (il maggiore del mondo, dopo Stati Uniti e Giappone, tale da raggiungere i 1.900 miliardi di euro, il 120% del PIL).

Improvvisamente e con sorpresa generale l'Italia saltò al primo posto nelle preoccupazioni delle Borse e dei mercati finanziari e le società di *rating* formalizzarono a suo carico le più pesanti cadute nelle valutazioni del merito di credito.

Germania e Francia – Merkel e Sarkozy – si misero alla testa di un tentativo di resistenza alle pressioni della Finanza, la quale mirava a far attribuire alla BCE poteri corrispondenti a quelli delle Banche centrali nazionali, quale debitrice di ultima istanza.

Questo compito deliberatamente non le era stato attribuito negli atti fondativi della U.E. e la Germania si rifiutò di riconoscerlo alla BCE (alla cui presidenza era succeduto l'italiano Mario Draghi, sino ad allora Governatore della Banca d'Italia).

Con procedure del tutto straordinarie, il 5 agosto 2011 la BCE e la Banca d'Italia trasmisero al Governo italiano una missiva, rimasta formalmente non pubblicata, in cui si dettavano al Governo italiano misure di carattere eccezionale considerate necessarie per restituire al Paese un clima meno depresso.

Berlusconi non parve in gravo di ripristinare la fiducia e neppure una formale intimazione franco-tedesca riuscì ad ottenere, in un incontro fissato a Cannes, risposte più soddisfacenti.

Si andò quindi intensificando e divenne più minacciosa la pressione delle Borse nei confronti dell'Italia. Con sobria intelligente regia il Presidente della Repubblica riuscì ad ottenere le dimissioni del Governo Berlusconi e la sua sostituzione con un Governo “di tecnici”, presieduto dal prof. Mario Monti, presidente dell'Università Bocconi di Milano, già per anni Commissario italiano nella Commissione europea che dirigeva la U.E.

Questa modifica ha messo in moto un giro di provvedimenti straordinari che, sia pure con rilevanti sacrifici un po' di tutte le categorie del Paese, hanno migliorato la stima dei mercati nei confronti dell'Italia e sembrano aver allontanato, almeno per il momento, i rischi di tracollo, che ad un certo punto erano parsi tanto vicini da poter apparire perfino ormai inevitabili.

A questo punto cosa ci si può attendere per il futuro?

Bisogna confessare che in tutto il mondo ci si pongono interrogativi di questo tipo senza poter leggere con qualche affidabilità il futuro. Il progetto franco-tedesco di promuovere modifiche nel Trattato di Lisbona, che obblighino tutti i Paesi nella Zona euro a garantire annualmente bilanci che coprano integralmente i costi del Paese, assicurando equilibri tali da impedire l'incremento dei debiti sovrani.

Inizialmente presentata questa proposta come una soluzione, si è compreso che il rischio di *default* restava a carico di ciascun Paese, senza promesse di interventi collettivi degli altri membri dell'Unione. Purtroppo, anzi, l'approvazione di modifiche al Trattato del tipo indicato hanno portato ad una rottura con la Gran Bretagna che ha rifiutato di dare il suo assenso, anche se è rimasta nell'Unione, senza

purtroppo che siano chiari i suoi intendimenti ed i suoi poteri. E vi sono pure altri Paesi del Nord che pur avendo dichiarato di aderire alle modifiche al Trattato – in corso di elaborazione e di approvazione, che dovrebbe intervenire al più tardi entro il prossimo marzo – non lasciano tranquilli sulla possibilità che nella Zona euro sopravvengano altre frantumazioni.

Del resto il sovra-indebitamento più rilevante è quello che grava *in primis* proprio sugli Stati Uniti e nulla è ancora possibile dire con certezza su che cosa potrà accadere rispetto agli USA. Certamente se ne attenderanno nel prossimo novembre le elezioni presidenziali e molto potrà dipendere innanzitutto dal loro esito: Obama sarà confermato alla Presidenza? Ciò che probabilmente potrebbe rendere forse meno traumatici i successivi rapporti con il mondo finanziario, mentre un cambio di presidenza potrebbe accelerare fenomeni dirompenti.

In tutto il mondo si è consapevoli che nessuno oggi è in grado di avere certezze sui prossimi sviluppi della situazione generale, dove anzi vari tipi di contrapposizioni e conflitti tendono ad inasprirsi (basti pensare, dopo quanto è accaduto, ad esempio, in Tunisia, in Libia, a situazioni come quelle dell'Iran, della Siria, dell'Egitto, che pure ha già attraversato un periodo rivoluzionario).

Hanno attirato attenzione anche movimenti singoli e di tipo nuovo: ad esempio i c.d. “*indignados*”, sviluppatisi in Spagna, ma rapidamente diffusi in tutto il mondo, procedendo anche ad una occupazione di *Wall Street* (sia pure ovviamente del tutto semplicistica e temporanea).

Invocano – di certo non senza notevoli fondamenti – l'inaccettabilità di un mondo pieno di ingiustizie, di sperequazioni, di profonde diseguaglianze di trattamenti tra ricchi e poveri ed è diffusa l'affermazione che sia inaccettabile il permanere dei sistemi di vita, oggi apparentemente lanciati solo a massimizzare i consumi e ad umiliare quanti non reggono ritmi di vita così frenetici e costosi.

Peraltro invocare come rimedio da attuare “*la chiusura delle banche*” non sembra cogliere né le vere ragioni del generale disagio (di solito le banche provvedono ai bisogni finanziari delle imprese che producono beni necessari per la collettività), né provvedimenti davvero realizzabili (occorre, semmai, guardare alle imprese finanziarie).

Ad ogni modo, ciò che davvero sarebbe indispensabile è che i ceti culturalmente più preparati si ingegnino a trovare modi nuovi di suggerire sistemi di convivenza meglio accettabili e conformi ad esigenze di vita più semplici e conciliabili con i bisogni delle masse, disperate per le loro precarietà.



# IL NEOFORMALISMO CONTRATTUALE DOPO I D.LGS 141/2010, 79/2011 E LA DIRETTIVA 2011/83/UE: UNA NOZIONE (GIÀ) *VIEILLE RENOUVELÉE*.

Di Stefano Pagliantini  
Prof. Ordinario di Diritto civile

**SOMMARIO:** 1. La polisemia del del sostantivo 'forma' nel nuovo diritto dei contratti. - 2. Le forme - modulo. - 3. Le formalità del recesso: per un primo quadro. - 4. Il neoformalismo tra novità legislative e modifiche in itinere. - 5. Il disposto ambiguo dell'art. 35 c. tur. - 6. segue: sul nuovo disposto dell'art. 72, comma 1 c.cons. - 7. Cinque quaestiones in tema di forme modulo: le prime due (artt. 71, comma 1 e 72, comma 4) tra integrazione automatica ed efficacia sostitutiva del formulario. - 8. La terza, preceduta da una micro - appendice sull'art. 6, § 5 della direttiva 2011/83/UE: epitaffio per la nullità virtuale di protezione ? - 9. Le due questioni restanti (art. 72, commi 6 e 7 c. cons.: la firma separata e l'obbligo di documentazione). della forma scritta come presupposto di applicabilità di uno specifico statuto normativo. - 10. Il formulario separato di recesso: di alcuni problemi. - Postilla: l'attualità del formalismo dei moderni.

## 1. La polisemia del del sostantivo 'forma' nel nuovo diritto dei contratti.

Notoriamente, nel nuovo diritto dei contratti, il termine (polisemico) forma registra -almeno- tre significati differenti.

Forma intanto, in alcune previsioni, è sinonimo di requisito strutturale del contratto, prescritto a pena di nullità: forma, quindi, come *vestmentum* (impersonale) del patto. Ed in questa accezione ricorre negli artt. 3, comma 1, l. 129/04, 2, comma 1, l. 192/98 e 72, comma 1. c.cons. (rispettivamente per il contratto di affiliazione commerciale, la subfornitura nelle attività produttive, la multiproprietà *et similia*), nel combinato disposto degli artt. 23, com-

ma 1, t. un. finanziario e 37, comma 1, Regolamento intermediari 16190/07 (quanto ai contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento), negli artt. 117, comma 3 e 126-*quinquies*, comma 1. t. un. bancario (per i rapporti bancari ed il contratto quadro relativo ai servizi di pagamento). Ad eccezione della multiproprietà reale (art. 72, comma 1 c. cons.), sono tutti casi nei quali si materializza una forma *ad substantiam* di protezione seriale giacché, se è vero che il carattere protettivo della forma *ad validitatem*, riferito ad una sola delle parti contraenti, è già un attributo comune ad una pluralità di fattispecie codicistiche (donazione, locazione ultrannuale e patto di famiglia), non è men esatto che la forma protettiva di nuovo conio è di stampo tipizza-



to, risultando ancillare ad una nuova categoria di contraenti si a spiccata valenza socio-economica ma «previamente individuata»<sup>1</sup>. Con uno specifico disciplinare, quindi, che l'assiste e la contraddistingue *quoad effectum*. La previsione di una nullità a legittimazione relativa oppure operante solo a vantaggio del consumatore (o del cliente) è uno di questi tratti: non sempre però<sup>2</sup> e non il solo.

È un catalogo di previsioni, come si può da subito constatare, piuttosto fitto, non così articolato però da avallare l'assunto di una compiutasi conversione, nei rapporti contrattuali asimmetrici, della forma *ad substantiam* «da eccezione a regola»<sup>3</sup>. Piuttosto, PARE D'ESSERE AL COSPETTO, IN SENO ALLA stessa classe dei contratti diseguali, di un formalismo a ventaglio o, com'anche si è felicemente notato, a *lignes brisées*<sup>4</sup>. E' questo, del resto, l'avviso, ribadito anche di recente, della Corte di giustizia, se è vero che, ai sensi del diritto comunitario, non si fa questione di alcuna forma particolare, «tranne nel caso in cui ciò sia specificamente stabilito per singoli contratti»<sup>5</sup>; e pure a voler dissentire dall'idea che reputa esistenti, nella prassi quotidiana, degli scambi senza accordo<sup>6</sup>, pare difficile per vero sostenere che i contratti asimmetrici sono formali quando una pleora di operazioni contrattuali al dettaglio, aventi come parte dei professionisti e dei consumatori, sono *cotidie* stipulate solo verbalmen-

te. A meno, ed ecco spuntare il vero equivoco che tutto intorbida, di non riservare l'appellativo di forma, cioè di *vestmentum/requisito*, a quel che forma negoziale *ad substantiam actus* non è.

## 2. Le forme – modulo.

Spesso infatti, nel variegato ordito della legislazione europea, forma vale e sta per *quid* nel quale si sostanzia una modalità formale necessaria della stipulazione, la forma come documento o prospetto informativo standard che idealmente scaccia e mette fuori gioco la endemica (perché strutturale) asimmetria informativa del consumatore. Questa *forma modulo*, così la si potrebbe stipulativamente definire<sup>7</sup>, non può però scambiarsi per una *forma del contratto*. Vi osta infatti, a mo' di pregiudiziale scriminante, la decisiva circostanza che la vicenda effettuale «di volta in volta [connessale]»<sup>8</sup> si collega a vicende, antecedenti o succedanee, comunque diverse ed intrinsecamente distinte dalla stipula del contratto, siano poi queste la pubblicazione di un prospetto (art. 100 *bis*, comma 3, t. un. finanziario) o la consegna di un opuscolo informativo (artt. 38 c. tur. e 124, comma 2 t. un. bancario), la trasmissione di allegati (art. 4, comma 1, l. 129/04) o la *traditio* di un esemplare (art. 117, comma 1 e 125-*bis*, comma 1 t. un. bancario.) se non di una bozza del contratto (art. 124, comma 4, t. un. bancario., per altro su richiesta del consumatore). Secondo chi per primo ebbe ad intuirlo<sup>9</sup>, queste formalità modali *in sequenza*, disgiunte dal formalismo dell'atto, null'altro sono, si potrebbe dire, che lo stampo o l'involucro nel quale si sono convertiti o versati *set* di (speciali) obblighi informativi, imputati al professionista, consustanziali ad ogni contratto asimmetrico<sup>10</sup>: si pensi, a mo' di integrazione del precedente catalogo, alla *conferma scritta* delle informazioni obbligatorie (art. 52 c. cons., prima o al momento dell'esecuzione) nei contratti conclusi a distanza con mezzi telematici (e v. art. 8, § 7 dir. 2011/83/UE) oppure alla *nota d'ordine* nei contratti conclusi fuori dai locali

<sup>1</sup> Cfr. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali* II, 2, Milano, 2008, 581 (nt. 69 *in fine*) e GENTILI, *La forma*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. Orestano, Torino, 2009, 74 s.

<sup>2</sup> Non, ad es., quando si fa questione di affiliazione commerciale (art. 3, comma 1, l. 129/2004: v., di recente, FICI, *Il contratto di franchising*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli. *Dei singoli contratti*, a cura di Valentino, Torino, 2011, 326 s. e, prima ancora, DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, 763), di subfornitura nelle attività produttive (art. 2, l. 192/1998, v. MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. cod. civ. Scialoja -Branca*, a cura di Galgano, Bologna - Roma, 2003, *sub art. 2*, e FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011) e, *per extenso* più avanti, in caso di multiproprietà reale (art. 72, comma 1 c. cons.).

<sup>3</sup> Mostra, invece, di essere di questo avviso SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al post moderno*, Milano, 2005, 655.

<sup>4</sup> Così ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Paris, 1981, 247 ss.

<sup>5</sup> Così l'Avvocato Generale TRSTENJAK, *Conclusioni* nella causa C 180/06 *Il Singer c. Dreschers*, e poi C. giust. CE, 14 maggio 2009. Già prima, per altro, C. giust. CE, 30 aprile 1998, causa C-215/97, *Bellone c. Yokohama Spa*, in *Foro it.*, 1998, IV, 193 ss. Non dissimile, in dottrina, DE NOVA, *La forma dei contratti finanziari*, in *I servizi del mercato finanziario*, Milano, 2009, 87.

<sup>6</sup> Lumeaggiata da IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, 347 ss.

<sup>7</sup> Sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali* III, Milano, 2011, 772 ss. e già prima, pur se in un diverso contesto, SPADA, *La fase costitutiva dell'impresa*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, IV, Milano, 1990, 13 s.

<sup>8</sup> Cfr. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, II, 342.

<sup>9</sup> Il riferimento è a MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, 18. E, per l'idea di un *assorbimento* dell'informazione nell'alveo della forma D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 47.

<sup>10</sup> V., per una suggestiva sintesi, GENTILI, *La forma*, cit. 74.



commerciali (art. 47 c. cons. ed art. 7, § 2 dir. 2011/83/UE). E, sia detto per inciso, in una prospettiva rivolta semmai ad evidenziare l'esistenza di una *körperliche Verbindung* tra il contratto e le modalità formali della sua stipula, ha maggior pregio, anche a fini classificatori, provare evidentemente a raccogliere intorno al concetto di *Vertragsanbahnung*, ossia di *avviamento al contratto*<sup>11</sup>, in vista di una decisione informata e consapevole. E' un particolare ben presente a chi evidenzia come la maggior parte delle prescrizioni comunitarie di forma scritta «*hat ein spezifische Funktion in der Absicherung...*»: e che questa funzione, «*welche vor allem die Informationspflichten, befasst sich eigentlich nicht mit der Form eines Rechtsgeschäftes*»<sup>12</sup>. Il che, verrebbe da aggiungere, ben si comprende: se sono formalità volte a preservare l'integrità del consenso di una delle parti, bisogna ragionare di una loro rilevanza nei termini di una *funzione preventiva*, doppiante la logica ablativa dell'azione di annullamento<sup>13</sup>, consustanziale alla quale può semmai essere, nel caso dovessero difettare, un'inversione dell'onere quanto alla prova che il consumatore abbia davvero prestato il consenso alla stipula del contratto. Si pensi, nel caso di contratto mancante di una *conferma scritta*, a quanto prescritto per il professionista dall'art. 67 *vicies semel*, comma 1, lett. b), norma espressiva di una regola tipica della contrattazione a distanza se non, stante la presunzione di abusività di tutte le clausole aventi per effetto l'inversione o la modifica dell'onere della prova (art. 33, 2 co., lett. t), di ogni atto di consumo<sup>14</sup>. Del resto, il cliente che abbia sottoscritto un modulo ha senz'altro provveduto a che degli specifici «vincoli formali» venissero soddisfatti: epperò, «non per questo [ha] creato un contratto in forma scritta»<sup>15</sup>.

Altrove questo insieme, variamente denominato, di forme modulo ha un *nomen iuris* specifico: *Te-*

*xform*, secondo la rubrica del § 126b del *BGB*<sup>16</sup>. Nel sistema italiano non c'è invece un'espressione analoga: epperò ragionando stipulativamente di *corredo documentale*, s'intende degli obblighi informativi standard facenti da corona all'atto di consumo (o asimmetrico), può altrettanto efficacemente sintetizzarsi i casi nei quali un supporto cartaceo (o elettronico) assurge a strumento per compensare una disparità cognitiva causa altrimenti di scelte -di mercato- più o meno smaccatamente inefficienti. Volendo, può pure parlarsi di una *documentazione* come modalità perequativa<sup>17</sup>, volta a sterilizzare situazioni di abuso della libertà contrattuale, che si mostra sia ancillare alla stipula del contratto (*Vertrags-schluss*) ed all'illustrazione del suo contenuto (*Vertragsinhalt*) sia funzionale al governo delle vicende di adeguamento e cessazione (*Anpassung* e *Beendigung*) del vincolo contrattuale. Ma non, è bene insistere sul distinguo, di un *terzo* tipo di forma solenne, dai tratti spuri, che rompe col modello di *vestmentum* del codice vigente<sup>18</sup>. Vero, infatti, che il sintagma *forma di protezione* ben illustra il sovrappiù assiologico connotante, nei rapporti asimmetrici, la funzione dello scritto informativo: salvo però non si voglia riconoscere al lemma un valore meramente descrittivo, dovrà convenirsi sulla circostanza ch'esso rileva alla stregua di un appellativo pregnante se lo si riserva ai casi nei quali la *documentalità* è requisito, prescritto *ad substantiam* (art. 125 *bis*, comma 2 t. un. bancario) o *ad probationem* (art. 2, comma 1, d. lgs. n. 170/04, sui contratti di garanzia finanziaria), dell'intero contratto o di talune sue parti. Rilevante talora al punto, come si vedrà, di fungere da presupposto per *l'applicazione* di una data disciplina ovvero come criterio *selettivo* del tipo legale di riferimento (art. 2, comma 1,

<sup>11</sup> L'elegante espressione si legge in CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 49 (nt. 39). V. pure, poi, G. B. FERRI, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, ivi, 25.

<sup>12</sup> Così ZOLL, *Die Grundregeln der Acquis-Gruppe im Spannungsverhältnis zwischen acquis commun und acquis communautaire*, in *GPR*, 2008, 109.

<sup>13</sup> Contraddistinta, in quest'ottica, da una *fonction curative*: così GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, 2009, 213 s. Ma già prima, nella dottrina italiana, lo sterilizzarsi della disciplina sui vizi del consenso è avvertito da MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit. 15.

<sup>14</sup> Così anche MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, 188.

<sup>15</sup> V., incisivamente, ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 503 e DE NOVA, *La forma dei contratti finanziari*, cit. 94.

<sup>16</sup> Sulla quale v., almeno, HERTEL, *sub* § 126b, in *Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz u. Nebengesetzen*<sup>13</sup>, 1 (*Allgemeiner Teil*), 3, Berlin, 2004, 757 ss. e EINSELE, *sub* § 126b, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*<sup>5</sup>, Bd. 2, München, 2006, 1497.

<sup>17</sup> Per le forme modulo come ipotesi nelle il «documento è funzionale all'informazione non alla formazione dell'accordo o alla prova del medesimo» v., da ultimo, significativamente, CESÀRO, *La forma non del contratto, ma del procedimento contrattuale*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*. Atti del 4 Convegno nazionale SISDIC, Napoli, 2010, 317.

<sup>18</sup> Così MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, I, Milano, 2001, 353 (il primo, per quel che consta, a coniare la figura). La definizione -stipulativa- di forma di protezione compare, successivamente ed in modo pienamente adesivo, negli scritti di RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, 51 ss. e di ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 368 - 372.



d. lgs. n. 170/04)<sup>19</sup>. Che è quanto, viceversa, le forme modulo non contemplano proprio perché *forma* piuttosto di un'informazione standardizzata, veicolata per il tramite di schemi fissi e costanti, che proceduralizza l'attività del professionista e, di rimando, ne predetermina lo standard (minimo) necessario di correttezza professionale. Chi altrove parla di un'informazione documentale avente *nature formulaire* (giacché è vincolata nel come e nel quanto) o di promozione del contratto per adesione ad un «*usage de protection*» (essendo uguale per un insieme indeterminato di destinatari)<sup>20</sup>, coglie innegabilmente nel segno.

Risultato: pure a voler prescindere dai casi nei quali è prescritta un'informazione nuda vincolata (artt. 52, comma 3 e 67 *nonies* c. cons.; e v. art. 8, §§ 5 e 6 dir. 2011/83)<sup>21</sup>, e' da escludere che si possa concettualizzare un terzo tipo di forma solenne, rilevante *inter partes* e non verso i terzi, detta *ad protectionem*. L'impressione, infatti, è che non esista alcuna nuova tassonomia europea della forma: piuttosto e soltanto un variegato catalogo costante di informazioni documentali obbligatorie, ancillari ad un contratto *in itinere*, che può essere, a sua volta, scritto od amorfo. La documentalità, invero, *stricto sensu* è dell'informazione<sup>22</sup>, rilevando come supporto necessario di regole contrattuali (le cd. *mentions obligatoires*)<sup>23</sup>, mentre forma, in senso stretto, è sempre e solo una questione di scrutinio dei modi di farsi di un contratto giacché il «farsi» di un atto

formale sempre si traduce nel suo «dover farsi<sup>24</sup>». E se è vero che la nozione di forma *ad substantiam* non collima con quella di forma *vincolata*, tanto che esistono forme *necessarie* provviste di una «articolata gamma di soluzioni diverse dalla sanzione della nullità<sup>25</sup>», neanche può tacersi la circostanza che solo quella *ad substantiam*, in quanto elemento partecipante all'ossatura strutturale del contratto, ne descrive il farsi.

### 3. Le formalità del recesso: per un primo quadro.

Il tritico semantico accennato, nella prospettiva di una documentalità che prolunga e consolida il diritto all'informazione, si completa con l'utilizzo del sostantivo forma come *formalità* del (e per il) diritto di recesso. E neanche qui vale l'accostamento con la *forma del contratto*. E' vero, beninteso, che le modalità per l'esercizio del recesso di pentimento del consumatore devono risultare per iscritto (artt. 47 e 53 c. cons.; 166, comma 2 e 177, comma 2 c. ass. priv.): e, va aggiunto, con una veste grafica separata dalle altre clausole contrattuali, provvista di caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento<sup>26</sup>. Ma il fatto è che qui, in luogo di un onere, si ha uno specifico e ben individuato obbligo informativo, connotato da un'evidente funzione di riequilibrio procedurale dello scambio, comunitariamente indefettibile. Un obbligo, secondo la Corte di giustizia, di interesse pubblico (§28)<sup>27</sup>, che poi, per effetto di una conversione *ex lege*, si è dapprima ipostatizzato e poi tradotto in un'autentica «prestazione accessoria» (del professionista) munita, in caso di totale o parziale inadempimento, di una tutela in forma specifica (artt. 64 – 67 c. cons.): quel termine lungo per recedere, elevato ad un anno e quattordici giorni nel caso il professionista non abbia compilato (e consegnato) al consumatore il modulo tipo, sia dal nuovo art. 73, comma 3, c. cons. che dalla recente direttiva

<sup>19</sup> Mostra consapevolezza di ciò MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit. 144.

<sup>20</sup> Rispettivamente LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, in *JCP G.*, 1999, I, 170 e AYNÉS, *Formalisme et prévention*, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, n. 22. Nella dottrina italiana un significativo richiamo ad una «forma modulare per dichiarazioni» si legge, recentemente, in CESARO, *La forma non del contratto, ma del procedimento contrattuale*, cit. 312.

<sup>21</sup> Cioè un'informazione non scritta: per la quale v. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, Milano, 2006, 476 e PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, 82 ss.

<sup>22</sup> La percezione lessicale del fenomeno è evidente nel disposto dell'art. 94, comma 4, t. un. finanziario (il prospetto può venir redatto nella *forma* di un unico documento o di documenti distinti.... Le informazioni sono poi suddivise in un documento di registrazione, «una nota informativa sugli strumenti e i prodotti offerti e una nota di sintesi») nonché, per restare nel medesimo contesto, nel corpo dell'art. 98-ter, 2 co. (le informazioni contenute nei prospetti devono essere riportate in una forma chiara, facilmente comprensibile e analizzabile). E, si faccia attenzione, non è diversa la trama linguistica in cui si scompone il disposto dell'art. 5, § 1, lett. A-S, dir. 2008/48/CE (ove il riferimento alle informazioni fornite mediante modulo).

<sup>23</sup> Cfr. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, 2006, n. 185.

<sup>24</sup> Così IRTI, *Replica ai difensori degli idola libertatis*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, X e v. poi, soprattutto, BRECCIA, *La forma*, cit. 558.

<sup>25</sup> Così FERRI, *La forma nell'atto non negoziale*, ora in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, 361.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1207 ss., con nota di ALFANO, *Brevi riflessioni su forma e (neo)formalismo nella vendita fuori dai locali commerciali*. E' vero che qui la Corte parla di «requisiti di forma» (ed insiste sul dato MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit. 151): ma il periodare pare piuttosto descrittivo. In termini non dissimili v. pure Trib. Lucca, 4 novembre 2000, in *Giur. mer.*, 2001, 6.

<sup>27</sup> Come sentenziato nella causa *Eva Martín Martín c. EDP Editores SL*, causa C-227/08, del 17 dicembre 2009.



2011/83/UE (artt. 6, § 1, lett. h e 10, § 1)<sup>28</sup>, con una simmetria che si ripete pure riguardo all'ammissione di un *adempimento successivo sanante*, ove cioè il formulario dovesse venire consegnato entro un anno dalla stipula del contratto, senza che il consumatore sia nel frattempo receduto<sup>29</sup>. Il che, pur non esaundero i problemi di tutela del consumatore, fa risalire ancor di più la logica *eccezionale* di microsistema espressa viceversa negli artt. 30, comma 7, t. un. finanziario e 67-septiesdecies, comma 4, c. cons.: casi nei quali, è vero, la previsione di una nullità relativa (del contratto) innesca una funzione restitutoria che, in un'ottica di *moral suasion*, obnubila quella eliminativa- risarcitoria. Ma, giova evidenziarlo, due norme pur sempre *singulae* giacché, se è esatto che recesso *sine die* (Heininger, C-481/99) e nullità, in una prospettiva di non vincolatività del contratto, sono misure prossime<sup>30</sup>, ciò nondimeno è indubbio che il rimedio della *prorogatio terminis* scaccia, in realtà, la sanzione della nullità.

Di nuovo, perciò, non un vincolo di forma, bensì una singola e specifica modalità manifestativa di un diritto riconosciuto *ex lege* al consumatore: forma di un atto (non del contratto)<sup>31</sup>. Non a caso, onde farne ancor più risaltare la *differentia specifica*, i contratti negoziati fuori dei locali commerciali (artt. 45 ss. c. cons.), così come quelli a distanza (artt. 50 ss. c. cons.) o stipulati mediante mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi (art. 59 c. cons.), pure a fronte di una direttiva 2011/83 per più versi innovativa (artt. 7 ed 8), possono farsi anche *oralmente*. Il che, essendo il recesso di pentimento la *formalità* assurta ad elemento autonomo «di circolazione dell'operazione contrattuale»<sup>32</sup>, si può ben comprendere: senza immaginare, per di più descrittivamente, una forma che trascorre da requisito negoziale ad elemento prenegoziale.

Insomma, dall'esame della legislazione europea, si evince che c'è una *forma* e poi delle *speciali formalità informative*. Non quindi un sostantivo invariante seguito da tre predicati (veste, modulo, guisa espressiva) al suo servizio, ma tre vocaboli alludenti

ad altrettante figure diverse, reciprocamente infungibili. La prima, del contratto (o di singole pattuizioni): la forma, come recita la rubrica dell'art. 35 c. cons., che si ha allorquando *tutte* o *talune* clausole del contratto sono proposte al consumatore *per iscritto*. Le altre, rispettivamente, per «il semplice contatto fra professionista e [cliente]»<sup>33</sup> e come supporto (o congegno) veicolante un diritto riconosciuto *ex lege* al consumatore.

#### 4. Il neoformalismo tra novità legislative e modifiche *in itinere*.

Orbene, in forza del presupposto che il trittico descritto vale più e meglio del lemma 'procedimento' ad orientare l'interprete<sup>34</sup>, non si può dire che le plurime riforme legislative, apparse di recente, abbiano contribuito a mutare (o financo ad opacizzare) i termini, fin qui prospettati, del problema.

In prima battuta, infatti, continua, una *policy*, spesso simile a quella del formalismo cambiario, di rappresentazione del documento cartaceo o elettronico come unico titolo di *legittimazione* contrattuale: un documento sempre più innervato di *espresse* formalità del *testo* escludenti ogni tipo di integrazione *ab extra* (art. 72, comma 4 e 72-bis, comma 3 c. cons.; artt. 117, comma 6, 125-bis, comma 5 t. un. bancario; art. 40, comma 1 c. tur.)<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Lo fa notare, finemente, GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 576. Ma anche JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 2003, 48 s. distingue tra *forma* (quale rappresentazione documentale della regola contrattuale) e *formalismo*, proprio invece di una pluralità di manifestazioni (antecedenti, coeve o successive alla stipula).

<sup>34</sup> Nel senso, a mo' di ulteriore chiarimento, che la nozione di procedimento serve a descrivere plasticamente la cornice costante della «sequenza formativa contrattuale» (così BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, cit. II, 349), punteggiata di atti e comportamenti, che, se prodromica all'accordo, è sostitutiva delle trattative, mentre, ove succedanea, scandisce l'esecuzione. E trattasi, è vero, di atti e comportamenti provvisti «di pari dignità e rilevanza» (così CESÀRO, *La forma non del contratto, ma del procedimento contrattuale*, cit. 313). Ciò nondimeno permane il modo di isolare (od enucleare) una «dimensione statica del contratto» (cfr. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*) rispetto alla quale ragionare di *vestmentum*. Sicché, se esatto evidenziare come, nell'ottica dinamica del procedimento, il contratto è termine compendioso agglutinante dichiarazioni e condotte, «distinte ed autonome le une dalle altre», ciascuna di esse «punti di riferimento per l'applicazione di un contenuto e di una forma» (cfr. CESÀRO, *op. ult. cit.* 314), si dovrà riconoscere che è ancora concettualizzabile un ruolo della forma rispetto alla classe dei contratti asimmetrici.

<sup>35</sup> Quindi un particolare formalismo del *testo*, se per tale deve classicamente intendersi il prescrivere, rispetto ad un certo re-

<sup>28</sup> Nell'ipotesi di contratti a distanza e per quelli negoziati fuori dei locali commerciali.

<sup>29</sup> Nel qual caso il periodo di recesso inizia a decorrere dal giorno in cui il consumatore riceve il formulario, per poi estinguersi quattordici giorni dopo. V. art. 73, comma 4 c. cons. e 10, § 2 dir. 2011/83.

<sup>30</sup> Come messo in risalto da CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*. Prefazione all'edizione italiana dei *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001, XXVI.

<sup>31</sup> V. anche VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 875.

<sup>32</sup> Il rilievo è di SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit. 654.

com'anche ogni specie di consapevolezza insorta *aliunde* (art. 6, § 6 dir. 2011/83/UE)<sup>36</sup>. Da cui poi il risultato di un'analitica dei formalismi -dalle denominazioni obbligatorie (artt. 118, comma 2, e 124, comma 2 t. un. bancario)<sup>37</sup> ad una letteralità intangibile (artt. 8, § 2 e 6 dir. 2011/83/UE)<sup>38</sup> - che asurge sempre più a criterio distintivo legale della ponderatezza di ciascun consumatore (nel contrarre) e di univocità (dell'operazione economica), fino all'immagine di un *consenso* che si reputa inesistente se il professionista non rispetta certe prescrizioni di legge<sup>39</sup>.

Nuovo, è vero, risulta invece il bando di tutte quelle formalità endoprocedimentali, non innominate ma *atipiche*<sup>40</sup>, incorporanti una presunzione di consenso, giudicate sospette di un'abusività *iuris et de iure* perché occultanti una sorpresa *nel* contrattare. E quanto dispone l'art. 22 della nuova direttiva 2011/83<sup>41</sup>, sul divieto di un consenso, riguardo a prestazioni accessorie, dedotto per il tramite di 'opzioni prestabilite', è emblematico: se è vero che i riquadri già contrassegnati *on line*, che il consuma-

golamento, «requisiti di speciale osservanza attinenti al testo» (così LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 30) in quanto dominato, col sigillo di una nullità per le pattuizioni di rinvio agli usi, dalla logica della clausola 'espressamente prevista'. Quindi una 'forma espressa' che, è bene ricordarlo, è altro dal requisito della forma scritta, essendo solitamente domandata, già nella trama codicistica, per ipotesi edittali ben definite (artt. 797, 1268, 1456 e 1937 c.c.), rispetto alle quali è bandita qualsiasi illazione implicita.

<sup>36</sup> Secondo cui, se il professionista non assolve agli obblighi informativi in tema di spese aggiuntive, costi elencati alla lett. E e spese di restituzione dei beni, ov'anche il consumatore ne sia diversamente venuto al corrente, non dovrà sostenerle.

<sup>37</sup> Che si tratti, come nella prima disposizione, di comunicare al cliente una modifica unilaterale, affidandola a modalità «contenenti in modo evidenziato la formula 'Proposta di modifica unilaterale del contratto'» ovvero, come nel secondo caso, di informare mediante il modulo intitolato 'Informazioni europee di base sul credito ai consumatori'.

<sup>38</sup> Rubricato significativamente 'requisiti formali per i contratti a distanza', l'art. 8 ha cura di statuire che, nel caso di contratti a distanza conclusi mediante siti *web*, ove l'inoltro dell'ordine implichi l'azionare un pulsante, questo dev'essere corredato di una dicitura, «facilmente leggibile», riportante soltanto le parole 'ordine con obbligo di pagare' ovvero «una formulazione corrispondente inequivocabile». Ed anche le informazioni sul recesso possono venire fornite mediante delle istruzioni tipo, contenute nel formulario di recesso, sintetizzate alternativamente in ben cinque stringhe lessicali precostituite. V. Allegato I, parte A, lett. a - e.

<sup>39</sup> V. art. 8, § 2, ultima parte dir. 2011/83/UE, secondo cui «se il professionista non osserva il presente comma, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine» (c. vo aggiunto).

<sup>40</sup> Giacché pur sempre interne ad un procedimento formativo foggiate *ex lege*: v. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, cit. 368.

<sup>41</sup> Rubricato 'Pagamenti supplementari', ma che assai meglio l'art. 31 della prima Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (COM 2008 - 614) includeva nella 'prescrizione di trasparenza delle clausole contrattuali'.

tore ha l'onere di rifiutare, onde sottrarsi ad un 'pagamento supplementare', nient'altro sono che dei segni (o dei *verba*) standard azionanti, se non esclusi, una disciplina di favore per il professionista. Seppur nuova non si può però parlare di una tecnica sparigliante: la pratica di un consenso del consumatore, da acquisirsi in modo documentalmente esplicito e distinto per ogni contratto, con divieto per conseguenza di *relatio* e dello schema *opt-out*, già si rinviene infatti nel corpo degli artt. 125-*bis*, comma 3 t. un. bancario (espressamente) e 77, comma 1 c. cons. (implicitamente)<sup>42</sup>. Il tutto, beninteso, sempre nell'ottica privilegiata di un «sistematico rimodellamento» e/o «integrale rifacimento della regola negoziale»<sup>43</sup>.

Emerge così, da quanto precede, che l'attuale sistema del formalismo contrattuale vive di una pluralità di tecniche conformative, per un verso desoggettivanti l'affare e per l'altro attributive della qualificazione<sup>44</sup>: assai più perciò, come invece si è scritto, di «una descrizione puntuale di «oggetto, modalità e tempi dell'informativa»<sup>45</sup>. Ma, in questa ridda di copie (del contratto firmato: art. 7, § 2 dir. 2011/83), di materiali illustrativi elettronici o telematici (parificati all'opuscolo cartaceo: art. 38, comma 3 c. tur.) e financo di clausole separate (art. 72, comma 6 c. cons.), non tutto -stando anche ad un ultimo *dictum* della Cassazione<sup>46</sup>- è davvero *forma* del contratto. Come, dalla disamina separata di talune figure (o vicende), si cercherà di far risaltare.

## 5. Il disposto ambiguo dell'art. 35 c. tur.

Intanto la forma *ad substantiam* come descrizione di un atto, forma cioè quale onere bilaterale prevista in ragione (o in funzione) degli effetti dell'atto. La si scorge, quanto ai contratti di multiproprietà, per quelli relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine nonché per i contratti di rivendita (e di

<sup>42</sup> Quanto ai contratti accessori a quello di multiproprietà o ad un prodotto per le vacanze di lungo termine.

<sup>43</sup> Così, elegantemente, SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 418.

<sup>44</sup> Per un formalismo che qualifica v. già, nella dottrina francese, FLOUR - GHOZI, *La convention sur la forme*, in *Deffr.*, 2000, 926.

<sup>45</sup> Così RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. impr. Europa*, 2011, 762.

<sup>46</sup> Si allude a Cass. 26 maggio 2011, n. 11600, in *Foro it.*, 2011, I, 2336 ss., la quale ha escluso che, in un contratto di mediazione, l'utilizzo di moduli o formulari non previamente depositati in copia -secondo quanto disposto dall'art. 5, comma 4, l. n. 39 del 1989- renda nullo il contratto per difetto di *forma* (c. vo aggiunto).



scambio) nell'art. 72, comma 1 c. cons. (che in nulla, *prima facie*, ha innovato la formulazione originariamente riservata, dall'art. 71, comma 1, al solo *timesharing* immobiliare), nell'art. 125-*bis* (in tema di credito ai consumatori), ma non nel nuovo disposto dell'art. 35, comma 1, c. tur.

Vero, infatti, che è stato soppresso quel rimando alla sottoscrizione meccanica che si leggeva, per effetto dell'equipollenza tra il 'timbrato' ed il 'sottoscritto'<sup>47</sup>, nel precedente art. 85, comma 2 c. cons.: da cui il doversi escludere che l'obbligo di consegnare al consumatore una copia del contratto possa -d'ora in poi- venire attuato con un documento recante il timbro e non la sottoscrizione autografa del venditore (o dell'organizzatore). Epperò, nonostante il contrario avviso della giurisprudenza<sup>48</sup>, non sembra che la nuova *littera legis* valga -ragionevolmente- a sovvertire le stringenti obiezioni, opposte da subito, ad un atteggiarsi di questo speciale requisito di forma -informativa<sup>49</sup>- come presupposto di validità del contratto turistico<sup>50</sup>. Da

<sup>47</sup> Un'equipollenza, per altro, già comunitaria, se è vero che l'art. 4, § 1 dir. 90/314/CEE ragiona di una redazione «per iscritto o in qualsiasi altra forma appropriata» (ed il § 2, lett. B di clausole che sono tutte enunciate per iscritto o in ogni altra forma comprensibile e accessibile). V. MALAGOLI, *Il nuovo codice del turismo: contenuti e garanzie*, in *Contr. impr. Europa*, 2011, 813 ss.

<sup>48</sup> Per altro tutta di merito e non sempre davvero istruttiva (*seu probante*). Ben strutturata, ancorché non condivisibile, è Trib. Bari, 27 luglio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2872 ss. e, seppure con una motivazione più succinta, Trib. Treviso, 4 aprile 2004, in *Dir. tur.*, 2004, 106 ss. Viceversa in Trib. Bari, 8 agosto 2000, in *Foro it.*, 2001, 2089 ss., sebbene la si citi con grande frequenza, il passaggio su di una forma richiesta *ad essentiam* è contenuto in un lungo *obiter* (atteso che la questione non era stata eccepita tempestivamente né la si ritenne rilevabile officiosamente). E, si prenda nota, neanche può dirsi che questi *dicta* siano accomunati dallo stesso percorso argomentativo. E' il primo comma dell'art. 1418, quindi una nullità virtuale diretta a rimuovere le asimmetrie informative, che compendia il colto periodare di Trib. Bari, 27 luglio 2005, cit.: mentre, nella prima decisione, la nullità scaturisce dall'art. 1418, comma 2, per effetto di un richiamo al combinato disposto de gli artt. 1325 n. 4 e 1350 n. 13.

<sup>49</sup> Il neologismo si deve noyotamente a DE NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, Milano, 1996, 368.

<sup>50</sup> Con una chiosa (non di dettaglio). É abituale trovare scritto che l'(abrogato) art. 85 non è apparentabile ai casi di cui all'art. 1325 n. 4 c.c. perchè difetta un'espressa statuizione della nullità. Epperò, la replica è pleonastica, da tempo si è messo in rilievo che, allorchando lo scritto è davvero funzionale alla tutela della parte debole del contratto - per es. gli artt. 2096 e 2125 c.c.- «è ragionevole dedurne una forma *ad substantiam*» (v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica - Zatti, Milano, 2001, 245 s.). Sicché l'argomento, di per sé, non regge. Di recente si è poi sostenuto che la nullità sarebbe da escludere perché il difetto di forma *ad substantiam* potrebbe, per il professionista scorretto, costituire un modo obliquo per sottrarsi al risarcimento dei danni. Ma anche questo rilievo è controvertibi-

cui poi, nella prospettiva di chi invece così ragiona, l'azionarsi o di una nullità di protezione, virtuale e relativa (in quanto iscritta nel disposto dell'art. 1418, comma 1 c.c.) o di una comune nullità di struttura (perché tipicamente riconducibile al disposto dell'art. 1418, comma 2) ma unidirezionale, non potendosi riconoscere una legittimazione dell'organizzatore (o del venditore) che abbia dato causa al vizio<sup>51</sup>.

Come già si diceva a margine dell'art. 85, non c'è infatti, nell'intero articolato disciplinante *ex novo* i pacchetti turistici (artt. 32 - 51 c. tur.), una sola disposizione che alluda o lasci intuire il delinearci di una forma *ad substantiam*<sup>52</sup>. Neanche, verrebbe da aggiungere, del modello -anomalo epperò *in subiecta materia* destinato a mostrarsi oltremodo significativo- che si legge nell'art. 6 del dlgs. 286/2005, quanto alla forma del contratto di trasporto di merci su strada, secondo cui, in difetto *anche* di uno degli elementi prescritti dalla legge (lett. a - e-*bis*, comma 3), il contratto, quantunque redatto per iscritto, «*si considera non stipulato in forma scritta*». Manca d'altronde, nell'ottica di una *forma veste*, qualsiasi richiamo alla firma del consumatore: e, quando il contratto riporta una sola sottoscrizione, fatta eccezione per il caso della formazione giudiziale dei contratti solenni, non si ha una scrittura privata ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 2702 c.c.

Poi, sulla premessa però di una discutibile riscrittura del rapporto tra regole di validità e regole di comportamento, può esser vero che la stipula informale di un contratto turistico cela un comporta-

le: per l'elementare (ma decisiva) ragione che le nullità di protezione, a voler sussumere l'art. 35 in quell'ambito, in quanto unilaterali, cioè «causate da una parte e subite dall'altra» (così CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa. dir. priv.*, 2010, 29 s.), implicano una responsabilità risarcitoria a motivo dell'agire abusivo del professionista: quindi a mo' di costante tipica, con un concorso cioè operante pure nei casi in cui la legge non lo disponga espressamente. Quanto poi alla notazione che fa leva sull'uso del vocabolo 'redatto' anziché 'stipulato', sorvolando sul fatto che il binomio 'redatto - nullità' figura pure nell'art. 72, comma 1 c. cons., non la si può certo assumere come decisiva. Un'osservazione del genere postula infatti un affidamento, sul grado di finezza tecnica del legislatore contemporaneo, molto difficile, per la verità, da ammettere. V., in luogo di tanti, BELVEDERE, *Le definizioni del testo unico bancario*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, V., 3211 ss.

<sup>51</sup> Per la prima interpretazione v. GABRIELLI - ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Agg., IV, Torino, 2000, 244; SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 2003, 410 s. e MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit. 225, mentre mostra di preferire la seconda CALVO, *Contratti e mercato*, Torino, 2006, 203.

<sup>52</sup> V., in luogo di tanti, ROMEO, *sub art. 85*, in De Cristofaro - Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 673 s.



mento abusivo del professionista esplicitante un esercizio *illicito* della sua libertà contrattuale<sup>53</sup>; con un'illiceità che, in questa logica, diviene predicato non dell'atto ma «nell'atto», mentre la forma vincolata è un *quid* ancipite perché, ad un tempo, regola di redazione (di un atto) e di comportamento<sup>54</sup>. Senonché, di là da quello che più avanti si dirà, soltanto per effetto di un'illusione ottica può confondersi (l'inderogabile) *documentalità* delle informazioni obbligatorie con il *vestmentum* del contratto, quando il diritto europeo ancora bascula tra (tante) *norme imperative* e poche *norme qualificative* (od ordinarie), all'insegna di una inalterata considerazione della singola prescrizione *stricto sensu* di forma come precetto impositivo non di un obbligo ma di un onere<sup>55</sup>. E poi, proprio nella prospettiva di un'interpretazione funzionale della forma, è di abituale riscontro l'asserzione che il binomio *ad substantiam/ad probationem* non vale necessariamente a compendiare la gamma degli interessi che una singola disposizione sulla forma può essere vocata finalisticamente a tutelare. Senza trascurare due dati: a voler davvero ragionare, per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 1325 n. 4 e 1350, n. 13, di forma *ad substantiam*, allora il consumatore dovrebbe avere diritto, com'è nel caso dell'art. 117, comma 1 t. un. bancario, a ricevere un *esemplare* e non una *copia* del contratto: i due sostantivi non sono sinonimi. Quanto poi al fatto (nuovo) che, per il venditore impegnatosi a procurare a terzi, anche telematicamente, un servizio turistico disaggregato, sia pure prescritto l'obbligo di «rilasciare al turista i documenti relativi a questo servizio» corredati della sua firma, «anche elettronica» (art. 35, comma 2), non lo si deve sopravvalutare. Intanto infatti, per come attualmente è formulato l'art. 21 c. amm. dig., con la firma elettronica qualificata o digitale espressamente richiesta nei soli casi di cui all'art. 1350, comma 1, nn. 1 – 12, l'art. 35, comma 2 sarebbe a pieno titolo da annoverare tra gli altri atti specialmente indicati dalla legge (n. 13), per i quali risulta

<sup>53</sup> V. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 11 ss. e 43 (per la citazione).

<sup>54</sup> In quanto «l'adempimento dell'obbligo di forma soddisfa il diritto del consumatore ad una piena informazione»: così Trib. Bari, 27 luglio 2005, cit. E sulla forma come obbligo che viene a refluire in un problema di liceità, *amplius*, di recente DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit. 31.

<sup>55</sup> Un distinguo che, riprendendo quanto densamente detto nel suo lavoro monografico (*Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit. 264 ss.), ha di recente contestato MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle corti di merito*, in *Contr. impr.*, 2011, 16 ss.: ma con argomenti che non riescono a vincere il rilievo tradizionale di qualificazione d'ogni disposizione sulla forma, in quanto norma preposta a configurare la struttura essenziale del negozio, nella classe delle norme di organizzazione, continuando così a leggere separatamente il primo ed il secondo comma dell'art. 1418 c.c.

sufficiente il *quid minus* di una firma elettronica avanzata: se è vero che pure questa *species* di firma, ove sia assicurata l'identificabilità dell'autore, unitamente all'integrità (ed immodificabilità) del documento, ha «l'efficacia prevista dall'art. 2702 del codice civile». Quanto questo, però, potrebbe risultare d'impaccio (o d'intralcio) al negoziare *on line*, è di tutta evidenza: mentre, nell'ottica di una forma informativa, potrebbe rivelarsi consona (*seu adeguata*) una firma elettronica non avanzata.

Quindi, nella cornice di una «procedimentalizzazione»<sup>56</sup>, nulla più di una forma informativa, corredata di una tutela di massima risarcitoria. Una forma peculiare, questo sì, perché qui riferita, nel contempo, al contratto ed all'informazione: e, se proprio si vuole<sup>57</sup>, per questa ragione pure *atipica*. Non anche però, come invece talora si sostiene<sup>58</sup>, una forma *ad probationem*. La novella infatti in nulla avvalorava questa interpretazione: e se è vero che una forma per la prova può essere prescritta anche implicitamente<sup>59</sup>, devesi pure ribadire che non c'è un singolo dato normativo che assoggetti il contratto turistico al regime prescritto per le ipotesi di forma necessaria *ad probationem*: in termini, s'intende, di esclusione della prova testimoniale (fatta salva l'ipotesi della perdita incolpevole del documento: artt. 2724, n. 3 e 2725, n. 1 c.c.)<sup>60</sup> e di quella per presunzioni (art. 2729, 2° co., c.c.). Anche se questo poi non esclude che dall'omissione della forma scritta possa scaturire l'effetto *additivo* di pretermettere l'operare di una certa vicenda. Vista infatti la vincolatività – di tipo per altro *bilaterale*<sup>61</sup> – delle informazioni con-

<sup>56</sup> Così SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti*?, cit. 416.

<sup>57</sup> È l'assunto di ALVISI, *sub* art. 85, in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Franzoni, Torino, 2008.

<sup>58</sup> Così LA TORRE, *Il contratto di viaggio 'tutto compreso'*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 31. In giurisprudenza la questione si è palesata in Cass. 28 novembre 2002, n. 16868, in *Contratti*, 2003, 575 ss.: che ha omesso tuttavia di pronunziarsi in quanto, ad avviso del collegio, si erano prescritti i termini per far valere l'eccezione sull'inammissibilità della prova testimoniale in conformità al disposto dell'art. 2725 c.c.

<sup>59</sup> Sicché è argomentativamente debole sostenere, come pure viene abitualmente fatto, che l'(abrogato) art. 85 non codifica una forma per la prova in quanto non presenta la formula «dev'essere provato per iscritto» o altra equipollente. Semmai è vero che di una prescrizione con finalità probatorie non c'è traccia nel corpo della direttiva (e dei suoi lavori preparatori).

<sup>60</sup> Per l'idea che la perdita incolpevole del documento comprenda pure il caso in cui il documento sia stato smarrito da un terzo pienamente affidabile (cui il documento sia stato consegnato per ragioni apprezzabili), v. Cass., 4 febbraio 2002, n. 3059, in *Arch. civ.*, 2003, 94 e, prima ancora, Cass., 27 febbraio 2001, n. 2906, in *Giur. it.*, 2002, I, 512 ss.

<sup>61</sup> Il che talora sfugge: finendo però così col trascurare che, in mancanza di una prova documentale, non si avrà risarcimento del danno per il consumatore che lamenti l'inadempimento del professionista a degli accordi *verbali* modificativi del pacchetto turistico *-last minute-* in precedenza acquistato. V. G.p. Siena, 3





tenute nell'opuscolo (art. 38, comma 2), va da sé che sarà la preclusione probatoria dell'art. 2725 c.c. a condizionare la rilevanza delle modifiche, unilaterali o pattizie, apportate all'opuscolo contravvenendo alle forme ed ai modi prescritti dalla legge. E lo stesso per la fattispecie di cui all'art. 41, riguardo alla modifica unilaterale -delle condizioni contrattuali- resasi necessaria prima della partenza.

Un'ultima chiosa.

Turista, notoriamente, non è il consumatore puro (art. 3, lett. a) c. cons.), ma la persona fisica (o l'ente collettivo) che intendano usufruire di un servizio turistico, senza che poi abbia un qualche rilievo il fatto che lo scopo in vista del quale il contratto è stipulato esuli o inerisca -pur se solo indirettamente- all'attività imprenditoriale o professionale esercitata da costoro (se "contraenti principali") o dai soggetti nell'interesse ed a vantaggio dei quali il pacchetto turistico vien negoziato. Il turista, in breve, è tutelato non perché consumatore ma in quanto soggetto che intende fruire di determinati servizi<sup>62</sup>. Di talché si registra qui un (distintivo) caso di forma -informativa- del contratto asimmetrico: com'è già, ma per la differente ipotesi di una forma prescritta *ad substantiam*, per i contratti bancari (art. 117 t. un. bancario) e per quelli relativi alla prestazione di servizi d'investimento (art. 23 t. un. finanziario), entrambi notoriamente modellati sulla figura del cliente.

## 6. segue: sul nuovo disposto dell'art. 72, comma 1 c.cons.

Per la dottrina maggioritaria<sup>63</sup>, vigente l'art. 71, comma 1 c. cons., la nullità, comminata per la stipula amorfa di un contratto relativo all'acquisizione di

maggio 2004, n. 2581 (inedita). A meno di non ipotizzare, come pure si è prospettato (v., diffusamente, NUZZO, *Nullità formali e disciplina della prova*, in *Studi in onore di Majello Ugo*, II, Napoli, 2005, 338), un'interpretazione restrittiva (*seu adeguatrice*) dell'art. 2725 c.c., regola seconda rispetto ad una prescrizione di forma vincolata, nel senso che il divieto di prova testimoniale, fatta eccezione per il caso di cui all'art. 2724, n. 3, non trovi applicazione allorquando sia il consumatore a domandare l'esecuzione del contratto.

<sup>62</sup> V., in luogo di tanti, DE CRISTOFARO, *La disciplina dei contratti aventi ad oggetto «pacchetti turistici» nel «codice del turismo» (d. legisl. 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2011, 1444 s.

<sup>63</sup> V., tra gli scritti più recenti, MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, 74 e 165 s.; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit. 218 - 222; DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, 119 (ma superficialmente); FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, cit. 123 e, in precedenza, diffusamente, MARASCO, *Multiproprietà*, in *Contr. impr.*, 2000, 1066 ss.

un diritto di godimento ripartito di beni immobili, era da intendere come una sicura *species* di nullità di protezione: e, nel mutato contesto normativo, complice l'estensione del requisito formale -carta o altro supporto durevole (*cd rom, dvd o pen drive*)- a tutti i contratti a titolo oneroso enumerati nell'art. 69, la qualificazione è stata subito riproposta per l'art. 72, comma 1, letto così come una disposizione vincolistica in quanto e perché servente alla tutela del consumatore<sup>64</sup>. Il risultato, si fa notare<sup>65</sup>, è che, per effetto di questa legittimazione relativa, il professionista non potrà opporre al consumatore, che intenda recedere, la nullità per difetto di forma. Il che però, ed il rilievo *in parte qua* già si poteva ragionevolmente concepire per l'abrogato art. 71, non è del tutto esatto.

Multiproprietà, come una recente sentenza di Cassazione ha provveduto a rimarcare<sup>66</sup>, è termine polisemico, includente una vasta gamma di situazioni giuridiche assai diverse tra di loro: ma quando col termine in questione si allude al contratto costitutivo di una *species*, ancorché anomala, di comunione, allora la forma legale prescritta si giustifica, non foss'altro per l'opponibilità ai terzi del diritto reale<sup>67</sup>, in ragione del prodursi di una vicenda traslativa immobiliare (art. 1350 c.c.). Di talché, per quanto non sia stato inopinatamente riprodotto (l'essenziale) precetto limitante l'utilizzo del termine "multiproprietà" a quando il diritto oggetto del contratto fosse stato «reale» (art. 72, comma 1), è evidente che, per le fattispecie di multiproprietà reale amorfa, dovrà ancora farsi questione di una nullità *assoluta* e non *relativa*: come assoluta, per effetto del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 c.c., è la nullità che affligge il contratto col quale viene (promesso o) trasferito il diritto di multiproprietà senza l'indicazione della quota millesimale di proprietà indivisa dell'immobile ceduto in godimento turnario. Quota che, all'evidenza, rappresenta un *quid pluris* rispetto alla minima descrizione dell'immobile (ed alla sua indicazione) ricompresa, tra le informazioni contrattuali, dall'art. 71 c. cons.<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Così ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, in *Contr. impr.*, 2011, 1231.

<sup>65</sup> Così ZORZI GALGANO, *op. loc. ult. cit. e, seppur incidens*, MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 219.

<sup>66</sup> V. Cass. 16 marzo 2010, n. 6352, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 107 ss., con nota di CANALE, *Nullità del preliminare di multiproprietà senza l'indicazione in millesimi della quota di comproprietà dell'unità immobiliare*.

<sup>67</sup> Lo fa notare GIROLAMI, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, 372 s.

<sup>68</sup> Ed è uno scarto che non deve sorprendere, giusta la considerazione che, mentre il codice del consumo regolamenta tutte le

Risultato: per interpretarlo correttamente l'art. 72 va suddiviso in due sottocategorie, da una parte il contratto di multiproprietà reale, soggetto pure, in termini di inscindibile colleganza, alla disciplina di diritto comune (quindi alla forma dell'atto pubblico di cui all'art. 2643, stante la costitutiva inoperatività dell'art. 1380 c.c.)<sup>69</sup>, dall'altra tutti i restanti contratti, compresa la multiproprietà azionaria e quella alberghiera, menzionati dall'art. 69 (ll. b- d), che reali non sono. Col duplice corollario, in un contesto ove, per effetto dell'art. 72, comma 4, le informazioni precontrattuali sono *parte integrante* del contratto<sup>70</sup> e gli elementi necessari *di questo* sono elencati nelle lettere a - b (art. 72, comma 5), :

-di una forma scritta, se si ragiona di un contratto di multiproprietà reale, nel senso di un atto pubblico (o di una scrittura privata) quale requisito sufficiente (ma anche necessario) delle clausole principali<sup>71</sup>; donde una nullità *assoluta* quando l'oggetto o la causa di questo contratto risultino sprovvisti del *vestmentum* necessario<sup>72</sup>;

-di una nullità di protezione viceversa, questa sì di complemento ad una forma *ad substantiam* dettata nel precipuo interesse del consumatore, per i casi del contratto (*obligatorio*) relativo ad un prodotto per vacanze di lungo termine, di rivendita e di

ipotesi di multiproprietà, la Cassazione si interroga su quali siano i criteri identificanti la sola multiproprietà reale.

<sup>69</sup> E, quanto al recesso, v. *infra* § 8.

<sup>70</sup> V., *infra*, § 7.

<sup>71</sup> V., in tal senso, già DE CRISTOFARO, *Contratto di timesharing: attuata la direttiva comunitaria*, in *Studium iuris*, 1999, 609. Col risultato, allora, che non *tutte* le clausole, financo perciò le accessorie, sebbene da farsi necessariamente *per iscritto*, dovranno invece avere *forma scritta*. Ragionare diversamente, nonostante faccia difetto una qualche prescrizione normativa che lasci adombrare questo, avrebbe d'altronde l'effetto di rimettere in discussione la classica regola, non soltanto dottrinale, secondo la quale il binomio contenuto minimo/effettivo, pur se con molte *nuances*, «ha valore esclusivamente dal punto di vista della disciplina della forma»: così GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, 14<sup>a</sup> ed., Napoli, 2009, 921. In giurisprudenza, tra le tante, v. Cass. 8 agosto 2002, n. 11934, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3081 ss. (necessità della determinazione degli *essentialia negotii* in un contratto di iscrizione scolastica) e Cass., 27 febbraio 2008, n. 5197, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 958. Per una disamina, di recente, v. anche PAGLIANTINI, *sub art. 1350*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta - Orestano, Torino, 2011, T. 2, II, 63 - 66.

<sup>72</sup> Sicché, rispetto alle cd. clausole accidentali, varrà il formulario: cioè il *minus* di una redazione per iscritto, su carta o su altro supporto durevole, senza il corredo di una sottoscrizione autografa. Quindi anche a mo' di un documento confezionato per iscritto trasmesso al consumatore dopo la stipula del contratto. V. in precedenza, diffusamente, DE CRISTOFARO, *Contratto di timesharing: attuata la direttiva comunitaria*, in *Studium iuris*, 1999, 609. Quanto alla nullità, rispetto ad una clausola essenziale, v. Trib. Reggio Emilia, 25 gennaio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3151 ss. e Trib. Rovigo, 10 marzo 2011, inedita, ambedue quanto all'indeterminatezza del cd. certificato di associazione.

scambio. Contratto che dev'essere redatto *per iscritto* e non *farsi* per scrittura privata: di talché contratto nullo ogni qualvolta le sue clausole principali difettino di una confezione scritta o siano carenti di un grado minimo di determinabilità<sup>73</sup>. Ma, questo il distinguo di rilievo, contratto *valido* se quelle stesse clausole principali, dall'oggetto al prezzo, per quanto non riprodotte nel regolamento contrattuale<sup>74</sup>, dovessero risultare scritte *perché* figuranti nel formulario informativo. Quel formulario che, stando al facsimile allegato alla direttiva 122/2009, presenta, per di più soltanto a mo' di conferma di ricezione delle informazioni<sup>75</sup>, la sola sottoscrizione autografa del consumatore.

E del resto che, per quanto sofisticata, sia questa la sola interpretazione possibile, lo si evince dalla formulazione, altrimenti oscura, dell'art. 73, comma 4, nella parte in cui si fa decorrere il termine ordinario per recedere dal momento del rilascio del formulario (o di un altro scritto integrativo equipollente) ove questi vengano trasmessi al consumatore nei tre mesi susseguenti alla stipula del contratto. Ipotesi che evidentemente postula un'integrazione documentale successiva, ammissibile se trattasi di un contratto obbligatorio, non quando si abbia invece una fattispecie di multiproprietà reale, quanto alle sue clausole essenziali. Da intendersi infatti come nulle, e senza che una documentazione successiva possa esplicitare un'efficacia sanante *seu* convalidante (art. 1423 c.c.), nel caso non figurino, fin dall'inizio, in un documento recante la sottoscrizione di pugno di ambedue i contraenti<sup>76</sup>. Diversamente si dovrebbe infatti riconoscere -ma sulla scorta di quali argomenti? - che l'art. 73, comma 4 fa eccezione alla regola -consolidata- che vuole l'integrazione successiva del requisito formale ammessa per la sola forma *ad probationem*<sup>77</sup>.

Una piccola chiosa.

<sup>73</sup> V. Trib. Trieste, 27 settembre 2007, *Foro it.*, 2008, I, 1342 ss. e, prima ancora, Trib. Firenze, 16 marzo 2008, in *Foro tosc.*, 2008, 29 ss., sulla scorta del corretto rilievo che l'attuale prassi -semplice menzione della settimana di godimento, variabile nell'anno solare- non consente di comprendere il periodo di durata e la data dalla quale il consumatore si trova nella condizione di esercitare il proprio diritto.

<sup>74</sup> V. *infra* § 7, sub lett. B.

<sup>75</sup> Quindi alla stregua di un'attestazione di ricevimento delle informazioni prescritte dalla legge.

<sup>76</sup> V., in luogo di tanti, i succosi rilievi di SATTA, *Come si firma e si forma un contratto*, in *Quaderni del processo civile*, III, Padova, 1970, 104 s.

<sup>77</sup> Sintomatico quanto si legge, ma il censimento delle massime così orientate è assai pingue, in Cass. 19.11.2001, n. 14530, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 83 nonché, per il caso dell'ammissione concorde delle parti, Cass., 19 aprile 1996, n. 3722, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1326. In dottrina già SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 383.





Che sia assoluta o relativa, non si tratta per altro di una nullità impediente il concorrente operare del diritto di recesso: rimedio sì più snello e pratico di un accertamento giudiziale (art. 1421 c.c.), ma col limite di estinguersi irretrattabilmente decorsi tre mesi e quattordici giorni dalla stipula (o dalla ricezione) del contratto (art. 73, comma 3, lett. b). Sicché, dettaglio non trascurabile, l'inutile decorrenza del periodo, seppur postergato, di recesso non potrà esser scambiata (o intesa) per una «sanatoria della causa di nullità»<sup>78</sup>.

**7. Cinque *quaestiones* in tema di forme modulo: le prime due (artt. 71, comma 1 e 72, comma 4) tra integrazione automatica ed efficacia sostitutiva del formulario.**

Nell'area della forma-modulo, quale strumento rimediabile di contrasto all'asimmetria informativa, ben cinque sono le innovazioni sostanziali, sempre per altro nella prospettiva di una *situazione complessiva* che conforma per singoli tipi di operazione economica l'obbligo informativo<sup>79</sup>, a meritare una particolare attenzione. E, «sul versante dei rimedi», il panorama è meno avaro di quanto *prima facie* è potuto sembrare<sup>80</sup>.

La prima.

a) Per effetto del nuovo art. 71, significativamente rubricato «informazioni precontrattuali», si introduce un obbligo informativo infungibilmente vincolato adesso anche nel *quomodo*, col latinetto ad esprimere un foggarsi delle dichiarazioni che, per quanto non riproduca l'antica veste dei *verba solemnita*<sup>81</sup>, mostra però di voler costitutivamente legare l'univocità dei rapporti contrattuali di massa all'uso di stereotipi linguistici e di standard topografici. Il documento informativo, che si leggeva nell'originario art. 70, è stato infatti sostituito da dei formulari standard ricompresi rispettivamente nell'allegato II-*bis* (nel caso di contratto di multi-

proprietà), II-*ter* (per i contratti relativi a un prodotto per le vacanze di lungo termine), II-*quater* (nell'ipotesi di un contratto di rivendita) e II-*quinqüies* (per il caso di un contratto di scambio). Dunque una sequenza di moduli, su carta o altro supporto durevole, rilevante ad un tempo come parametro analitico di misura (della legalità di un agire) e quale antecedente necessario (ma anche) sufficiente di trasparenza della singola operazione economica. È al catalogo delle informazioni, elencate nella parte terza di ciascun formulario (art. 71, comma 1, ll. a, b, c e d) che la legge, infatti, continua ad affidare una strategia di confronto e controllo delle singole offerte commerciali. E di questa strategia, se è il consumatore il «soggetto attivo di mercato» vocato a sollecitare *ex ante* comportamenti concorrenziali, le *formalità* dell'art. 71 sono parte integrante, impersonando la tecnica modale attraverso cui si procedimentalizza l'attività negoziale dell'impresa.

Per di più, ovviando al paradosso pregresso di un documento informativo che, non dovendo necessariamente precedere la stipula del contratto, poteva anche venire consegnato all'atto della conclusione, il nuovo art. 71, comma 1 rinnova sì l'obbligo di una realtà documentale ma che adesso deve adempersi «in tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta». Sicché l'informazione precontrattuale, con uno schema replicato dalla direttiva 2011/83/UE per il caso dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali e per quelli a distanza (art. 6)<sup>82</sup>, davvero sembra *proceduralmente*<sup>83</sup> collocarsi in uno spazio temporale ancillarmente prodromico al formarsi di un contratto - supposto per ciò stesso come responsabile<sup>84</sup> - del consumatore.

La seconda: la più pregnante.

b) Ai sensi dell'art. 72, comma 4, le informazioni precontrattuali formano «parte integrante e sostanziale» del contratto: di talché scompare una delle maggiori incongruenze della normativa italiana, se è vero che l'abrogato art. 71 non riconosceva al documento informativo la qualità di *pars* integrativa (della fattispecie contrattuale), ingenerando così un

<sup>78</sup> Così già, con riferimento alla normativa abrogata, CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratta. dir. comm. e pubbl. econom.*, diretto da Galgano, Padova, 2005, 278. Per quanto potrebbe anche farsi plausibilmente notare che, ai fini di un iniziale decorrere del periodo di recesso, serve che il contratto sia stato *validamente* stipulato. E, laddove questo sia nullo, «manca il presupposto stesso ... perché possa iniziare a decorrere il termine ... [di recedibilità]»: così DE CRISTOFARO, *Contratto di timesharing: attuata la direttiva comunitaria*, cit. 612.

<sup>79</sup> Per il sintagma *situazione complessiva*, stipulativamente indicativo della cornice fattuale connotativa che «fa da quadro e contesto a ogni singolo contratto», v. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti ?*, cit. 419.

<sup>80</sup> Così MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. 211.

<sup>81</sup> «Solennità rituale» è l'elegante formula che si legge in BRECCIA, *La forma*, cit. p. 476.

<sup>82</sup> E riscontrabile, d'altronde, già nell'art. 67-*undecies*, comma 1 c. cons. (quanto alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori) e nell'art 124, comma 1 t. un.bancario (riguardo ai contratti di credito ai consumatori).

<sup>83</sup> Sul significato che attualmente questa espressione parrebbe far registrare v. *infra* Postilla.

<sup>84</sup> Nel senso che, «se non si scrive per formule precostituite il diritto [dei consumi e/o dei rapporti d'impresa] non t'ascolta» (v. SPADA, *La fase costitutiva dell'impresa*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, IV, Milano, 1990, 15. Ma v., più diffusamente, *infra* nella Postilla).

coarcevo di equivoci e di letture dissonanti<sup>85</sup>. È vero che, per ovviare all'*impasse*, l'interprete italiano poteva utilmente servirsi dell'art. 70, comma 3, laddove contemplava un'immodificabilità unilaterale, all'atto della stipula del contratto, di uno (o più) degli elementi del prospetto informativo: da cui poi quella vincolatività delle informazioni precontrattuali se non si voleva, come puntualmente rilevato<sup>86</sup>, privare questo terzo comma di un qualche utile senso. Epperò la nuova lettera dell'art. 72, comma 4 ha il pregio di cancellare qualsiasi genere di dubbio: e, con un *modus operandi* che significativamente ricalca quello dell'art. 1339 c.c., si assiste all'originale formalizzarsi di una vera e propria *integrazione automatica* del formulario, col qualificativo ad indicare un'integrazione operante *anche* in assenza -di qui delle informazioni omesse che 'sono di diritto inserite nel contratto'- e *non solo* 'in sostituzione delle clausole difformi'<sup>87</sup> -si pensi ad un prezzo più elevato, ad un immobile diversamente individuato oppure ad un altro assetto dei servizi e/o delle strutture comuni- eventualmente apposte dal professionista. Il che, per evidenti ragioni di coerenza sistematica, spazza via quel rimedio di un recesso prorogato a tre mesi, per il caso in cui il contratto non avesse riprodotto certi elementi del documento informativo, contemplato dal vecchio art. 73, comma 2: unitamente, questa la vera *differentia specifica*, al preteso operare, come dai più sostenuto<sup>88</sup>, di una (concorrente) nullità relativa. La quale, per la verità, già era claudicante, nella più plausibile prospettiva di una tutela risarcitoria, a motivo dell'alternativo riconoscere al consumatore del diritto di domandare, per la violazione degli obblighi informativi, il *risar-*

*cimento in forma specifica*<sup>89</sup>. Pur, sia detto per inciso, nel convincimento che l'incompletezza del contratto non stia di per sé a significare una volontà contraria delle parti. Le quali comunque, non hanno *di fatto* pretermesso l'informazione.

Certo, sarebbe esatto obiettare che la legge, diversamente da quanto dispone l'art. 1339 e proprio perché qui non c'è una pre - costruzione cogente del contratto, riconosce una vincolatività alle clausole *difformi* nel caso queste siano state espressamente convenute ovvero, pur quando esse risultino effetto di una *variatio* unilaterale, ogni qual volta si siano rese oggettivamente necessarie (art 72, comma 4, *in fine*)<sup>90</sup>. Tuttavia, se ciò è vero, neppure potrà negarsi che adesso, in ragione del nuovo art. 72, comma 4,

-per il caso di una difformità tra formulario e contratto, onde più responsabilizzare il professionista, si ha un formulario 'parte sostanziale' che scaccia *ex se* dal regolamento le clausole divergenti, con una tutela del consumatore espressa così in via diretta e non più per il medio dell'interpretazione che gli sia più favorevole (art. 35, comma 2 c. cons.)<sup>91</sup>. Mentre

-nella diversa ipotesi di una o di omissioni plurime, proprio per l'esservi un formulario predicato di un'espressa efficacia sostitutiva della clausola difforme, dovrà *a fortiori* riconoscersi che a questo documento pertiene anche il *minus* di una funzione «meramente suppletiva»<sup>92</sup>. Non solo infatti, rispetto a questa lacunosità, neanche è prospettabile l'argomento di una «volontà negoziale che sul punto regolato [dal formulario]» potrebbe essersi *ex contractu* determinata diversamente<sup>93</sup>, se è vero che la legge riconosce una valenza impeditiva alla sola volontà contraria che *in positivo*, con modalità espresse ed *ex ante* (art. 72, comma 4, ultimo cpv.), si sia manifestata altrimenti: ma c'è pure da tener conto del fatto che, per l'essere espressione di un temperamento tra l'interesse del consumatore e quello del professionista, la conformazione informativa del formulario finisce coll'atteggiarsi *ex lege* col giusto livello di informazione. Sicché neanche si potrà obiettare, ammettendo che il formulario agisce da

<sup>85</sup> Gli uni e le altre spesso anche difficili da ricomporre razionalmente. V., per un campionario aggiornato, BARENGHI, *Godimento a tempo parziale di immobili, in I contratti di utilizzo dei beni*, a cura di Cuffaro, Torino, 2008, 533 - 536.

<sup>86</sup> Specialmente da DE CRISTOFARO, *Contratto di timesharing: attuata la direttiva comunitaria*, cit. 608.

<sup>87</sup> La prospettiva -parallela- di norme imperative operanti, in assenza di una pattuizione contraria, in funzione suppletiva è già in CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, 106 s. e, diffusamente, in SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, 107 ss., secondo la nota impostazione che vuole l'art. 1339 iscritto nell'area dell'integrazione (v., per tutti, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 52). Ma, dopo lo spunto, già espresso nella prima edizione dell'opera, di SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1975, 867 (secondo cui la norma imperativa si applica «anche quando le parti hanno taciuto»), la riflessione critica più meditata si legge in GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993, 499 ss. ed in DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, rist. 2007, 14 s.

<sup>88</sup> V., *inter alios*, CALVO, *I contratti del consumatore*, cit. 277.

<sup>89</sup> Così diffusamente, in una prospettiva rimasta però isolata, AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, 152 ss. E v. *infra*

<sup>90</sup> Ma alla condizione anch'essa riformata, accanto ad (un'ovvia) informazione preventiva al consumatore, per iscritto o su altro supporto durevole facilmente accessibile., di riportare tali modifiche nel corpo del contratto con una *indicazione espressa* (art. 72, comma 4, ultimo cpv.).

<sup>91</sup> Per di più postulante il ricorrere di un dubbio. Così, rispetto alla normativa pregressa, DE CRISTOFARO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>92</sup> Così GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, cit. 506 e, di recente, FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, 49.

<sup>93</sup> Cfr. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*



fonte suppletiva, che l'integrazione finisca così per «attribuire arbitrariamente ad una misura di tutela minima», per il consumatore, «il ruolo ben diverso di soluzione» massima<sup>94</sup>: se l'informazione *de qua* è, in realtà, *l'unica* consentita. Donde il duplice (corposo) risultato, nonostante l'incompletezza *prima facie* del testo contrattuale, di un formulario

-agente, se regolarmente confezionato, da fatto impeditivo, proprio in termini *stricto sensu* preclusivi, l'inverarsi di una nullità relativa per incompletezza informativa, come in precedenza dai più invece opinabilmente si voleva nel caso il termine, seppur lungo, di recesso fosse inutilmente scaduto (art. 73, comma 2)<sup>95</sup>; e, ove dovesse mostrarsi regolare anche ai sensi dell'art. 1346 c.c.,

-pure rilevante alla stregua di una «norma suppletiva implicita» escludente la nullità assoluta del contratto. Quella nullità che, meccanicamente, dovrebbe invece operare per via della regola disposta dall'art. 1418, comma 2 c.c. Si pensi, ma le due ipotesi hanno un carattere soltanto esemplificativo, agli estremi del permesso di costruire (*seu* di altro titolo edilizio) ovvero all'indicazione precisa del periodo entro il quale il diritto è esercitabile (ed alla sua esatta durata)<sup>96</sup>.

Insomma, valorizzando l'attitudine di *certi* cataloghi informativi a conformare la struttura del contratto nei termini di un contenuto predeterminato, una «traiettoria operativa che ricalca il classico schema dell'integrazione del regolamento contrattuale»<sup>97</sup>.

## 8. La terza, preceduta da una micro - appendice sull'art. 6, § 5 della direttiva 2011/83/UE: epitaffio per la nullità virtuale di protezione?

Il che induce ad una piccola chiosa.

Con un suggestivo parallelismo, la formula di un catalogo informativo, parte integrante del regolamento e modificabile per il solo tramite di un accordo espresso delle parti, è ripetuta dalla direttiva 2011/83 quanto ai contratti a distanza ed a quelli negoziati fuori dei locali commerciali (art. 6, § 5). Il che fa registrare anche qui una *forma - modulo* la quale, per il fatto di incorporare delle informazioni precontrattuali automaticamente riversate nel contenuto del contratto, concorre ad individuare la *lex contractus*, restringendo simmetricamente il perimetro operativo di una nullità virtuale per contrarietà a buona fede<sup>98</sup>: che così pare proprio, per il mutato modo di intendere l'intima connessione tra contratto e documento che lo precede<sup>99</sup>, destinata a divenire, in un ampio comparto dei rapporti di consumo, una formula recessiva. Gli è infatti che, pure a volerla ammettere, una nullità virtuale di protezione è messa repentinamente fuori gioco da una norma che, a monte, faccia di un prospetto informativo il *quid consustanziale* al regolamento contrattuale: per l'elementare ragione che l'art. 1418, comma 1, contempla pur sempre una nullità salvo che la legge disponga diversamente. Ed il combinato disposto degli artt. 72, comma 4 e 6, § 5, nel dare corpo al «trascolorare dell'oggetto dell'informazione in vera e propria promessa»<sup>100</sup>, introduce una *deroga espressa*<sup>101</sup>. Al punto, verrebbe da aggiungere, che,

<sup>94</sup> Così GABRIELLI, *op. ult. cit.* 507 e 509 (per la citazione che segue).

<sup>95</sup> Nel caso, giacché si trattava di un'incompletezza *selettiva*, il contratto non avesse riportato, quanto agli elementi del documento informativo, quelli indicati nelle ll. A, B, C, D n. 1, ed H mentre, rispetto ai requisiti prescritti dall'art. 71, quelli rispettivamente contenuti nelle ll. B e D, compresa, rispetto alla lettera E, la data. V., in special modo, CIATTI, *Il recepimento della direttiva comunitaria in tema di godimento turnario di beni immobili ('multiproprietà')*, in *Contr. impr. Europa*, 1999, 525 s. e DI ROSA, *Proprietà e contratto*, Milano, 2002, 313 ss. In senso contrario, invece, MORELLO, *Diritto di godimento a tempo parziale su immobili: le linee di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 1999, 68 s.

<sup>96</sup> Sicché la nullità del contratto -v. Trib. Firenze, 7 aprile 2004, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Proprietà*, n. 19- per l'omessa indicazione del periodo di godimento, ormai invalsa nella giurisprudenza di merito, regge ogni qual volta la si deve ad una genericità della formulazione usata (ad es. il 'periodo rosso'): non più, invece, se la si fonda su di una inammissibile determinazione *per relationem*. V. Trib. Trieste, 27 settembre 2007, cit.

<sup>97</sup> Così, ma dubitativamente, MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. 232, mentre con grande nitore SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 852 s.

<sup>98</sup> Ed infatti, seppur con una diversa intonazione, non manca chi fa notare come, in luogo di una tutela invalidante, al consumatore debba riconoscersi il diritto di ottenere «risarcimento in forma specifica»: giacché «non c'è ragione di negare, ove non vi sia corrispondenza tra il contenuto dell'accordo negoziale ed il documento informativo, l'interesse dell'acquirente a vedere integrato il contratto con i dati in quest'ultimo non trasfusi»: così AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit. 159. Di conseguenza non si riesce a capire perché mai la direttiva 2011/83 dovrebbe reiterare il tritico di un contratto virtualmente nullo, o annullabile per vizio del consenso ovvero la logica di un tutela «meramente risarcitoria»: così invece RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, cit. 763.

<sup>99</sup> L'immagine di un contratto *b2c* «intimamente connesso» al prospetto informativo, ma in una ben diversa prospettiva, è in ROSSI CARLEO, *Il contratto di multiproprietà nella prospettiva dell'atto notarile*, in *Notariato*, 2001, 627.

<sup>100</sup> Così MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. 219.

<sup>101</sup> Ed infatti SACCO, *Il contratto*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, 3 ed., Torino, 2003, II, 419 fa notare come il meccanismo dell'integrazione automatica esponga il contratto a «conseguenze legali diversissime: a quelle che le parti, se interrogate, avrebbero voluto, o non avrebbero escluso, e che comunque non hanno di fatto escluso» (c. vo aggiunto)



ov'anche la clausola eccezzuativa dell'art. 1418, comma 1, non fosse contemplata, l'esistenza di questi articoli «sarebbe sufficiente per regolare la materia cui [gli enunciati *de quo*] si riferi[scono]»<sup>102</sup>.

Dopo di che, semmai, un interrogativo correlato si pone. Il congegno assorbente dell'integrazione – sostituzione postula la pre - condizione di una nomenclatura legale tipizzata per cui, se non ricorre la *littera* di un'informazione 'parte integrante', non lo si può predicare di una valenza generale «in senso assoluto» oppure, per innescarne l'operare, è sufficiente che all'obbligo di un'informazione scritta si associ il divieto di una sua modifica unilaterale, se è vero che le informazioni pre -contrattuali vincolano comunque l'organizzatore o l'intermediario? Se fosse vera la seconda interpretazione, l'integrazione/sostituzione varrebbe allora, com'è del tutto evidente, anche per i contratti turistici, stante quanto si legge nell'art. 37, comma 1 e, in merito alla prescrizione di una *modificabilità condizionata*<sup>103</sup>, nell'art. 38, comma 2 c. tur. Il tutto secondo un canovaccio rimediale di maggiore *favor* per il consumatore, non più involupato nella stringente alternativa tra conservazione di un «contratto monco» e nullità virtuale (o recesso) «al buio», perché l'una o l'altro esperiti senza avere piena contezza del «reale contenuto del contratto»<sup>104</sup>.

La terza: che completa la precedente.

c) *Quid iuris* in caso di incompletezza (od erroneità) del formulario informativo ovvero se questo, pur consegnato, non è stato redatto nella lingua italiana ed in uno degli idiomi dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede ovvero di cui è cittadino ?

Orbene, se si sta a quanto dispone l'art. 73, comma 3 lett. b, il rimedio è quello di un prolungamento -tre mesi e quattordici giorni- del termine di recedibilità: senza che ci sia margine per una ibridazione tra regole di validità e regole di comportamento, in una (discutibile) successione alternata di

<sup>102</sup> Così CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit. 102 (e 101 per la citazione successiva). Mentre, nel contesto attuale, diventa ozioso domandarsi se, in ciascuna delle disposizioni richiamate, allignano una (per entrambe le vicende) o due prescrizioni normative (la prima deputata all'integrazione, la seconda alla sostituzione). E v., quanto al funzionamento dell'integrazione automatica, i rilievi di SACCO, *Il contratto*, cit., II, 424, riguardo alla circostanza che, com'anche accade nei casi qui descritti, «il punto mancante non è neppure supplito da un rinvio: esso è stato lasciato in bianco ...».

<sup>103</sup> Per il fatto che la modificabilità è consentita soltanto se, alternativamente, concordata dalle parti, con uno specifico accordo scritto, dopo la stipula ovvero unilateralmente (ma allora la *variatio* dev'essere comunicata per iscritto al turista prima della partenza).

<sup>104</sup> Così, incisivamente, AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit. 162.

nullità formali testuali e virtuali<sup>105</sup>. L'art. 73 infatti è nitido: se le informazioni, incluso il formulario allegato, non sono state rese nel formato prescritto, si ha un mancato o inesatto adempimento dell'obbligo informativo che importa sì un termine lungo di recesso, ma non è un omissione che pregiudichi *ex se* la *validità* del contratto. E l'ultimo capoverso dell'art. 73, comma 4, nel (ri)propore la variante di un'integrazione documentale, compiuta nei tre mesi successivi alla stipula e valevole come adempimento correttivo (*seu sanante*)<sup>106</sup>, che funge da *dies a quo* per le due settimane consecutive entro le quali recedere, solo in apparenza riapre la questione di una concorrente *nullità virtuale di protezione*, operante allorché il termine di recesso sia inutilmente spirato.

Non è infatti che l'art. 73 elevi il recesso -qui di *autotutela* e non di pentimento<sup>107</sup> - a rimedio assorbente, non foss'altro per il fatto che un'omissione ingannevole ai sensi dell'art. 1439 c.c. -si pensi ad un mancato recesso imputabile al raggiro del professionista<sup>108</sup> - senz'altro legittima un'eventuale domanda di annullamento del contratto: che ovviamente pure si potrà fare nel contiguo caso, ben noto alla disciplina assicurativa per l'ipotesi della nota informativa *obbligatoria* contenente informazioni diverse da quelle prescritte o comunque difforme dallo schema predisposto dall'Isvap (art. 185, comma 3 c. ass.)<sup>109</sup>, di una falsità informativa intenzionalmente volta ad ingannare il consumatore onde fargli stipulare il contratto<sup>110</sup>. Non si riesce però a capire in quali casi, complice il difetto di un'inten-

<sup>105</sup> V., in particolare, CALVO, *op. loc. ult. cit.* e MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit. 221 s.

<sup>106</sup> Sempre che, ovviamente, il consumatore, nel frattempo, non sia receduto. Di «ravvedimento operoso» discorre, ma attecnicamente, RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, cit. 765.

<sup>107</sup> Secondo la terminologia di ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3 ed., Torino, 2011, 68. Ma per la distinzione tra un recesso *iniziale* ed uno di *protezione* v. già DE NOVA, *Recesso*, in *Digesto, disc. priv. (sez. civ.)*, XVI, Torino, 1997, 318 s. E v. anche GRISI, *Lo 'ius poenitendi' tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 571 s., nt. 7.

<sup>108</sup> Che, come nel caso deciso da Trib. Parma, 14 luglio 2003, in *Contratti* 2004, 503 ss., abbia indotto il consumatore a credere che l'eventuale recesso avrebbe implicato il versamento di una penale di ingente importo.

<sup>109</sup> V. *amplius* DE POLI, *Trasparenza assicurativa e nota informativa nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 32 s.

<sup>110</sup> Quell'annullabilità che, accanto ed in alternativa ad una tutela risarcitoria, è quanto prescritto, per l'inadempimento all'obbligo informativo, dall'art. del *Common European Sales Law*: il quale, nelle intenzioni vocato ad essere una disciplina opzionale uniforme della vendita, contiene un articolato appositamente dedicato, per quanto qui interessa, alle vendite a distanza e porta a porta (art. 13 – 22) nonché un intero capitolo -il quarto- relativo al recesso, sempre in questi contratti, del consumatore.



grazione informativa successiva, il contratto, che reiteri la lacuna del formulario, dovrebbe invece cadere per una nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c.. Insomma, e di là dal *dictum* di Cass. 26724/07, per la violazione di una regola di comportamento.

Delle due, infatti, l'una: o l'incompletezza involge un elemento essenziale della fattispecie contrattuale, ed allora si avrà senz'altro una nullità, ma *assoluta*, in linea con quanto dispone l'art. 1418, comma 2<sup>111</sup>; oppure la parzialità informativa, per il fatto di inerire a clausole accessorie riguardanti spese aggiuntive od altri costi, si verrà a tradurre, stante l'inconoscibilità per il consumatore (artt. 1341, comma 1 c.c. e 35, comma 1 c. cons.), in una esenzione dal sostenere tali spese o costi aggiuntivi (art. 6, § 6 dir. 2011/83)<sup>112</sup>, alla stessa stregua d'altronde di quanto *anche* dispone l'art. 125-*bis* comma 7, lett. a t. un. bancario, per le ipotesi di «assenza delle relative clausole contrattuali»: visto che, in una prospettiva schiettamente sanzionatoria, tolto il TAEG, *nessun'altra somma* è qui dovuta dal consumatore «a titolo di tassi d'interesse, commissioni o altre spese». *Tertium*, però, *non datur*: a tacer del fatto che, se l'irregolarità informativa concerne elementi eventuali, eccepibili anche se non richiamati od oggettivamente marginali, non si potrà avere né nullità né inefficacia<sup>113</sup>.

Naturalmente, visto che l'incompletezza o l'errore integrano pure gli estremi di una pratica commerciale ingannevole (v. artt. 21 e 22 c. cons.), è certo che si potrà registrare il concorrente operare di una tutela risarcitoria per *culpa in contrahendo*<sup>114</sup>: ma sempre a condizione che sia allegato un effettivo pregiudizio. Non a caso l'omissione ingannevole (artt. 22, comma 1, e 67 *septies-decies*, comma 4, c. cons.), integrante gli estremi di una pratica commerciale scorretta o di una separata causa di invalidità del contratto, è solo quella che ha per oggetto un'informazione *rilevante* ovvero capace di alterare *significativamente* la rappresentazione del consumatore. Diversamente l'irregolarità formale diventa la

modalità surrettizia di ammissione di un danno *in re ipsa*<sup>115</sup>.

Conclusione: la novella non ha semplicemente «ampliato e regolato più puntualmente il diritto di recesso»<sup>116</sup>. Piuttosto, con una fedele riproduzione del dettato comunitario, sono state emendate molte delle ambiguità che inficiavano l'impianto della normativa pregressa, nella supposta logica di una nullità derivata -del contratto- a motivo di un'incompletezza nell'informare. Una nullità derivata di cui non v'è traccia, a meno di non voler sovrapporre i problemi di validità formale del contratto con quelli di necessaria *formalità* e *regolarità* del prospetto informativo. Ed a poco varrebbe opporre quanto si legge nell'art. 6, § 3 della direttiva 122/2009, secondo periodo, riguardo alla previsione di sanzioni appropriate alternative per il caso in cui, «alla scadenza del periodo di recesso, l'operatore non abbia ottemperato agli obblighi di informativa previsti dalla direttiva». Un residuale sistema di tutela misto, ordinato secondo il diverso grado di rilevanza dell'omissione informativa, pare infatti rispondere a quanto prescrive l'art. 15 della stessa direttiva, riguardo alla comminatoria di sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive».

**9. Le due questioni restanti (art. 72, commi 6 e 7 c. cons.: la firma separata e l'obbligo di documentazione). della forma scritta come presupposto di applicabilità di uno specifico statuto normativo.**

La quarta, inedita.

d) Ai sensi dell'art. 72, comma 6, le clausole relative all'esistenza (ed alla durata) del diritto di recesso nonché al divieto di versare acconti durante il periodo di recedibilità devono essere corredate di una sottoscrizione separata del consumatore. Dunque, nel segno per altro di quanto già disponeva l'art. 5, comma 4, seconda parte della direttiva 2009/122/CE, un meccanismo che ricalca quello dell'art. 1341, 2 co., c.c.: ma, non foss'altro perché sono pattuizioni attributive di diritti al consumatore, non nell'ottica di aggiornare l'elenco delle clausole vessatorie, bensì allo scopo di rafforzare il grado di trasparenza del contratto. Per conseguenza, nell'ipotesi di omessa sottoscrizione, onde evitare il paradosso di una tutela dimidiata per il consumatore,

<sup>111</sup> Donde una caducazione che prevale sulla «semplificazione della fattispecie»: così, SACCO, *Il contratto*, cit., II, 424.

<sup>112</sup> Nell'ipotesi *de qua* riferita ai costi relativi alla restituzione della *res* in caso di recesso. Difficile parrebbe, invece, l'operare di una risoluzione per inadempimento: sostenuta, rispetto alla normativa pregressa, per es. da MUNARI, *Problemi giuridici della nuova disciplina della multiproprietà*, Milano, 1999, 97.

<sup>113</sup> V. D'AMICO, *Formazione del contratto*, cit. 584 e, per chi lo volesse, PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. 34 ss.

<sup>114</sup> V., recentemente, le puntuali considerazioni di SALANITRO, *Obblighi informativi e oneri probatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 417 ss.

<sup>115</sup> Cioè discendente, come tale, dal mero fatto automatico di una lesione del diritto del consumatore ad essere informato. V. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 575 (ove, di seguito, il rilievo che il consumatore, a ragionar così, verrebbe a fruire «in tutti i casi dei rimedi offerti dalle direttive europee»).

<sup>116</sup> Così MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. 495

non si verrà a materializzare una qualche forma di nullità o di inefficacia: piuttosto è plausibile credere -anche qui- ad una postergazione del termine per recedere<sup>117</sup>, come disposto dall'art. 73, comma 3, per i casi del professionista che non abbia compilato (e consegnato) al consumatore il formulario sul recesso ovvero allorché non siano stati correttamente adempiuti gli obblighi informativi relativi al recesso. È vero, come si è fatto prontamente notare<sup>118</sup>, che il terzo comma dell'art. 73 non fa alcun richiamo al disposto dell'art. 72, ricompreso per contro nel corpo di un art. 81 nitido nello statuire, per i casi di contravvenzione a tutta una serie di obblighi (formali) di informazione, una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra i 1.000 ed i 5.000 euro. Ipotizzare, per ciò stesso, un travisamento del dato normativo, pare però eccessivo: e non solo per la ragione che il disposto della direttiva 2009/122/CE - in caso di violazione delle disposizioni della presente direttiva..., gli Stati membri garantiscono che al consumatore sia concesso un periodo ... per recedere dal contratto (art. 6, comma 1)- presenta una tale vaghezza semantica da giustificare l'inclusione, nei casi di *prorogatio* del diritto di recesso, anche dell'ipotesi di mancata sottoscrizione di clausole separate. Gli è infatti che, se l'art. 72, comma 6 conia un requisito formale ancillare ad uno scopo di trasparenza, assumendo che la sottoscrizione separata incorpori così una regola di condotta del professionista, se ne potrebbe dedurre che il fatto del mancato adempimento rileva, in realtà, in modo ancipite: escludendo l'operare dell'art. 73, comma 1 (secondo la logica di una sottoscrizione rilevante a mo' di presupposto di applicabilità di una data normativa) e facendo *automaticamente* integrare il regolamento contrattuale per effetto dell'art. 73, comma 3. Il tutto naturalmente ipotizzando che non vi sia una sola fattispecie contrattuale, bensì due: la prima provvista di una doppia sottoscrizione, l'altra carente invece della firma separata, col requisito di forma, supposta una *ratio legis* di maggiore garanzia al contrarre del consumatore, a fungere *anche* da criterio che precostituisce il regime di *responsabilità* del professionista allorché risulti accertato documentalmente il suo inadempimento ad uno specifico obbligo di legge. E ribattere che, con un siffatto ragionamento, si viene in fondo a forzare il «dettato [codicistico]»<sup>119</sup>, non sarebbe d'altro canto pertinente. Per quanto inconsueta, la prospettiva di una forma operante da canone selettivo di una certa disciplina (o di una determinata regola di responsabilità),

<sup>117</sup> V. *supra* § 3, testo e note.

<sup>118</sup> V. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, cit. 1253.

<sup>119</sup> Così ZORZI GALGANO, *op loc. ult. cit.*

non è nuova e si va, per la verità, infittendo: come testimoniano, rispettivamente,

-l'art. 2, 1° co., lett. b) del d.lgs. n. 170/2004, giacché una garanzia finanziaria prestata oralmente, pur se valida, andrà soggetta alla sola disciplina ordinaria del pegno (se, ovviamente, ricorrono i presupposti di cui all'art. 2786 c.c.),

-l'art. 122, comma 1, lett. m t. un. bancario (visto che le norme sul credito ai consumatori *non* si applicano ai contratti di locazione se in questi è prevista l'*espressa clausola* di intrasferibilità della proprietà al locatario)

-per più di un verso l'art. 45, comma 1 c. tur. (potendo le parti convenire *in forma scritta*, nei limiti consentiti dalla disciplina sulle clausole vessatorie, limiti al risarcimento del danno conseguente all'inadempimento totale o parziale delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico)<sup>120</sup> e, per finire,

- l'art. 7 del d. lg. n. 286/2005, se è vero che la mancata inclusione, nel contratto di trasporto, di uno degli elementi reputati *ex lege* come essenziali, fa scattare la «responsabilità concorrente di tutte le parti che sono interessate al rapporto giuridico di trasporto»<sup>121</sup>.

La quinta, un *refrain*.

e) Secondo l'ultimo comma dell'art. 72, il consumatore, all'atto della stipula, deve ricevere una o più copie del contratto. Quindi un'altra prescrizione imperfetta di realtà documentale, doppiante quella di forma-contenuto<sup>122</sup>, che, come già per il corrispondente obbligo documentato dall'art. 35, comma 1, c. tur. rinnova l'annosa disputa: in caso di inadempimento, nullità del contratto (per un'imperfezione nel procedimento formativo) oppure inefficacia-inopponibilità delle clausole inconoscibili ex art. 1341 c.c. ovvero soltanto risoluzione (o adempimento coattivo dell'obbligo) con annesso risarcimento degli eventuali danni? Salvo non pensare che, pure nel comparto della legislazione consumeristica, vi sia il presupposto per quell'interpretazione, favorevole ad una *prorogatio* del termine per recedere dal contratto, che plausibilmente è stata affacciata per la *traditio* di una copia del contratto di credito al consumatore (art. 125-bis, comma 1 t. un.

<sup>120</sup> Pur se, ovviamente, quelle parti sono dei professionisti e previa una specifica approvazione per iscritto ex art. 1341, comma 2 c. cons. Se infatti si dovesse trattare di un comune contratto *b2c*, allora patti del genere dovrebbero considerarsi nulli quand'anche abbiano costituito oggetto di una trattativa individuale, ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 36, comma 2, lett. b c. cons.

<sup>121</sup> Così CESÀRO, *La forma non del contratto, ma del procedimento contrattuale*, cit. 312.

<sup>122</sup> Secondo l'incisivo periodare di BRECCIA, *La forma*, cit. 692.



bancario)<sup>123</sup>, coordinando l'esegesi dell'art. 125-ter, comma 1 con quanto dispongono rispettivamente gli artt. 10 e 14 della direttiva 2008/48/CE<sup>124</sup>. Qui, naturalmente, il presupposto sarebbe diverso e tutt'uno con la circostanza che il secondo comma dell'art. 73 differenzia la decorrenza del periodo *-ordinario-* di recesso dal giorno della stipula o da quello in cui il consumatore riceve il contratto, se ciò avviene in una data posteriore. Con a corroborare questa deduzione il fatto che il dodicesimo *considerando* della direttiva 122/2009 molto insiste sulla circostanza che «i consumatori dovrebbero disporre di mezzi di ricorso efficaci nel caso non ricevano tutte le informazioni necessarie ... e [una] copia del contratto». Con l'ulteriore notazione che tra questi mezzi, è sempre lo stesso considerando ad evidenziarlo, deve senz'altro annoverarsi, quale sanzione adeguata all'inadempimento, una proroga del periodo di recesso.

Di là però dall'orientamento restrittivo della giurisprudenza in materia bancaria<sup>125</sup> (e del regime *ad hoc* pensato per la nota informativa nei contratti di assicurazione)<sup>126</sup>, quel che parrebbe in ogni caso escluso è una rilevanza della mancata *traditio* come causa di nullità del contratto: non perché, nella logica di una «forma scritta procedimentalizzata»<sup>127</sup>, inconcepibile in sé<sup>128</sup>, ma per l'elementare ragione

<sup>123</sup> Da MAUGERI, *Cenni su alcuni profili della riforma del t.u.b. in materia di 'credito ai consumatori'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 475 s.

<sup>124</sup> In particolare il secondo, con lo statuire la decorrenza del periodo di recesso dal giorno in cui il consumatore riceve «le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 10», parrebbe richiamare *in toto* una disposizione, solitamente letta invece per quanto dispone il suo solo secondo comma («nel contratto di credito figurano, in modo chiaro e conciso, le informazioni seguenti»). Da cui l'idea che l'art. 125-ter, comma 1 t. un. bancario, statuente una recedibilità entro quattordici giorni dalla stipula del contratto o «dal momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'art. 125-bis, comma 1», sia interpretabile -estensivamente- come riferito anche ad omissioni -la consegna della copia, prescritta nel *primo comma* dell'art. 10- diverse da quelle informative in senso stretto. E, come si evidenzia (v. MAUGERI, *Cenni su alcuni profili della riforma del t.u.b. in materia di 'credito ai consumatori'*, cit. 476), uno scarto tra la versione inglese ed italiana della direttiva parrebbe corroborare l'assunto.

<sup>125</sup> Per altro tutta di merito, normalmente rinserrata nella richiesta all'autorità giudiziaria di un ordine di consegna, v. Trib. S. Maria Capua Vetere, 13 gennaio 2005, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 19 e Trib. Bari, 11 marzo 2003, in *Giur. mer.*, 2003, 5.

<sup>126</sup> Tutto incentrato sull'irrogazione di una sanzione pecuniaria (da duemilacinquecento a venticinquemila euro), accompagnata, in caso di reiterazione, dalla revoca dell'autorizzazione all'impresa (trattandosi di un grave inadempimento).

<sup>127</sup> Così MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. 391.

<sup>128</sup> Giacché, nell'ottica di una meritevolezza dell'interesse al contenuto rappresentativo del documento, si potrebbe ragionevolmente sostenere che, per l'essere il *contratto di durata* e l'obbligo di *traditio contestuale alla stipula*, la realtà abbia di per sé l'attitudine a rilevare come (com)partecipe indefettibile

che, in tutto l'ordito dell'art. 73, l'interesse ad un'informazione completa è presidiata con la postergazione del recesso. E l'obbligazione *ex lege* del rilascio di una o più copie non è preposta a soddisfare un interesse del consumatore che sia diverso. Fermo restando che, ad evitare abusi dello stesso consumatore, dovrebbe escludersi l'operare di un qualsiasi rimedio ogni qual volta, compiutasi l'esatta esecuzione bilaterale del contratto, pure a fronte del lamentato inadempimento, non risulti che il multipropeitario abbia patito un qualche genere di pregiudizio<sup>129</sup>. Non è infatti che un'incompletezza dell'informazione documentale -e qui più propriamente l'inadempimento di un obbligo di documentazione- vizi *sempre e comunque* il contratto di consumo<sup>130</sup>.

### 10. Il formulario separato di recesso: di alcuni problemi.

Per ultime, le formalità sul recesso, assoggettate anch'esse alla logica di un separato formulario standard, cartaceo od elettronico: che si tratti di contratti negoziati fuori dei locali commerciali o a distanza (art. 11 dir. 2011/83/UE) ovvero di multiproprietà *et similia* (art. 72, comma 6, riportato nell'allegato II-sexies). Intuitibile, specialmente in un quadro di armonizzazione massima<sup>131</sup>, la ragione: l'uniformità, come ben sunteggia il 44 *considerando* della direttiva 2011/83/UE archivia le differenze nazionali, causa di costi per il commercio transfrontaliero, semplifica il procedimento e, razionalizzando, assi-

dell'esigenza di garantire al cliente una compiuta conoscenza dell'operazione. Non a caso, in dottrina, reputano la nullità (relativa) nient'affatto «giuridicamente infondata» ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 786 e, *amplius*, AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit. p. 111.

<sup>129</sup> Come si può evincere da C. giust., 10 aprile 2008, causa C-412/06, *Hamilton c. Volksbank Filder eG.*, ove il rilievo di un'estinzione del diritto di recesso trascorso un mese dal pieno adempimento bilaterale di un contratto di mutuo a lungo termine. E sul fatto che, *se le obbligazioni contrattuali son state correttamente adempiute*, i vizi del formalismo informativo non dovrebbero avere effetto, molto insiste KROLL, *Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des Verbraucherschützenden Widerrufsrechts*, in *NjW*, 2008, 2000.

<sup>130</sup> V., nella prospettiva, di una rete di contenimento ad un eccesso di consumerismo, MANKOWSKI, *Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für Verbraucherschützende Widerrufsrechte*, in *Juristenzeitung*, 2008, p. 1143 e, per chi lo voglia, PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit.

<sup>131</sup> Tanto è vero che ai singoli Stati membri è inibito prevedere, rispetto al modulo tipo, «requisiti formali diversi da quelli indicati all'allegato I, parte B»: così art. 11, § 2 dir. 2011/83/UE.

cura una maggiore «certezza giuridica». Non è, per altro, che il modulo tipo funga da formalità comunicativa inderogabile<sup>132</sup>. Obbligatoria infatti, pena altrimenti lo slittamento dei termini entro i quali recedere (art. 73, comma 3, lett. a), è la consegna del formulario (debitamente *compilato*), non il suo utilizzo, avendo il consumatore piena libertà di recedere, mediante lettera, telefonata e/o annesso rinvio dei beni, «con parole proprie»<sup>133</sup>. Donde, nel segno d'altro canto di quanto statuito dalla Corte di giustizia<sup>134</sup>, il permanere, nel caso siano inequivocabili, di una fungibilità delle modalità manifestative: ma *a latere consumatoris* e col limite poi di rendere più farraginoso l'onere per costui di provare l'avvenuto recesso entro i termini di legge. Con una fungibilità in ogni caso, per diretta applicazione dei principi generali<sup>135</sup>, tutta rinserrata entro modalità comunicative in forma rigorosamente scritta -leggi una dichiarazione con sottoscrizione autografa o firma digitale (*seu* elettronica qualificata) del consumatore-allorquando il recesso acceda ad un contratto immobiliare ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 1350, nn. 1 – 3 o n. 8 (se trattasi di un diritto personale di godimento di durata ultranovenne) c.c. Il che involge sicuramente il caso del contratto di multiproprietà reale (art. 69, comma 1, lett. a) e, nella misura in cui faccia registrare una vicenda traslativa immobiliare, per la nuova figura denominata, dall'art. 69, lett. d, contratto di scambio: ma già, come poc'anzi rilevato, non include la fattispecie della cd. multiproprietà azionaria e neanche vale per l'ipotesi del contratto relativo ad un prodotto per vacanze di lungo termine (lett b, essendo questo un titolo costitutivo del solo diritto ad ottenere «sconti od altri vantaggi» rispetto ad un alloggio) o per quello di cd. rivendita (sub c), alla lettera semplicemente un contratto col quale un professionista, dietro corrispettivo, assiste il consumatore nella vendita o nell'acquisto di una «multiproprietà o di un prodotto per le vacanze di lungo termine». Col significativo risultato, rispetto a quest'ultime fattispecie, che il consumatore potrà allora limitarsi a comunicare la pro-

pria dichiarazione di recesso su carta (per es. un fax *seu* un telegramma dettato telefonicamente) o su altro supporto durevole (per es. un *floppy disk*, un cd o un nastro magnetico)<sup>136</sup>: ma senza firma autografa o, nel caso di comunicazione telematica, i suoi equipollenti elettronici. Quindi, com'è già d'altronde per la *comunicazione scritta* al professionista o al fornitore (artt. 64, comma 3 e 67-*duodecies*, comma 6 c. cons.), anche via *mail* (cioè una dichiarazione corredata di una firma elettronica non avanzata) o per mezzo di un terzo incaricato?<sup>137</sup>

*Ergo*, utilizzando un'espressione compendiosa ormai di impiego abituale, ove non si faccia uso del formulario separato, si avranno due, e non già una, forme per il recesso: la prima *forte* e la seconda *debole*. Col forte sospetto di vessatorietà per la clausola che, in un contratto *b2c*, imponesse la sottoscrizione di mano del consumatore per l'efficacia di ogni successivo atto unilaterale di recesso.

Significa tutto questo che il nuovo quadro normativo è destinato a mettere fine, in un sistema italiano ove le forme di recedibilità ancora basculano fra il medio obbligatorio di una lettera raccomandata con avviso di ricevimento (art. 64 c. cons.) ed ogni altro mezzo previamente indicato (artt. 67-*septies*, lett. d) e 67-*duodecies*, comma 6 c. cons.)<sup>138</sup>, alle perplessità, un tempo nutrite, sull'attitudine ablativa di dichiarazioni (o comportamenti) irrituali (perché *extra ordinem*: ad es. consegna a mano della disdetta, con relativa sottoscrizione, per ricevuta, resa dal destinatario)?<sup>139</sup> È molto probabile, anche se non si radica certo in ciò il significato profondo di una novellazione il cui *proprium*, *in parte qua*, sembra consistere nell'assecondare una tecnica di normazione punteggiata di formule e lo-

<sup>132</sup> Non foss'altro, il rilievo è intuitivo, perché coniare un solo strumento comunicativo quale condizione d'efficacia del recesso produrrebbe l'effetto controproducente di dimidiare la *ratio* protettiva di norme pensate, comunque, a tutela del consumatore.

<sup>133</sup> V., sempre il 44 *considerando* poc'anzi citato.

<sup>134</sup> Proprio, tra l'altro, rispetto ad un contratto di multiproprietà, con una declaratoria di piena conformità al diritto europeo di quella legislazione nazionale che non assoggetti a vincoli specifici la forma di comunicazione del recesso, ammettendo così che questa possa «avvenire anche per fatti concludenti e non equivocabili»: così C. giust. CE, 22 aprile 1999, causa C- , in *Foro it.*, 1999, IV, 233 ss.

<sup>135</sup> V., in luogo di tanti, GABRIELLI - PADOVINI, *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 43.

<sup>136</sup> V., anche ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, cit. 1232.

<sup>137</sup> Mentre è senz'altro più complesso -ma non implausibile- immaginare un recesso compiuto per il tramite di un *sms* (inviato al numero di telefono mobile indicato nella *business card* del professionista).

<sup>138</sup> E v. anche l'art. 172 c. ass., giacché la comunicazione del recesso, in caso di variazioni tariffarie superiori al tasso programmato di inflazione, può effettuarsi con raccomandata con avviso di ricevimento o consegnata a mano ovvero a mezzo telefax: si consulti, al riguardo, FERRANTE, *sub art. 172*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di Bin, Padova, 2006, 533 – 535 e ROMA, *Codice delle Assicurazioni. Novità e prospettive in tema di tutela dell'assicurato consumatore*, in *Dir. economia assicur.*, 2007, 107 ss.

<sup>139</sup> E' il noto caso deciso da Trib. Milano, 27 gennaio 1997, n. 957, in *Contratti*, 1998, 48 ss. (con nota di MUSSO, *Diritto di recesso del consumatore nelle vendite a distanza*). Ma si possono utilmente vedere anche Pret. Trento, 28 aprile 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1885 ss. e Pret. Torino, 8 luglio 1994, in *Giur. piemontese*, 1995, 107 ss. Per l'interpretazione più liberale si consulti pure G. p. Palermo, 16 febbraio 1999, in *Contratti*, 1999, 834 ss.





cuzioni precostituite in quanto ritenute più funzionali ad una «garanzia di realizzabilità, almeno in astratto, di decisioni informate e consapevoli»<sup>140</sup>. Da cui poi l'immagine di formalità che non esitano in formalismi in quanto limiti serventi (e corroboranti) l'interesse generale ad una maggiore efficienza del mercato.

*Postilla.*

La rilettura di pagine classiche fa (ri)scoprire che è formalismo anche il comandare una «rigida schematizzazione delle procedure di statuizione dei singoli atti negoziali»<sup>141</sup>: ed innegabilmente il formalismo europeo di quest'ultima stagione, diviso tra formulari da consegnarsi in tempo utile prima della stipula (artt. 71, comma 1 c. cons., 124, comma 1 t. un. bancario) e solenni conferme o copie del contratto (art. 7, commi 1 e 2 ed art. 8, commi 1 e 7 dir. 2001/83/UE), è tutto punteggiato di *procedimenti*, rigorosamente *tipizzati*, di emissione delle singole dichiarazioni. Non è però questo il *novum* che fa da catalizzatore di articolati normativi ormai imperniati, nell'ottica di un'armonizzazione informativa funzionale ad una maggior efficienza del mercato interno<sup>142</sup>, su *due* cataloghi informativi, uno diffuso e tipico dei contratti a distanza nonché di quelli negoziati fuori dei locali commerciali (art. 5 dir. 2011/83), l'altro *minimo* ma transtipico in quanto ancillare agli altri contratti *b2c* (art. 5, comma 1, dir. 2011/83)<sup>143</sup>. Piuttosto, e se si vuole in un'ottica di *oltrepassamento* della fattispecie<sup>144</sup>, quel che precipuamente si registra, in questo accumulo spesso disorganico di dati normativi, è la tendenza ad incentivare l'«approntamento obbligatorio» di uno scritto quale condizione sì necessaria ma anche sufficiente del compiersi di una «manifestazione di certezza» informativa<sup>145</sup>. Una *certezza* che, seppur protegge il consumatore, è in pari tempo eliminativa di ogni possibile contrasto futuro «di apprezzamenti

intorno ad una realtà giuridica passata»<sup>146</sup>: qui il *fatto*, verrebbe da dire, di un'avvenuta informazione del consumatore (o del cliente). Sicché, nella misura in cui è idonea a far conoscere la produzione di una certa vicenda, questa *documentalità obbligatoria* e di preferenza *cartacea*<sup>147</sup> finisce, nella sostanza, per atteggiarsi a «fatto di certazione» di una data realtà giuridica: col risultato, se gli obblighi informativi si considerano «assolti» -art. 124, comma 2 t. un. bancario- con la consegna di un formulario standard, che il compiersi dell'una o dell'altra attività tipizzata di documentazione assurge anche a *fatto* in sé idoneo a precludere al consumatore qualsiasi futura contestazione<sup>148</sup>. Nel senso, visto che il rilascio di un formulario completo e trasparente (artt. 7 ed 8, comma 1 dir. 2011/83/UE) vincola il professionista a quanto ivi contenuto (art. 38, comma 2 c. tur.), di un consumatore quale soggetto spogliato della possibilità di «vincere l'accertamento»<sup>149</sup> della propria *qualitas* di contraente consapevolmente informato. Per i limiti tecnici connessi a determinati supporti può «varia[re] -è vero- la *misura*» di questa garanzia<sup>150</sup>, ma non, se il supporto riporta le condizioni fissate come minime, il riconoscimento della singola comunicazione come atto *stricto sensu* di piena informazione. È vero che, riguardo all'adempimento degli obblighi di informazione, l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta (v. art. 23, comma 6, t. un. finanziario ed art. 126-bis t. un. bancario) grava sul professionista: ma quest'inversione non esime il consumatore (o il cliente) dall'opposto e speculare onere di allegare dei fatti specifici attestanti *in concreto* il mancato o ine-

<sup>140</sup> Così, elegantemente, SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti ?*, cit. 416.

<sup>141</sup> Così, per chi volesse rimeditare sulle funzioni del formalismo, LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit. 29 s.

<sup>142</sup> Emblematico quanto si legge nel quinto considerando della direttiva 2011/83.

<sup>143</sup> V. anche RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, cit. 762.

<sup>144</sup> V., ancora, SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti ?*, cit. 419.

<sup>145</sup> V., per questo lessico, ancora, LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit. 69 s.

<sup>146</sup> Il passo è di GIANNINI, *Accertamento: b) dir. cost. e amm.*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 220 (anche per la citazione che segue), ma LISERRE, *op. ult. cit.* 63 ss. lo riprende.

<sup>147</sup> Se è vero che le informazioni obbligatorie, per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, vanno fornite su di un altro supporto durevole soltanto «se il consumatore è d'accordo» (art. 7, § 1, dir. 2011/83). Ma allora, verrebbe da chiedersi, perché quando si fa questione di un contratto di multiproprietà *et similia*, le informazioni obbligatorie sono fornite, in termini di perfetta equipollenza, «su carta o altro supporto durevole facilmente accessibile al consumatore»?

<sup>148</sup> Non a caso Trib. Roma, 24 novembre 2010, in *Foro pad.* 2011, I, 335 ss., esclude che, ove siano state soddisfatte le indicazioni prescritte dalla legge, residui un qualche ulteriore obbligo informativo «in capo alla Banca nei confronti del cliente».

<sup>149</sup> Così LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit. 72.

<sup>150</sup> Cfr. LISERRE, *op. ult. cit.* 65 (c.v.o nel testo). Si allude, come ben mette in luce il trentaseiesimo *considerando* della direttiva 2011/83, al caso in cui, per ragioni tecniche, l'informazione dev'essere limitata ad un numero predefinito di caratteri (ad es. su certi schermi di telefoni mobili): sicché, come recita l'art. 8, §4, in tal caso, il professionista è dapprima tenuto a comunicare un contenuto necessario di informazioni precontrattuali, dalle caratteristiche del bene, al prezzo, nonché il diritto di recesso e la durata del contratto, con le altre obbligatorie che verranno fornite «in un modo appropriato».



satto adempimento volta per volta eccepito. Sicché, se il professionista dimostra la ritualità legale della propria condotta, è il *vincolo lessicale* del dichiarato documentalmente a prevalere. Né il rilievo deve sorprendere: è proprio infatti di un formalismo standard bandire la clausola anomala in quanto stabilita in modo *atipico* e, in pari tempo, rendere invece intangibile quella formatasi (e quindi *esternata*) *correttamente*.

Da cui, allora, l'interrogativo: formalismo di protezione o non piuttosto forma, quale imposizione di mercato<sup>151</sup>, a supporto del professionista diligente? Tanto che, se il consumatore dovesse comunque dedurre la violazione dell'obbligo di esatta informazione, decisivo di là da tutto sarà dare la prova di un agire del professionista contrario agli standards comportamentali prescritti dal legislatore?

---

<sup>151</sup> V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti ?*, cit. 416 e, per chi lo volesse, PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit. 67 – 71.

# MANIFESTAZIONE SPORTIVA TRA MINORI E RESPONSABILITA' DELL'ORGANIZZATORE

Di Vincenzo Putortì

Professore associato di Diritto privato

**SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. L'autore materiale dell'illecito: il minore di età. - 3. Regole comuni e regole sportive. - 4. La scriminante sportiva. - 5. La responsabilità dell'organizzatore. - 6. Segue. La responsabilità dell'organizzatore per il fatto illecito dei preposti o degli ausiliari.**

## LA SENTENZA

Cass. civ., sez. III, 30.3.2011, n. 7247  
(Pres. R. Preden - Est. A. Segreto)

## Massime.

### I)

Ai fini del riconoscimento della responsabilità del sorvegliante, a norma dell'art. 2047 c.c., è necessario che il fatto commesso dall'incapace presenti tutte le caratteristiche oggettive dell'antigiuridicità e cioè che sia tale che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito. Ne consegue che, nell'ipotesi di lesione personale inferta da un minore ad un altro nel corso di una competizione sportiva, occorre verificare, al fine di escludere l'antigiuridicità del comportamento dell'incapace e la conseguente responsabilità del sorvegliante, se

il fatto lesivo derivi o meno da una condotta strettamente funzionale allo svolgimento del gioco, che non sia compiuto con lo scopo di ledere e che non sia caratterizzato da un grado di violenza od irruenza incompatibile con lo sport praticato.

### II)

Nel gioco del calcio, qualora la condotta dell'atleta cagioni delle lesioni all'avversario, la responsabilità civile resta esclusa ove sussista il rispetto delle regole di gioco o, comunque, in presenza di uno stretto collegamento funzionale tra azione sportiva ed evento lesivo. Detto collegamento non è idoneo ad escludere la responsabilità tutte le volte che venga impiegato un grado di violenza o irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato, ovvero col contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge in concreto, o con la qualità delle persone che vi partecipano (conferma Appello Roma 13 dicembre 2005).



### Svolgimento del processo.

Con sentenza del 28.5.2002, il Tribunale di Roma condannava la ACSI a pagare ai coniugi R.M. e F.A., in proprio e quali esercenti la potestà genitoriale sul figlio R. G., la somma di Euro 25847,86, perchè durante una partita di calcio di un torneo organizzato dalla convenuta, il minore, in uno scontro con altro minore partecipante alla partita, riportava trauma facciale con avulsione traumatica dell'incisivo sinistro e frattura del secondo incisivo. Il tribunale affermava la responsabilità della convenuta, quale organizzatrice del torneo tra minori, a norma dell'art. 2047 c.c..

La corte di appello di Roma, adita dalla convenuta, con sentenza depositata il 13.12.2005, rigettava la domanda, ritenendo che nella fattispecie, applicando i principi affermati dalla S.C. in tema di responsabilità aquiliana nelle competizioni sportive, era da escludere che il fatto del minore antagonista integrasse un fatto astrattamente illecito, con la conseguenza che non poteva esservi alcuna responsabilità per fatto dell'incapace a carico della convenuta.

Avverso questa sentenza hanno proposto ricorso per cassazione gli attori e R.G., divenuto maggiorenne.

Resiste con controricorso la convenuta, entrambe le parti hanno presentato memorie.

### Motivi della decisione.

1. Con il primo motivo di ricorso i ricorrenti lamentano la violazione e mancata applicazione dell'art. 2047 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

Assumono i ricorrenti che la convenuta, nel portare i ragazzini del torneo a (OMISSIS), aveva assunto un obbligo di vigilanza sugli stessi e che era mancata un'attività di controllo sui ragazzi, non avendoli ammoniti a tenere un comportamento leale durante la gara.

2. Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti lamentano la violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, in quanto la corte di merito ha applicato alla fattispecie i principi fissati dalla S.C. in tema di responsabilità aquiliana durante gare sportive tra professionisti, mentre nella fattispecie gli allievi erano dilettanti e minori, per cui doveva essere sottoposto a maggior controllo l'ardore agonistico.

3. I due motivi, essendo connessi vanno esaminati congiuntamente.

Essi sono infondati.

Va, anzitutto, osservato quanto alla responsabilità del soggetto che ha la sorveglianza dell'incapace, che l'art. 2047 c.c., non fa riferimento al "fatto illecito" dell'incapace, ma esclusivamente al "fatto" e ciò conformemente all'art. 2046 c.c., che esclude l'imputabilità del "fatto dannoso" dell'incapace, salvo che l'incapacità dipenda da sua colpa. Invece l'art. 2048 c.c., in tema di responsabilità dei genitori e degli altri soggetti ivi indicati, presuppone che il danno sia stato cagionato da "fatto illecito" dei figli minori o delle persone soggette alla tutela. Il legislatore, seguendo l'ottica tradizionale, ha ritenuto che fosse risarcibile solo quel danno che derivasse da un atto qualificabile come doloso o colposo, per cui, non ritenendo di

configurare una forma di responsabilità oggettiva a carico del soggetto incapace di intendere o di volere, non fa riferimento al "fatto illecito", proprio per la mancanza dell'elemento psicologico.

4.1. Sennonchè, escluso questo elemento psicologico, per potersi avere la responsabilità del sorvegliante a norma dell'art. 2047, è tuttavia necessario che il fatto dell'incapace presenti tutte le altre caratteristiche di anti-giuridicità, e cioè sia tale che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito.

Proprio perchè non ogni fatto dell'incapace espone il sorvegliante dello stesso all'obbligo del risarcimento (salva la prova liberatoria), ma solo quello che ha cagionato un danno ingiusto, è necessario che detto fatto sia anti-giuridico e sia causativo della lesione di una posizione meritevole di tutela (Cass. 26/06/2001, n. 8740).

4.2. Ciò comporta che anche nel caso di cui all'art. 2047 c.c., contrariamente a quanto assumono i ricorrenti, il giudice deve anzitutto accertare se il comportamento dell'incapace sia oggettivamente anti-giuridico e se esso sia stato causativo del danno lamentato.

Solo se sussiste detta anti-giuridicità del comportamento dell'incapace, per effetto della presunzione disposta dall'art. 2047 c.c., sussisterà la responsabilità del soggetto, cui è affidata la sorveglianza dell'incapace, salva la prova liberatoria.

In altri termini, per quanto non sia espressamente previsto dalla norma in questione, emerge dall'intero sistema di responsabilità aquiliana che, perchè il sorvegliante sia tenuto al risarcimento, è necessario che il danno sia "ingiusto". Occorre cioè che il danno sia arrecato "non iure", e cioè sia inferto in assenza di una causa giustificativa (Cass. 17/05/2004, n. 9345) e che si risolva nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, nel bilanciamento delle posizioni, valutate dal giudice di merito.

4.3. La responsabilità del sorvegliante è una responsabilità per fatto altrui (dell'incapace), ma, proprio per ciò, presuppone che tale fatto altrui debba essere ingiusto, nei termini suddetti.

5.1. Con corretta applicazione dell'art. 2047 c.c., pertanto la corte di merito ha preliminarmente accertato se potesse definirsi "ingiusto", nei termini suddetti, il danno inferto a R. G. da altro minore con una "testata" nel corso di una partita di calcio tra minorenni organizzata dalla convenuta. Nella valutazione del comportamento la corte di merito ha applicato i principi affermati da questa Corte in tema di risarcimento di danni per responsabilità civile conseguente ad un infortunio sportivo.

5.2. Questa Corte ha affermato che qualora siano derivate lesioni personali ad un partecipante all'attività sportiva a seguito di un fatto posto in essere da un altro partecipante, il criterio per individuare in quali ipotesi il comportamento che ha provocato il danno sia esente da responsabilità civile sta nello stretto collegamento funzionale tra gioco ed evento lesivo, collegamento che va escluso se l'atto sia stato compiuto allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco, con la conseguenza che sussiste in ogni caso la responsabilità dell'agente in ipotesi di atti compiuti allo specifico scopo di ledere, anche se gli stessi non integrino una violazione delle regole dell'atti-



vità svolta; la responsabilità non sussiste invece se le lesioni siano la conseguenza di un atto posto in essere senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole dell'attività, e non sussiste neppure se, pur in presenza di violazione delle regole proprie dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto sia a questa funzionalmente connesso.

In entrambi i casi, tuttavia il nesso funzionale con l'attività sportiva non è idoneo ad escludere la responsabilità tutte le volte che venga impiegato un grado di violenza o irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato, ovvero col contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge in concreto, o con la qualità delle persone che vi partecipano (Cass. 08/08/2002, n. 12012; Cass. 22/10/2004, n. 20597).

5.3. Non vi è ragione per discostarsi da tale principio.

Nè esso può essere mutato solo per la minor età degli atleti. Tale minore età (salva l'ipotesi che escluda in radice la praticabilità di quello sport da parte di atleti minori per la sua pericolosità) andrà valutata solo nell'ambito delle concrete caratteristiche in cui l'irruenza sportiva è stata espletata, e quindi costituisce una delle qualità delle persone che partecipano alla competizione e che il giudice di merito deve valutare al fine di affermare o escludere che vi sia bilanciamento tra il grado di irruenza applicato e la normalità dello sport praticato in quelle circostanze.

Nella fattispecie il giudice di appello ha tenuto conto che si trattava di una partita di calcio tra giovanissimi giocatori; che lo scontro è avvenuto nell'ambito del gioco ed era a questo collegato;

che non vi era volontà di ledere, che tutti i giocatori erano dilettanti; che, tenuto conto di tutte le circostanze, il grado di irruenza dello scontro era compatibile con le caratteristiche di una partita di calcio.

Trattasi di una valutazione fattuale, di esclusiva competenza del giudice di merito, che non risulta censurata a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

6. Essendo esclusa l'ingiustizia del danno, e quindi l'antigiuridicità del fatto (se fosse stato assistito da colpa o dolo nell'ipotesi che l'autore non fosse stato incapace), correttamente la corte di merito ha escluso l'esistenza degli elementi costitutivi dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c., e la responsabilità della convenuta a norma dell'art. 2047 c.c..

7. Il rigetto dei primi due motivi di ricorso comporta il rigetto anche del terzo motivo, con cui i ricorrenti censurano l'impugnata sentenza per aver rigettato l'appello incidentale relativo al rigetto da parte del tribunale della domanda di risarcimento del danno fisiognomico.

8. Il ricorso va rigettato ed i ricorrenti vanno condannati in solido al pagamento delle spese del giudizio di cassazione.

### P.Q.M.

Rigetta il ricorso. Condanna i ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di cassazione sostenute dalla resistente e liquidate in complessivi Euro 1700,00, di cui Euro 200,00 per spese, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 16 febbraio 2011.

Depositato in Cancelleria il 30 marzo 2011

### IL COMMENTO

#### 1. Il caso.

La questione sottoposta all'esame della Suprema Corte riguarda la responsabilità dell'organizzatore di un evento sportivo in seguito alle lesioni subite da un minore durante lo svolgimento di un torneo calcistico. In particolare, nel corso di una partita di calcio, un minore, in un'azione di gioco, con una "testata" colpiva un avversario, suo coetaneo, provocandogli lesioni al volto.

Di qui la richiesta risarcitoria dei genitori, in proprio e quali esercenti la potestà genitoriale sul figlio, nei confronti del circolo sportivo, organizzatore della manifestazione, e del suo Presidente per i danni subiti dal giovane atleta.

In primo grado, il Tribunale aveva accolto la domanda proposta dai genitori affermando la responsabilità dell'associazione sportiva, quale organizzatrice del torneo tra minori, ai sensi dell'art. 2047 c.c. La Corte d'Appello, adita dal circolo sportivo, rigettava la domanda, ritenendo che, in applicazione dei principi vigenti in tema di responsabilità aquiliana nelle competizioni sportive, la condotta tenuta dal minore antagonista non integrava gli estremi di un fatto astrattamente illecito, per cui nessuna responsabilità, a causa del comportamento dell'incapace, poteva essere ascritta alla associazione convenuta.

La Suprema Corte ha confermato la sentenza di rigetto della Corte d'Appello, rilevando come il fatto commesso dal minore fosse privo del requisito dell'antigiuridicità, in quanto lo scontro era avvenuto "nell'ambito del gioco ed era a questo collegato" ed il "grado di irruenza dello scontro era compatibile con le caratteristiche di una partita di calcio tra dilettanti", di guisa che nessuna volontà di ledere poteva essere imputata al minore.

La predetta decisione, pur inserendosi nell'ambito di un diffuso orientamento giurisprudenziale, si segnala, in particolare, per l'attenta ricostruzione delle questioni attinenti all'illecito compiuto da un minore durante una manifestazione sportiva. Infatti, nonostante un'intensa e proficua elaborazione dottrinale e giurisprudenziale abbia messo in luce e colmato talune lacune e inadeguatezze insite nelle norme di cui agli artt. 2047 e 2048 c.c., numerose, a tutt'oggi, sono le questioni aperte,



non definitivamente risolte<sup>1</sup>. Tra queste, traendo spunto dalle osservazioni contenute nella citata sentenza, sollecitano una specifica riflessione la valenza rivestita dalle regole federali nel giudizio di responsabilità civile, l'individuazione dei comportamenti lesivi coperti dalla c.d. scriminante sportiva, e dunque l'area del rischio consentito, la natura della responsabilità dell'organizzatore dell'evento in seguito al fatto lesivo posto in essere dal minore in danno di un suo coetaneo.

Aspetti, questi, che saranno presi in considerazione con riguardo all'attività sportiva non professionistica - che è quella ispirata da una logica remunerativa fonte di reddito per l'atleta<sup>2</sup> - bensì di carattere dilettantistico, ossia prestata per scopi non lucrativi, ma esclusivamente edonistici, ricreativi e di educazione psico-fisica, o di natura amatoriale, in quanto non inserita in un contesto organizzativo finalizzato al coordinamento di più gare<sup>3</sup>.

## 2. L'autore materiale dell'illecito: il minore di età.

La sentenza in esame richiama il principio normativo secondo il quale, ai fini dell'operatività dell'art.2048 c.c. è necessario che si accerti l'esistenza di un fatto antigiusuridico, compiuto da un minore, tradottosi nella lesione di una posizione meritevole di tutela<sup>4</sup>. Evento questo che, sebbene pri-

vato delle sue componenti soggettive, deve sussistere anche ai fini dell'applicabilità dell'art. 2047 c.c., visto che il criterio distintivo tra le due predette fattispecie è incentrato, appunto, sulla capacità di intendere e di volere del soggetto al momento della commissione dell'illecito.

Secondo la Suprema Corte, invero, sia dalla sequenza codicistica<sup>5</sup> che dalla lettura sistematica delle norme citate, si evince che la responsabilità del minore nella causazione dell'illecito è personale, di guisa che l'evento lesivo potrà essere a lui imputato solo ove sussista la capacità naturale. Per tale ragione, l'art. 2048 c.c. - a differenza della norma che lo precede, che utilizza il termine "fatto" non accompagnato da alcuna aggettivazione - fa espresso riferimento all'illecito, così richiamando l'attenzione sull'importanza dell'accertamento di tutte le circostanze previste dall'art. 2043 c.c., comprese quelle che riguardano la struttura soggettiva dei comportamenti<sup>6</sup>.

In particolare - si afferma - è solo in presenza di un soggetto capace di intendere e di volere che è possibile applicare i comuni criteri di imputazione della responsabilità, fondati sulla colpevolezza dell'autore dell'illecito<sup>7</sup>. Cosicché se il minore è incapace naturale, non potendosi ascrivere alcuna colpa a suo carico, si sarà in presenza in fatto "dannoso", ma non "illecito", del quale il sorvegliante risponderà per *culpa in vigilando* e non anche per *culpa in educando*. Il che - prosegue la sentenza - non esclude che il danno debba essere "ingiusto", dal momento che dal complessivo sistema di regole sulla responsabilità civile si ricava che il sorvegliante è tenuto a risarcire il danno solo se il com-

<sup>1</sup> M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. al cod. civ.* Scialoja Branca, Bologna, 1993, p. 349, evidenzia l'opera integrativa e chiarificatrice svolta dalla giurisprudenza soprattutto in tema di: a) estensione dell'ambito soggettivo di applicabilità (istruttori, accompagnatori, allenatori, organizzatori); b) prova liberatoria, trasformata da prova negativa (non aver potuto impedire il fatto,) in positiva, aver sorvegliato adeguatamente e ben educato il minore (Cass. 20 ottobre 2005 n:20322, in *Arch. giur. circ.*2006, p. 511; Cass. 21 febbraio 2002, n: 2637, in *Arch. civ.* 2003, p.1369).

<sup>2</sup> G. GIUGNI, *La qualificazione di atleta professionista*, in *Riv. dir. spor.* 1986, p. 166;

<sup>3</sup> C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva, Il Coni e la regolamentazione dello sport*, Milano, 2000, p. 95; L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, p. 172; E. INDRACCOLO, *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Napoli, 2008, pp. 16.e p. 154, che sottolinea, da un lato, come alcune gratificazioni di natura economica, sebbene non riconducibili alla stipulazione di un contratto di lavoro tra atleta e sodalizio, siano riscontrabili anche nel dilettantismo; dall'altro, come lo sport amatoriale implichi comunque il rispetto di determinate regole federali, ma sia caratterizzato dall'assenza di strutture organizzative permanenti.

<sup>4</sup> Cass. 26.06. 2001 n° 8740 in *Foro it.* 2001, I, c. 3098 con nota di F. DI CIOMMO, *L'illiceità (o antigiusuridicità) del fatto del minore (o dell'incapace) come presupposto per l'applicazione dell'art. 2048 (o 2047) c.c.*, che ha ribadito come ai fini della responsabilità del sorvegliante dell'incapace sia necessario che il fatto di quest'ultimo, escluso l'elemento psicologico, presenti tutte le caratteristiche di antigiusuridicità, di modo che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito.

<sup>5</sup> Il legislatore, infatti, ha inserito prima la norma che esclude la responsabilità del soggetto incapace di intendere e di volere (art. 2046), poi l'art. 2047, che individua i genitori, nella loro qualità di sorveglianti, quali responsabili del danno cagionato dal minore incapace, ed infine l'art. 2048 che disciplina l'ipotesi in cui il fatto illecito sia compiuto da un soggetto capace di intendere e di volere, ma minore d'età.

<sup>6</sup> Basti pensare che nel cod. civ. del 1865, sebbene l'art. 1151 prevedeva che nessuna responsabilità sussisteva senza la colpa del soggetto che aveva provocato il danno, l'art. 1153 stabiliva che "ciascuno parimenti è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere" ed al secondo comma precisava che "il padre o in mancanza la madre sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi", senza che a tal fine fosse necessaria la colpevolezza del minore autore del danno. In questo senso, vedi la Relazione al codice civile del '42 (par. 794) dove si afferma l'importanza della modifica testuale apportata alla norma, dal momento che l'art. 2048 fonda la responsabilità delle persone ivi indicate sulla colpa propria o altrui.

<sup>7</sup> F. D'AQUINO, *Regime aquiliano differenziato e colpevolezza dell'incapace*, in *Danno resp.* 1996, p. 291, G. VISINTINI, *I fatti illeciti I, L'ingiustizia del danno - Imputabilità*, Padova, 1987; F. DI CIOMMO, op. cit., p. 3103;





portamento del minore è “oggettivamente antiggiuridico”, ossia è caratterizzato dall’ assenza di una causa di giustificazione ed è lesivo di “un interesse rilevante per l’ordinamento, nel bilanciamento delle posizioni, valutate dal giudice di merito”.

Da tali considerazioni emerge, dunque, il legame inscindibile che la giurisprudenza istituisce tra capacità di intendere e di volere e colpa, considerando la prima un elemento della seconda, sulla base della tradizionale concezione moralistica della responsabilità. E’ questo, però, un indirizzo che appare oggi non solo inidoneo a cogliere il nesso “pregiudiziale tra capacità e comportamento”<sup>8</sup>, ma anche superato dalla più recenti tendenze giurisprudenziali, che prospettano un modello di responsabilità incentrato su elementi di natura essenzialmente oggettiva.

In realtà, si è da tempo osservato che se si ragionasse nella logica tradizionale, che tende ad assimilare concettualmente la capacità naturale alla colpa, si ometterebbe di considerare che la condotta del soggetto, per potersi valutare nella sua dimensione soggettiva, dovrebbe essere posta in essere volontariamente e consapevolmente, poiché è solo in tal caso che potrebbe esprimersi un giudizio sulla colpevolezza del soggetto. Il che significa sovrapporre la nozione di colpa a quella di imputabilità, senza considerare che quest’ultima, a differenza della prima, non implica affatto la presenza di un elemento psicologico, essendo riferibile anche alle ipotesi in cui il comportamento, benché consapevole e volontario, provochi una conseguenza dannosa a terzi per cause che fuoriescono dalla sfera di controllo del danneggiante<sup>9</sup>. Tant’è vero che i criteri normativi attraverso i quali è dato ascrivere al danneggiante (anche se minore di età) le conseguenze lesive causalmente riconducibili alla sua condotta non si identificano esclusivamente con la colpa<sup>10</sup>, ma sono plurimi e differenziati e si estendono fino a ricomprendere le ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA, NATOLI, *Diritto civile*, III, Torino, 1994, p. 696.

<sup>9</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. 1, Padova, 2004 p. 562 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 118 ss.; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 61 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni “mezzi” e obbligazioni di “risultato”*, in *Riv. dir. comm.*, 1954 p. 319 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1980, p. 271; M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Milano, 1988, p. 355 ss.; E. ROPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2001, p. 958.

<sup>10</sup> Così, invece, PATTI, *Responsabilità dei genitori: una sentenza in linea con l’evoluzione europea*: Cass. 10 maggio 2000 n°5957, in *Jus*, 2000, p. 1851.

<sup>11</sup> R. SCOGNAMIGLIO *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1968, p. 693; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità civile e minore età*, Napoli, 1994, p. 91

Conseguentemente, in presenza di un danno causato da un minore incapace di intendere e di volere, non essendo l’evento lesivo in alcun modo ascrivibile al danneggiante, sarà soltanto colui che è tenuto alla sorveglianza che, ove non dimostri di non aver potuto impedire il fatto, dovrà rispondere delle conseguenze dannose, ai sensi dell’art. 2047 c.c, non residuando alcuno spazio per una concorrente responsabilità del minore; mentre se quest’ultimo possiede la capacità naturale ed il fatto è a lui imputabile, responsabili del danno, solidamente con il figlio, saranno i genitori, ai sensi dell’art. 2048 c.c.<sup>12</sup>.

Del resto, è proprio in quest’ottica che si comprende appieno la differente disciplina che, in tema di imputabilità del fatto dannoso, ha dettato il legislatore civilistico rispetto a quello penalistico. Infatti, mentre quest’ultimo, nel tentativo di adeguare la pena al grado di colpevolezza del reo, ha fissato espressamente la cause che escludono o attenuano l’imputabilità del soggetto ed ha stabilito una presunzione assoluta di non perseguibilità per i minori di anni quattordici, la normativa civilistica, per contro, attribuisce rilievo unicamente all’incapacità di intendere e di volere, stabilendo che essa può solo escludere e mai diminuire l’imputabilità<sup>13</sup>. Non solo, ma le norme poste dagli artt. 2046 e 2047 c.c., a differenza delle regole penali, lungi dal determinare analiticamente le cause ostative dell’imputabilità, rimettono al giudice il compito di accertare, in virtù delle specifiche e concrete circostanze nelle quali il fatto illecito è stato posto in essere, se il minore era effettivamente capace di intendere e di volere<sup>14</sup>.

Proprio per tali ragioni, mancando un espresso e specifico criterio in base al quale apprezzare la capacità naturale del minore, il giudice dovrà far riferimento a parametri tratti dalla comune esperienza e dalle scienze medico-sociologiche, in modo da valutare, in concreto, in base al singolo comportamento, la sussistenza o meno della capacità del minore<sup>15</sup>. In particolare, dovrà aver riguardo non solo

<sup>12</sup> G. VISINTINI, *Imputabilità e danno cagionato dall’incapace*, in *Nuov giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 121; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1224;

<sup>13</sup> G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 344

<sup>14</sup> Cass. 20 ottobre 2005 n° 20322, in *Fam. Dir.*, 2006, , 135 con nota di FACCI, *La responsabilità dei genitori in caso di incidente stradale del figlio minore: per colpa o oggettiva?*, in *Fam. dir.* 2006, p. 142 ss.

<sup>15</sup> P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e inadempimento*, Napoli, 1950 p. 33 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 734 che rilevano come la capacità naturale non va concepita come nozio-

all'età del ragazzo, ma anche al suo sviluppo intellettuale, al tipo di studi frequentati, all'eventuale presenza di patologie ritardanti la forza del carattere, all'acquistata consapevolezza dell'illiceità dell'azione e alla gravità delle conseguenze da essa derivate, alla capacità di autodeterminarsi ed a tutte le altre circostanze fattuali e ambientali presenti al momento della lesione<sup>16</sup>.

L'età del minore, pertanto, se nel sistema penalistico assume un rilievo assorbente, visto che per i soggetti infraquattordicenni nessun giudizio sulla loro capacità naturale è richiesto, in ambito civilistico, invece, riveste un valore presuntivo, non assoluto, non potendo essere considerata quale prova in *re ipsa* dell'incapacità del ragazzo. Quest'ultima deve trarsi piuttosto da tutte le circostanze sopra citate e non può essere desunta – come invece si afferma in talune decisioni – utilizzando i parametri penalistici, in virtù dei quali i soggetti infraquattordicenni sarebbero da considerarsi incapaci di intendere e di volere ed i c.d. minori “medi” e “grandi”, dovrebbero, per contro, ritenersi dotati della capacità naturale a prescindere da qualsiasi accertamento di fatto<sup>17</sup>.

Conseguentemente, in presenza di un illecito sportivo commesso da un minore, ai fini del giudizio di responsabilità civile, non può stimarsi sufficiente il solo accertamento dell'età del ragazzo, in quanto è necessario tener conto di tutte le circostanze evidenziate, e in particolare del grado di maturità e di capacità di discernimento del soggetto<sup>18</sup> e della consapevolezza che l'atleta possiede in ordine alle conseguenze che dalla sua condotta possono derivare. In questi casi, invero, ciò che assume decisivo rilievo è sia “il nesso funzionale tra gioco ed evento lesivo”, sia il bilanciamento tra “il grado di irruenza applicato nell'azione di gioco” e la qualità dei soggetti partecipanti alla gara, dovendosi valutare l'effettiva consapevolezza che gli

atleti mostrano di avere in ordine alle possibili conseguenze derivanti dalla loro condotta. Non basta, cioè, operare una valutazione astratta del comportamento tenuto dal soggetto per stabilire se esso rientri o meno tra i normali gesti connessi allo sport praticato, ma si deve procedere ad un più articolato giudizio che tenga conto, in concreto, delle qualità delle persone, del loro grado di maturità, della capacità di autodeterminarsi e di tutte le altre circostanze fattuali e ambientali presenti al momento della lesione, poiché è solo all'esito di tale indagine che si potrà affermare la responsabilità del minore e dei soggetti indicati nell'art. 2048 c.c.<sup>19</sup>

In realtà, proprio tali elementi, da un lato, chiariscono come il contenuto del dovere di vigilanza incombente sul sorvegliante non sia assoluto, ma si specifichi in funzione delle modalità in cui il fatto lesivo è stato posto in essere; dall'altro, contribuiscono a fondare anche l'eventuale responsabilità del precettore/organizzatore di un evento sportivo. Questo perché il ruolo del genitore si esaurisce nella fase di iniziazione allo sport al quale la competizione si riferisce e nella scelta di precettori e maestri affidabili, mentre è su questi ultimi che grava il dovere di provvedere alla sorveglianza degli atleti minori di età durante lo svolgimento della competizione.

Più precisamente - si vedrà - come in presenza di un evento lesivo, per stabilire se sussista o meno la responsabilità del precettore/organizzatore occorrerà, in primo luogo, accertare se il fatto antigiusuridico sia imputabile all'atleta e non rientri invece nell'ambito della c.d. scriminante sportiva. La decisione in esame - e più in generale la giurisprudenza prevalente - tendono infatti a considerare lecita la condotta di gioco che ha provocato il danno, là dove la stessa sia riconducibile al rischio sportivo inerente al tipo di gara, e cioè sia tenuta in una fase che in genere si presenta nel corso della partita, e si sia tradotta in un comportamento normalmente praticato per risolverla, senza danno fisico, in favore di quello dei contendenti che se ne serve.

In secondo luogo, sarà necessario valutare se, tenuto conto dell'età e della maturità degli allievi, l'organizzatore abbia adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Ciò sotto il duplice profilo dell'idoneità delle misure protettive adottate a tutela della sicurezza e dell'integrità psico-fisica degli atleti e dell'adeguata vigilanza degli allievi per tutto il tempo in cui gli sono stati affidati<sup>20</sup>.

ne permanente, generale e astratta, ma deve essere apprezzata in relazione ai singoli atti e attività.

<sup>16</sup> Cass. 30 marzo 2011 n. 7247 cit; Cass. 26 giugno 2001 n°8740, cit. sottolineano come in presenza di un illecito compiuto da un minore il giudice non possa limitarsi a tener presente l'età dell'autore del fatto ma debba procedere ad un più articolato giudizio, tenendo conto di tutti caratteri indicati nel testo.

<sup>17</sup> Cass. 19 novembre 2010 n: 23463, in *De iure*; Cass. 9 aprile 1997 n° 3088, in *Fam dir.*, 1997, p. 221 che, ai fini dell'accertamento della capacità di intendere e di volere di un minore d'età, autore di un fatto illecito, escludono la necessità di un'indagine tecnica di tipo psicologico quando le modalità del fatto e l'età del minore sono tali da autorizzare una conclusione in un senso o nell'altro.

<sup>18</sup> M. BESSONE, *La ratio legis dell'art. 2048 c.c. e la responsabilità degli insegnanti per il fatto illecito dei minori*, in *Foro pad.* 1982, p. 329; M. MANTOVANI, *Responsabilità dei genitori, precettori, maestri d'arte*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa e Bessone, Torino 1987, I, p. 40 ss.

<sup>19</sup> Cass. 26 giugno 2001 n°8740, cit

<sup>20</sup> Cass. 15 gennaio 2003 n 482, in *Dir. Ec. Ass.* 2003, 578, che ha riconosciuto la responsabilità dell'associazione che aveva organizzato una settimana bianca durante la quale un minore, nell'effettuare una discesa su una pista da sci, aveva riportato lesioni personali. In tal caso, la Suprema Corte, ritenendo il fat-



### 3. Regole comuni e regole sportive

Ai fini dell'individuazione del concetto di illecito sportivo è innanzitutto opportuno verificare l'attuale atteggiarsi del rapporto tra regole sportive e norme dell'ordinamento generale, poiché è dal loro intrecciarsi – si vedrà – che derivano le diverse soluzioni proposte in ordine alla responsabilità dell'atleta e dell'organizzatore.

Da tempo, infatti, in seguito al riconoscimento del C.O.N.I., quale ente esponenziale dell'ordinamento sportivo, si è ammessa la valenza giuridica delle norme federali. Tale ente è dotato di una potestà di autodeterminazione, che si articola nell'emanazione di norme regolamentari, che si identificano con le regole tecniche che ogni Federazione sportiva detta per disciplinare il corretto funzionamento della competizione e per prevenire il verificarsi di eventi dannosi a carico degli atleti<sup>21</sup>.

In realtà, il legislatore del 2003, nel riconoscere l'autonomia dell'ordinamento sportivo<sup>22</sup>, considerandolo come un'articolazione del più ampio ordinamento internazionale, facente capo al Comitato olimpico internazionale, ha fissato i criteri che delineano i rapporti tra esso e l'ordinamento generale<sup>23</sup>,

to lesivo non rientrante nella normale area dello sport, ha fondato la responsabilità dell'organizzatore sulla violazione dell'obbligo di vigilanza per non aver impedito al minore di sciare in assenza dell'istruttore. La giurisprudenza tende peraltro ad estendere l'operatività dell'art. 2048 c.c. anche all'accompagnatore, ritenendolo titolare di un dovere di vigilanza la cui violazione sarebbe fonte di responsabilità. (Trib. Milano 17 febbraio 2007, in *Danno resp.* 2008, p. 673 con nota di P. SANTORO, "Passioni rischiose: sulla responsabilità dell'accompagnatore di atleti"; V.FRATTAROLO, *In tema di responsabilità per l'esercizio di attività sportiva*, in *Foro pad.* 1985,p.377). Diversamente, Corte Appello Genova, 6 ottobre 1981, in *Riv. dir. sport*, 1982, p.189; S.PATTI, *Insegnamento dello sport e responsabilità civile*, in *Resp. Civ.* 1992, p. 513 che escludono dall'ambito di applicabilità dell'art. 2048 c.c. coloro che non svolgono alcuna attività di insegnamento.

<sup>21</sup> V.FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984, p. 24 ss.

<sup>22</sup> L'art. 1 del d. l. 19 agosto 2003 n.220, convertito dalla legge 17 ottobre 2003 n. 280, contiene infatti l'esplicito riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e stabilisce che "i rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento della Repubblica sono regolati dal principio di autonomia", salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento statale "di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo"

<sup>23</sup> Tra coloro che inquadrano il fenomeno sportivo nell'ambito delle teorie pluralistico- ordinamentali, vedi W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, *passim*; id. *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, 1381; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p.93; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957; A.E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in Id. *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, p. 185 ss.; M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*,1949, I, p. 10; Id. *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1996, p. 671; F. MODUGNO,

sancendo la piena rilevanza giuridica delle situazioni soggettive che si ricollegano al fenomeno sportivo. In particolare, l'art. 3 della legge 280/2003 prevede che, esauriti i gradi della giustizia sportiva, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del CONI e delle Federazioni sportive, non riservata agli organi di giustizia sportiva, è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Mentre è rimasta immutata la cognizione del giudice ordinario in ordine agli illeciti aquiliani commessi da un giocatore a danno di un suo avversario, poiché, in tal caso, né si verte su "atti o disposizioni federali", né si è in presenza di giudizi espressamente devoluti alla cognizione di altro giudice<sup>24</sup>.

Come, pure, si è chiarito che spetta al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, il potere di decidere sulla domanda risarcitoria proposta da atleti, tesserati, associazioni e società sportive contro il provvedimento disciplinare adottato dalle Federazioni o dal CONI, ritenuto lesivo di situa-

*Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.* vol.XXXIV, Milano, 1985, p. 32 ss. Id. *Legge – Ordinamento giuridico- Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985, p. 185 ss.. In senso critico, vedi P. PERLINGIERI. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.* 2005, p. 190; Id *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 6, che rileva come il c.d. ordinamento sportivo non solo non goda di alcuna autonomia, si da legittimarlo come "altro" e "diverso" rispetto a quello statale, ma non rappresenti neppure un "ordinamento" in senso proprio poiché l'ordinamento giuridico è unico e non conosce altri ordinamenti, seppur derivati, ma soltanto sistemi normativi che convivono nell'insieme ordinamentale unitario e superiore, governato dai principi fondamentali e dai valori giuridici che rappresentano il punto di riferimento per individuare e comporre, in sede interpretativa, tali sistemi. In questo senso vedi, L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici: analisi critica dei profili teorici e delle applicazioni al fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sport.* 1998, p. 38; Id. *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, p. 83; A. LEPORE, *Responsabilità civile, e tutela della <<persona atleta>>*, Napoli, 2009, p. 36 ss; E. INDRACCOLO, *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Napoli, 2008, p. 60 ss; R. GIAMPETRAGLIA, *Riflessioni in tema di responsabilità sportiva*, Napoli, 2002, p. 46 ss.; P. MORO, *Natura e limiti del vincolo sportivo*, in *Riv. dir. econ. sport.* 2005, p. 76 ss; p.76 ss.

<sup>24</sup> Tali controversie, peraltro, neppure potrebbero ritenersi comprese nella competenza del giudice amministrativo ai sensi della legge 205/2000 - che, nelle aree di cognizione esclusiva di tale autorità, sancisce la competenza a giudicare anche in tema di tutela di diritti - in quanto fuoriescono dall'ambito di operatività della norma sopra citata. C. CASTRONOVO, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, in *Eur. dir.priv.* 2008, p. 556. Da ciò discende l'invaldità dell'eventuale clausola compromissoria, sottoscritta dall'atleta all'atto del tesseramento, che rimette esclusivamente alla giustizia sportiva la competenza a giudicare su diritti indisponibili, qual è quello dell'integrità psicofisica (P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975 p. 35 ss.; in giurisprudenza vedi Cass. 29 settembre 1994 n°7856 in *De iure*, e risalendo nel tempo Cass. 3 aprile 1987 n°3218, in *Giust. civ.* 1987,I, 1678).



zioni giuridiche rilevanti per l'ordinamento statale<sup>25</sup>. In tal modo, si è riconosciuta al Giudice statale non solo la possibilità di conoscere e valutare, seppur in via incidentale e indiretta, le sanzioni disciplinari inflitte ai predetti soggetti, ma altresì il potere di decidere in merito alla fondatezza della richiesta risarcitoria avanzata dagli atleti per la lesione di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti. Il che implica che l'affermata autonomia dell'ordinamento sportivo da quello statale non si traduce in una rigida e assoluta separazione tra essi, poiché ove si verifici la violazione di un interesse costituzionalmente protetto interviene comunque la giurisdizione ordinaria, con conseguente azionabilità della tutela risarcitoria. Tutela che realizza un "ragionevole bilanciamento" tra i contrapposti interessi delle parti e salvaguarda l'autonomia dell'ordinamento sportivo, che altrimenti, se si ammettesse una tutela di invalidazione del provvedimento disciplinare, potrebbe "subire una forma di intromissione non organica"<sup>26</sup>.

Sulla scia di tali indicazioni normative si è così definitivamente superato l'indirizzo che attribuiva alle norme sportive un'efficacia sostanzialmente interna ed imperniava il giudizio di responsabilità civile esclusivamente sulle regole di diritto comune. La progressiva estensione della valutazione da parte del giudice ordinario degli eventi accaduti durante le competizioni sportive ha infatti ampliato la valenza giuridica delle regole tecnico-sportive, le quali si sono (im)poste all'attenzione dell'interprete proprio nei giudizi di responsabilità civile promossi in seguito ai danni verificatisi durante lo svolgimento delle predette attività e nelle fasi preparatorie delle stesse<sup>27</sup>. Non solo, ma si è altresì abbandonata l'idea, dominante fino alla fine del secolo scorso, secondo la quale l'estensione delle regole di diritto comune all'attività agonistica avrebbe inciso negativamente sulle peculiarità del mondo sportivo. Su un ambiente, cioè, governato da apposite regole, dotate di una loro specificità, in virtù delle quali una serie di condotte certamente illecite se valutate alla stregua dell'ordinamento giuridico generale,

erano invece da considerarsi lecite ove conformi alle regole del gioco, essendo queste ultime intrinsecamente caratterizzate dai concetti di rischio e di pericolo<sup>28</sup>.

L'abbandono di siffatta asserita e impropria contaminazione tra norme federali e disposizioni ordinarie, ha fatto sì che le regole di condotta emanate dalla Federazione di una determinata disciplina sportiva potessero rivestire anche il ruolo di norme di comune prudenza nell'ambito dell'ordinamento generale. Si spiega così la crescente attenzione verso l'individuazione dei limiti entro i quali circoscrivere il giudizio di illiceità della condotta del giocatore, fonte dell'evento lesivo, e la conseguente cognizione del giudice ordinario delle sole norme federali dirette a salvaguardare l'integrità fisica degli atleti.

Tuttavia anche tale ultima conclusione, nella misura in cui tende a distinguere le predette norme da quelle che mirano a garantire l'equilibrio nello svolgimento della competizione, è apparsa piuttosto generica e poco convincente. Infatti, le norme che sanzionano una condotta sportiva irregolare sono spesso dettate da un pluralità di ragioni che, oltre a garantire un miglior svolgimento della gara, tendono spesso a prevenire determinati eventi dannosi a carico dell'atleta o dei terzi<sup>29</sup>. Il che rende assai difficile stabilire sul piano pratico-applicativo se una determinata regola miri soltanto a garantire la parità iniziale tra i partecipanti e non anche l'incolumità fisica degli atleti<sup>30</sup>.

Diversamente, maggiore valenza significativa può essere riconosciuta al criterio incentrato sulla natura e sugli scopi della manifestazione sportiva, e in particolare sulla distinzione tra gioco praticato nell'ambito di competizioni ufficiali e gioco fra amici. In quest'ultimo caso, infatti, il giudizio di responsabilità a carico di colui che ha provocato una lesione all'avversario, disattendendo una norma federale, non pare poter prescindere dall'osservanza delle norme di comune prudenza, che si pongono

<sup>25</sup> Corte Cost. 11 febbraio 2011 n.49 in *Giust. civ.* 2011, I, p. 1145

<sup>26</sup> Corte Cost. 11 febbraio 2011 n°49 cit.

<sup>27</sup> BERTINI, *La responsabilità sportiva*, Milano, 2002.; R.FRAU *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile* (a cura di Cendon), X, Torino, 1988, p. 307 ss.; SCIALOJA voce *Responsabilità civile* in *Dig. IV, Discipl. Priv.*, sez. civ. Torino 1988, p. .; C. CANTAMESSA, G. M. RICCIO, G. SCIANCALEPORE, *Lineamenti di diritto sportivo*, Milano, 2008; M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile nello sport*, Torino, 2007; L. DI NELLA, *Sport e mercato. Metodo, modelli, problemi*, Napoli, 2011; id. *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, 2010; A. LEPORE, *Responsabilità civile e tutela della <<persona-atleta>>*, Napoli, 2009,

<sup>28</sup> C. CASTRONOVO, op. cit., p. 553, che, muovendosi nell'ottica della teoria pluralistica-ordinamentale, rileva come i punti di contatto ed i momenti di collegamento che indubbiamente esistono tra situazioni rilevanti nell'ordinamento sportivo ed in quello statale, non possano mai giungere a "quella che altrimenti diventa confusione e che non va scambiata per il rispetto reciproco che l'autonomia degli ordinamenti esige per ciascuno di essi".

<sup>29</sup> Si pensi, ad esempio, al divieto imposto al pugile di colpire l'avversario sotto la cintura, oppure all'obbligo del corridore di mantenere la propria corsia, ovvero al dovere di dare strada nelle gare motociclistiche o automobilistiche. Norme queste che – è evidente – sono ispirate non solo dall'esigenza di garantire un più equilibrato e ordinato svolgimento della competizione sportiva, ma anche di tutelare l'incolumità fisica degli atleti.

<sup>30</sup> Cfr. R.FRAU, op. cit., p. 307; V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile cit.*, p. 24;





come parametro valutativo ulteriore rispetto alla mera ottemperanza alle regole del gioco in sé e per sé considerate. Così, pure - si vedrà - particolarmente rilevante è l'altro criterio a questo collegato che fa leva sullo stretto legame che deve sussistere tra atto lesivo e azione di gioco, di guisa che, ai fini della nascita della responsabilità civile, è necessario che l'azione lesiva non sia funzionalmente connessa ai caratteri propri dell'attività sportiva praticata, e cioè sia compiuta allo scopo di ledere, ovvero con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco<sup>31</sup>.

In realtà, la riconosciuta integrazione tra regole sportive e norme comuni fa sì che ai fini del giudizio di responsabilità civile sia necessario valutare il comportamento dell'atleta sulla base di entrambe le disposizioni. Questo perché l'osservanza delle regole federali non solo non esclude, di per sé, l'eventuale responsabilità del partecipante alla competizione<sup>32</sup>, visto che egli è comunque tenuto a salvaguardare l'altrui integrità fisica ex art. 2043 c.c.<sup>33</sup>, ma anche perché la violazione delle regole sportive non sempre è in grado di generare, *ipso iure*, una responsabilità in capo all'atleta. In particolare, nella prima ipotesi, la responsabilità dell'atleta può fondarsi sulla violazione del *neminem laedere*, che ha lo specifico compito di colmare le eventuali lacune esistenti nelle regole del gioco, là dove il loro rispetto non tuteli adeguatamente l'incolumità degli atleti; nell'altra ipotesi, invece, colui che partecipa alla competizione sportiva può essere tenuto a risarcire i danni provocati all'avversario anche se il gesto sportivo, benché funzionalmente connesso all'attività praticata, sia stato posto in essere con dolo o colpa grave<sup>34</sup>, ovvero con un grado di violenza o irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato, con il contesto ambientale nel quale

l'attività in concreto si svolge e con la qualità delle persone che vi partecipano.

Ragionando in questa logica, si comprende allora perché possa oggi considerarsi superato l'indirizzo tradizionale che considera la violazione delle regole del gioco l'unico elemento su cui fondare la responsabilità dell'atleta<sup>35</sup>, e si delinei, invece, con maggiore precisione, l'ambito dei comportamenti scriminati, ossia delle condotte che, pur essendo contrarie ai regolamenti federali, non sono sanzionabili in quanto rientranti nel rischio che ogni atleta consapevolmente assume nell'esercizio della propria attività sportiva. Rischio che si presenta non sempre uguale, ma riveste graduazioni diverse, che variano in funzione della natura e degli scopi della manifestazione, del grado di maturità e di capacità di discernimento dei soggetti e della consapevolezza che gli stessi posseggono in ordine alle conseguenze che dalla loro condotta possono derivare.

E' evidente, infatti, che se la competizione sportiva ha carattere non professionistico, può maggiormente giustificarsi una condotta altrimenti violenta; mentre se ha natura dilettantistica o amatoriale, il rischio ad essa connesso è minore, dal momento che agli atleti sono richiesti un grado di attenzione e una diligenza nella salvaguardia dell'integrità fisica degli avversari superiori rispetto a quelli pretendibili durante una gara professionistica<sup>36</sup>. Non solo, ma a caratterizzare ulteriormente l'attività sportiva tra minori concorre il fatto che il rischio è sì inferiore rispetto a quello che caratterizza le gare tra adulti, ma può presentare maggiori caratteri di imprevedibilità, visto che gli atleti non posseggono le stesse qualità di controllo e di prevenzione degli adulti e, dunque, non sempre hanno piena consapevolezza dei gesti sportivi compiuti e delle conseguenze pregiudizievoli che con gli stessi possono causare all'avversario.

<sup>31</sup> G. PONZANELLI, *Responsabilità civile e attività sportive*, in *Danno resp.*, 2009, p. 605; M. FRANZONI, *La responsabilità civile* cit. p. 930, che rilevano come anche la giurisprudenza sia oggi orientata ad articolare il giudizio sulla responsabilità degli atleti, non ritenendo sufficiente la sola violazione della regola del gioco.

<sup>32</sup> Non sempre, infatti, dette norme prefigurano esaustivamente le condotte potenzialmente lesive. Basta pensare, ad esempio, che fino alla metà degli anni '50, la "carica al portiere" nel gioco del calcio non era sanzionata dalle regole federali. Nonostante ciò la Suprema Corte aveva però stabilito che siffatta condotta, tenuta dall'avversario e sfociata nella lesione dell'integrità fisica del portiere, fosse idonea a generare una responsabilità civile a carico del contendente, se lesiva dell'integrità fisica.

<sup>33</sup> In questo senso, vedi Trib. Piacenza 1 giugno 2010 n°404, in *Danno resp.* 2011, p. 304, con nota di R DE STEFANIS; Cass. civ. 2002 n° 12012; G. VIDIRI, *Illecito penale e lesioni cagionate in competizioni sportive*, in *Giust. penale*, 1993, II, p. 280.

<sup>34</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità degli atleti*, in *La responsabilità sportiva*, Milano, 2002 p.; BUSNELLI, PONZANELLI, *Il rischio sportivo e la responsabilità civile*, in *Resp. civ. ass.*

<sup>35</sup> In tal senso, vedi Trib. Venezia 2 dicembre 1999, in *Giur. merito*, 2000, p. 641; G. PONZANELLI, op. cit., p. 604, che individua nella pluralità degli ordinamenti, nelle opportunità derivanti dall'analisi economica del diritto e nell'esistenza di una causa di giustificazione propria dell'ordinamento sportivo, le ragioni che portano ad escludere la responsabilità dell'atleta là dove siano state rispettate le regole del gioco.

<sup>36</sup> Così, ad esempio, è responsabile il pugile esperto che nel corso di un allenamento effettuato senza mezzi di protezione cagioni lesioni ai danni di un principiante, senza che in tal caso possa fondatamente invocarsi alcuna causa di giustificazione. Cfr. DINI, *L'atleta e i limiti del rischio*, in *Riv. dir. sport.* 1977, 60; M. FRANZONI, *La responsabilità civile* cit. p. 923 ss.; B. AGOSYTINIS, *La responsabilità dell'atleta*, in *Studi urbinati*, 2003, p. 7 ss.

#### 4. La scriminante sportiva

| 280

Manifestazione sportiva tra minori e responsabilità dell'organizzatore  
(Vincenzo Putorti)

Nella prospettiva tradizionale- si è detto- è la volontaria e consapevole accettazione di un certo rischio connaturato ad una determinata attività sportiva, anche se di natura pericolosa, che riveste efficacia esimente ai sensi dell'art. 50 c.p. In passato, infatti, si riteneva che le lesioni provocate dall'atleta ad un avversario potessero giustificarsi in virtù del consenso dell'avente diritto, nell'accezione del c.d. rischio sportivo. Si affermava, in particolare, che colui che decide di partecipare ad una competizione sportiva deve accettare il rischio di poter subire le lesioni conseguenti al tipo di attività praticata<sup>37</sup>. Cosicché se la lesione si verificava nel rispetto delle regole del gioco, mai poteva trovare ingresso l'azione risarcitoria, vista l'operatività della norma sopra citata, che rendeva lecito il comportamento dell'atleta sotto il profilo dell'ordinamento generale<sup>38</sup>.

Tale impostazione è apparsa però criticabile sia per la sua genericità, non contemplando alcuna distinzione tra attività sportive nelle quali c'è contatto fisico fra gli atleti, eventuale o necessario, e sport nei quali non è prevista né è possibile alcuna forma di contatto<sup>39</sup>, sia perché il consenso dell'avente diritto mai avrebbe potuto riguardare le lesioni permanenti, visto il limite inderogabile posto dall'art. 5 c.c.

Più precisamente, l'orientamento suddetto è sembrato operare un'evidente forzatura concettuale, sia perché non può ragionevolmente ritenersi che l'atleta che decide di praticare uno sport accetti, per ciò stesso, il rischio di subire menomazioni permanenti all'integrità fisica o addirittura di perdere la propria vita<sup>40</sup>, sia perché, in presenza di una competizione sportiva tra minori, si pone il problema relativo alla validità del consenso prestato dall'atleta, vista la possibile assenza della capacità naturale del soggetto. Ciò a prescindere dall'ulteriore rilievo che, anche in presenza di siffatto requisito, sarebbe stato comunque poco ortodosso far discendere l'operatività dell'art. 50 c.p. dalla mera osservanza delle regole sportive, ravvisando la responsabilità del minore solo là dove detta regola fosse stata violata<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Cass. Civ. 20 febbraio 1997 n.1564; Cass. pen. 2000 n:8910 e 2756 in *De iure*

<sup>38</sup> P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 222.

<sup>39</sup> Il riferimento è, ad esempio, alla distinzione tra gli sports in cui lo scontro fisico è necessario (pugilato), oppure eventuale e prevedibile (calcio), e le attività in cui detto contatto è invece del tutto assente, quali il golf ed il tennis.

<sup>40</sup> M. FRANZONI, *La responsabilità civile cit.*, p.925

<sup>41</sup> L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo cit.*, p. 352;

Alla luce di tali considerazioni, si è allora rilevato come la pratica sportiva, in quanto volta al soddisfacimento di un interesse generale, qual è il miglioramento della salute, costituisca essa stessa la causa di giustificazione dei comportamenti degli atleti lesivi dell'integrità fisica degli avversari. In tal modo, l'attenzione si è spostata sui limiti entro cui circoscrivere l'area di rilevanza giuridica delle condotte dannose<sup>42</sup>; limiti i cui confini non sempre sono uguali a se stessi, potendo variare in base alle caratteristiche, alle regole, al contesto ed alle modalità di svolgimento della disciplina sportiva. Il che indubbiamente segna un punto di interferenza assai significativo tra le regole ordinarie e quelle sportive, poiché è anche dalla violazione di queste ultime che si determinano le conseguenze sul piano civilistico in ordine alla responsabilità dell'atleta e al soggetto promotore e organizzatore dell'evento sportivo.

Non solo, ma è proprio in questa prospettiva, che si coglie l'importanza del collegamento funzionale che deve sussistere tra gioco ed evento dannoso, ossia della compatibilità esistente tra l'azione lesiva e le caratteristiche proprie dell'attività svolta<sup>43</sup>. Questo perché – si è detto - la partecipazione ad una determinata attività sportiva da parte dell'atleta implica una preventiva accettazione del solo rischio tipico che ad essa è connaturato, e non anche delle conseguenze che derivino da condotte totalmente avulse dalla dinamica dello sport praticato<sup>44</sup>.

Si spiega così inoltre perché debbano considerarsi estranee al campo applicativo della predetta esimente tutte le condotte volutamente dirette a cagionare lesioni ad altro partecipante alla gara per ritorsione o risentimento personale, dal momento che in tali ipotesi la competizione sportiva altro non rappresenta se non una mera occasione per la commissione dell'illecito. Come, pure, si comprende perché non possano ritenersi scriminati i comportamenti del giocatore che, seppur finalisticamen-

<sup>42</sup> La Suprema Corte, a partire dalla fine del secolo scorso, superando il precedente indirizzo che riconduceva la scriminante sportiva nell'ambito delle cause di giustificazione codificate, ha affermato che essa ha una valenza autonoma, possibile in virtù dell'analogia in *bonam partem*, (Cass. Pen. 2001 n° 24942, Cass. Pen. 2003, n.39204; Cass. Pen. 2008, n. 44306) tesa ad escludere l'antigiuridicità in relazioni a fatti che in sé considerati integrerebbero gli estremi di un reato (Cass. 25 febbraio 2000 n°2765; Cass. Pen 2001 n. 215, entrambe in *De iure*) Diversamente C. CASTRONOVO, op. cit., p. 557. che qualifica la scriminante sportiva non quale causa di giustificazione non codificata, bensì come "scriminante di rinvio, del rinvio che l'ordinamento statale deve fare all'ordinamento sportivo" nel momento in cui ne riconosce l'autonomia.

<sup>43</sup> F. BUSNELLI – G. PONZANELLI, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. ass.* 1984, p. 282;

<sup>44</sup> Sulla esimente del rischio sportivo, vedi P.G: MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, vol. III, Torino, 2004, p. 806



te inseriti in un'azione di gioco, risultino contrari alle regole federali e siano posti in essere con modalità tali da superare la normale dialettica dello sport praticato<sup>45</sup>. Se è vero infatti che il soggetto che svolge un'attività sportiva accetta di esporsi solo entro determinati margini di rischio a certe tipologie di eventi dannosi, è altrettanto indubbio che possono considerarsi giustificati esclusivamente i fatti lesivi che, sebbene posti in essere in violazione delle regole sportive, consentano comunque di essere ricompresi nell'ambito dei rischi preventivamente identificati (cd. rischi sportivi)<sup>46</sup>.

In questa logica, allora, il consenso dell'avente diritto assume un ruolo diverso rispetto a quello assegnatogli dall'orientamento tradizionale. Esso non ha più la funzione di atto autorizzativo al fatto di lesione, ma identifica soltanto il margine di rischio che, essendo intrinsecamente connaturato ad una determinata attività, è accettato dal soggetto che pratica quel determinato sport. Non solo, ma a differenza della scriminante di cui all'art. 50 c.p., che si riferisce ad una "condotta illecita dell'agente che il danneggiato accetta preventivamente", la scriminante sportiva fa sì che colui che "è un danneggiato potenziale si sottoponga volontariamente ad un danno possibile" e non attuale, di guisa che la connessione causale con la condotta altrui "è semplicemente occasionale, in quanto è la scelta ultima del danneggiato a risultare decisiva"<sup>47</sup>.

Del resto, per comprendere la peculiarità di siffatta causa di giustificazione è necessario tener presente che essa trova la sua genesi nell'ordinamento

sportivo, sebbene le valutazioni da essa espresse siano poi penetrate nell'ordinamento statale proprio in funzione dell'applicazione delle norme sulle responsabilità civili. Si spiega così la possibile non coincidenza tra le ipotesi di responsabilità comune e quelle scaturenti dall'esercizio di una pratica sportiva, e dunque l'idoneità della regola sportiva ad escludere la responsabilità civile là dove, altrimenti, la norma statale la genererebbe.

Cosicché mentre l'atleta che è stato leso durante lo svolgimento di una competizione agonistica può certamente convenire in giudizio l'avversario che dolosamente gli ha inferto la lesione, non sempre invece – a differenza del comune cittadino – può agire nei confronti di chi abbia operato colposamente, dovendosi a tal fine valutare non solo l'intensità della colpa, ma anche la natura dell'evento sportivo nel corso del quale il fatto lesivo è stato compiuto. In quest'ultimo caso, infatti, è necessario accertare sia le motivazioni che hanno indotto l'atleta a compiere quel determinato gesto – e cioè se esse siano riconducibili all'ansia di conseguire un risultato positivo, ovvero ad altre finalità, avulse dal contesto sportivo – sia il grado di violenza, imprudenza e imperizia che connotano, in concreto, il fatto lesivo.

Quest'ultimo profilo, evidenzia peraltro un aspetto saliente della disciplina riservata alla c.d. scriminante sportiva, dal momento che il nesso funzionale tra il fatto lesivo e l'attività agonistica non sempre è in grado di escludere la responsabilità dell'atleta. A tal fine è necessario valutare non solo il grado di violenza e irruenza impiegato, ma anche il contesto ambientale nel quale la competizione concretamente si svolge, le qualità delle persone che vi partecipano e le connotazioni proprie dell'attività sportiva praticata, i quali, in realtà, finiscono poi per costituire i principali parametri valutativi di riferimento.

Conseguentemente, l'area coperta dalla causa di giustificazione non solo sarà maggiormente ampia in relazione agli sport caratterizzati da un contatto fisico tra gli atleti, ma si modellerà anche in base all'età dei partecipanti, non potendosi i predetti principi applicare *tout court* alle competizioni tra persone minori di età. Più precisamente, in queste ultime ipotesi, il giudizio sulla condotta colposa dell'atleta – soprattutto nelle competizioni come quelle oggetto della decisione in esame, in cui la violenza non è intrinsecamente connessa all'attività sportiva praticata, ma è comunque prevista e disciplinata – si presenta molto più complesso e articolato. Questo perché si tratta di valutare la compatibilità con le regole del gioco e con il rispetto dell'altrui integrità fisica di un gesto che, implicando comunque un certo grado di energia, aggressività, velocità, rapidità di decisione, istintività di reazioni, è posto

<sup>45</sup> Cass. 20 aprile 2010 n.20595, in *De iure* che ha rilevato come la condotta posta in essere sia idonea a mettere seriamente in pericolo l'*incolumità* dell'avversario, il quale è legittimato ad attendersi comportamenti agonistici anche rudi ma non di disprezzo per la propria integrità fisica. In questo senso, vedi pure; Cass. 20 ottobre 2009 n. 2281; Cass. 22 ottobre 2004 n. 20597;

<sup>46</sup> Così, ad esempio, non potranno considerarsi coperti dalla causa di giustificazione né un'azione diretta ad intimorire l'avversario o a punirlo per un precedente comportamento (c.d. fallo di reazione), né l'intervento a gamba tesa o lo sgambetto da tergo nel calcio, quando realizzano una violazione volontaria delle regole del gioco tale da superare i limiti della lealtà sportiva; là dove, cioè, siano posti in essere con una violenza o irruenza così intensa da mettere volontariamente a rischio l'*incolumità* dell'avversario

<sup>47</sup> C. CASTRONOVO, op. cit. p. 559, che rileva come l'assunzione del rischio sia una causa di giustificazione estranea alla tradizione del sistema generale di responsabilità civile. Essa è peraltro contemplata dall'art. 122 c. cons., sebbene la rubrica della norma la definisca come colpa del danneggiato. In realtà, secondo l'A. "è la collocazione dell'assunzione del rischio accanto alla colpa del danneggiato che indotto simile assunto", dal momento che la predetta circostanza non già diminuisce o limita la responsabilità del produttore, ma si pone come causa di esclusione della responsabilità, che opera, fatte salve le differenze menzionate nel testo, in modo analogo al consenso dell'avente del diritto.

in essere da un giovanissimo non sempre pienamente consapevole delle conseguenze che dalla sua condotta possono derivare.

### 5. La responsabilità dell'organizzatore

Il modello di responsabilità sopra prospettato consente di esaminare, adesso, più proficuamente, la posizione di colui che promuove, dirige e controlla lo svolgimento dell'attività sportiva. Profilo, questo, che richiede una preliminare e fondamentale distinzione tra le diverse ipotesi che possono presentarsi nella realtà. E' opportuno tener presente, infatti, che i problemi legati alla responsabilità dell'organizzatore di un evento sportivo si diversificano a secondo che l'illecito sia imputabile all'atleta che, a vario titolo, decidendo di partecipare alla competizione, abbia provocato lesioni ad un suo avversario o ad un terzo<sup>48</sup>, oppure sia ascrivibile alla condotta di un soggetto che a detta competizione assista. Non solo, ma è esclusivamente nel primo caso che si pone l'esigenza di operare un'ulteriore distinzione tra la responsabilità dell'organizzatore per i danni subiti dall'atleta da quella relativa ai pregiudizi che, in occasione della competizione, sono derivati agli spettatori<sup>49</sup>.

L'esigenza di operare valutazioni plurime e differenziate alla luce dei molteplici profili funzionali e strutturali in cui può scindersi la complessa attività organizzativa, è stata colta, del resto, non solo da coloro che hanno proposto soluzioni articolate

<sup>48</sup> Cass 27 ottobre 2005 n°20908, in *Rass. econ. sport*, 2006, p. 601, che ha annoverato tra i partecipanti alla gara non solo gli atleti, ma anche coloro che sono posti al centro o ai limiti del campo con funzioni necessarie allo svolgimento della competizione. In particolare ha stabilito che, ai fini della responsabilità degli organizzatori per i danni sofferti da tali soggetti ad opera di un concorrente, è necessario che si accerti se sussistano o meno le normali cautele atte a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva.

<sup>49</sup> Relativamente alla tutela dei terzi che assistono all'evento sportivo, le questioni maggiormente rilevanti attengono, infatti, all'atteggiarsi degli obblighi di protezione, controllo, e sicurezza nei confronti del pubblico; obblighi tra i quali possono annoverarsi, ad esempio, l'installazione di opportune barriere con recinzione o l'elevamento della parete di fondo campo in modo da evitare la fuoriuscita della pallina da tennis. Cass. 28 febbraio 2000 n. 2220, in *Danno resp.*, 2000, p. 621, che, in relazione all'organizzazione di una gara di sci, ha rilevato come l'osservanza del regolamento tecnico della FISCI da parte degli organizzatori non escluda, di per sé, la sussistenza della responsabilità per la violazione delle norme di comune diligenza, prudenza e perizia; Cass. 16 gennaio 1985 n° 97, in *De iure*, che in relazione ad una partita di hockey su ghiaccio, nel corso della quale uno spettatore era stato colpito dal disco, ha affermato come l'osservanza dei regolamenti federali, da parte dell'organizzatore, in merito ai danni subiti dagli spettatori, assuma un ruolo subordinato rispetto alla legge e, in particolare, all'art. 2043 cc.

in funzione dei differenti problemi che si riconnettono agli aspetti sopra menzionati, ma anche dal legislatore, il quale ha attribuito un'autonoma considerazione al soggetto che organizza l'evento sportivo<sup>50</sup>. Ciò in virtù del diverso atteggiarsi del contenuto dell'obbligo di diligenza e delle differenti situazioni di esposizione al pericolo che la stessa attività organizzativa deve fronteggiare<sup>51</sup>.

In realtà, è sufficiente pensare che la stessa nozione di organizzatore, a rigore, nel suo significato intrinseco, prescinde dalla presenza di persone che assistono all'evento, essendo caratterizzata, piuttosto, dalla promozione di un incontro tra uno o più atleti, avente lo scopo di raggiungere un determinato risultato in una o più discipline sportive<sup>52</sup>. Come, pure, basta ricordare che l'indagine concernente la responsabilità del soggetto che promuove, dirige e controlla l'attività sportiva si fonda su valutazioni altre e diverse rispetto a quelle che stanno alla base degli incidenti occorsi agli spettatori, in quanto, in quest'ultimo caso, ad esempio, nessuno

<sup>50</sup> M. FRANZONI, *La responsabilità civile* cit. p. 922, sottolinea come la legge 24 dicembre 2003 n°363, recante "Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo", prenda in autonoma considerazione l'organizzatore di eventi sportivi, fissando i criteri di imputazione della sua responsabilità. L'A. rileva come siano strettamente legati al tema della responsabilità civile anche gli illeciti commessi dalle squadre che organizzano competizioni sportive e che esercitano pressioni indebite sugli atleti (c.d. *mobbing*), ovvero i fatti lesivi subiti dai giocatori di entità tale da pregiudicare la prosecuzione della loro carriera (c.d. danno da perdita di *chance*), nonché i pregiudizi alle aspettative di "ritorno commerciale" e della "reputazione economica" causati allo sponsor (da una squadra o di un atleta) dall'illecito comportamento tenuto dall'organizzatore di eventi sportivi. L'A. evidenzia inoltre come gli eventi sportivi costituiscano spesso l'occasione per ledere i diritti della personalità dei giocatori, così come avviene, ad esempio, in presenza di una notizia giornalistica lesiva dell'onore o della reputazione dell'atleta, ovvero della pubblicazione di immagini di fatti riservati.

<sup>51</sup> Sotto il profilo considerato non pare assumere particolare significato la distinzione tra organizzatori appartenenti ad una federazione sportiva e dalla stessa autorizzati ad organizzare un evento sportivo ed organizzatori c.d. di fatto non federati (DI CIOMMO- VITI, *La responsabilità civile in ambito sportivo*, in *Lineamenti di diritto sportivo*, a cura di Cantamessa, Riccio, Sciacalepore, Milano, 2008, p. 290), dal momento che tale distinzione rileva non tanto nell'ambito dell'ordinamento generale in ordine ai profili attinenti alla responsabilità civile, quanto piuttosto, nell'ordinamento sportivo, relativamente all'omologazione dei risultati delle gare (M. PITTALIS, *La responsabilità contrattuale ed aquiliana dell'organizzatore di eventi sportivi*, in *Contratto Impr.* 2011, p. 151)

<sup>52</sup> DINI *L'organizzatore e le competizioni: limiti della responsabilità*, in *Riv. dir. sport.*, 1971, p. 416, che precisa come l'organizzatore di eventi sportivi si identifichi con il soggetto persona fisica, persona giuridica, associazione o comitato, che sotto la propria responsabilità promuove l'incontro di uno o più atleti con lo scopo di raggiungere un risultato in una o più discipline sportive, indipendentemente dalla presenza o meno di spettatori.

spazio può residuare per l'operatività della c.d. scriminante sportiva, essendo impensabile che i terzi, assistendo alla manifestazione, accettino il rischio di compromettere la loro integrità fisica<sup>53</sup>.

Tuttavia, sulla base delle indicazioni che si traggono dalla decisione in esame, in questa sede, si avrà riguardo alle sole ipotesi in cui la responsabilità dell'organizzatore derivi dalla lesione subita da un atleta durante lo svolgimento di una determinata manifestazione sportiva. In quest'ottica, ciò che viene in considerazione sono innanzitutto i profili legati alla adeguatezza dei mezzi tecnici utilizzati dai partecipanti alla competizione ed alla verifica della sicurezza e dell'adeguatezza dei luoghi in cui si svolge l'evento. E' proprio in base alla regolare e diligente previsione e predisposizione di tutte le misure di sicurezza dirette ad evitare eventi dannosi durante lo svolgimento della competizione che si individua, infatti, la responsabilità dell'organizzatore<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Del resto, a dimostrare il duplice e distinto atteggiarsi della responsabilità dell'organizzatore (verso l'atleta e nei confronti degli spettatori) concorre il fatto che l'eventuale errata esecuzione di un gesto tecnico da parte di un atleta, che provochi un danno all'avversario non determina la nascita di alcuna responsabilità nei suoi confronti (Cass. 8 novembre 2005, n. 21664 in *Resp. civ.* 2006, p. 602 con nota di FILIPPI, *La responsabilità degli organizzatori di eventi sportivi*; G. FACCI, *La responsabilità civile nello sport*, in *Resp. civ.* 2005, p. 649). Ciò a differenza di quanto accade là dove la medesima condotta provochi un danno ai terzi che assistevano all'incontro, potendo in tal caso residuare una responsabilità del soggetto che ha promosso la manifestazione, il quale, pur avendo rispettato le disposizioni federali relative alle caratteristiche della struttura e delle attrezzature sportive, è comunque tenuto ad osservare le regole di generale cautela e prudenza che gli impongono di adottare opportune misure di sicurezza e di protezione dell'incolumità dei terzi, onde evitare il sorgere di situazioni pericolo non solo verso gli atleti, ma anche nei confronti degli spettatori nell'eventualità di un'anomala situazione di gioco (Cass. 10 novembre 2005 n° 20468 in *Arch. giur.circol.* 2006, p. 1063)

<sup>54</sup> La giurisprudenza ha escluso la responsabilità dei soggetti che utilizzano un impianto sportivo per una gara senza avere alcun potere di gestione e intervento sullo stesso (Cass. 10 febbraio 2003 n. 1948 in *De iure*). Non solo, ma proprio per i predetti motivi, si tende ad escludere la responsabilità del CONI, visto che lo stesso, ai sensi del d.lg. 23 luglio 1999 n.242, ha un potere di regolamentazione delle discipline sportive in generale e si limita spesso a patrocinare - e non anche ad organizzare direttamente - l'andamento di determinati eventi sportivi. Compiti, questi, che spettano invece alle singole federazioni sportive nazionali che sono titolari di poteri ispettivi di controllo sulle specifiche discipline che ad esse fanno capo e sullo svolgimento delle singole competizioni. L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma, Profili evolutivi del diritto dello sport*, Napoli, 2001, p. 122, che definisce le federazioni come enti privati di interesse pubblico. La natura "mista" delle Federazioni, quali enti dotati di funzioni sia pubblicistiche, in quanto facenti capo al Coni, sia privatistiche per le specifiche attività svolte, è stata affermata più volte dalla Suprema Corte che ha riconosciuto la loro responsabilità ex art. 2043 c.c. (Cass.S.U. 23 marzo 2004 n. 5775, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1625, con nota di G.VIDIRI; Cass. pen. 5 settembre 2009 n:

Quest'ultimo, se gestore delle strutture nelle quali si svolge la manifestazione<sup>55</sup>, è responsabile, invero, per i danni subiti dall'atleta, ove le attrezzature sportive o ricreative allestite ed i mezzi tecnici organizzativi predisposti si rivelino inadeguati a salvaguardare l'incolumità di coloro che praticano l'attività sportiva, oppure là dove ometta di vigilare sull'andamento della manifestazione onde "impedire che vengano superati i confini del rischio connesso all'evento sportivo"<sup>56</sup>.

A tal riguardo, è dato nondimeno osservare che i predetti obblighi di controllo, vigilanza e direzione non sempre assumono un contenuto identico. Essi si individuano non già in via generale e astratta, bensì in concreto, in funzione di una serie di circostanze, tra le quali assumono un peculiare rilievo la natura (professionistica o dilettantistica), le finalità (agonistiche o amatoriali), la complessità della competizione sportiva, l'età e la capacità dei soggetti che partecipano alla stessa, e le qualità e l'esperienza maturata in quella singola e specifica disciplina dagli atleti<sup>57</sup>. Tant'è vero che proprio nel caso di manifestazione sportiva tra minori è dato ritenere che l'organizzatore, oltre all'osservanza degli obblighi sopra menzionati, dovrà sorvegliare anche gli allievi ed adottare, in via preventiva, tutte le misure organizzative, di sicurezza e disciplinari idonee a prevenire le situazioni di pericolo che, date le capacità psico-fisiche degli atleti, "possono favo-

38154, in *De iure*; in dottrina vedi STICARDINI - PISCINI, *La responsabilità delle federazioni sportive nazionali per erronea certificazione dell'idoneità sportiva rilasciata presso strutture sanitarie esterne all'atleta dilettante*, in *Rass. dir. econ. sport.* 2010, p. 95. A LEPORE, op. cit., p. 97 ss.

<sup>55</sup> Il soggetto che gestisce un impianto sportivo è tenuto a custodire le cose ed i luoghi in cui si svolge la competizione da lui organizzata, di guisa che là dove tali elementi vengano presi in considerazione come fonte del danno subito dall'atleta, in quanto caratterizzati da anomalie, vi sarà una responsabilità dell'organizzatore "custode" ai sensi dell'art. 2051 c.c. Mentre se gli impianti e le attrezzature assumono rilievo quali strumenti per l'esercizio dell'attività sportiva, troverà applicazione l'art. 2050 c.c. Cfr. Cass. 10 novembre 2005 n° 20468 cit., che ha precisato che il responsabile di attrezzature sportive o ricreative è titolare di una posizione di garanzia a tutela della incolumità degli atleti sia in forza del *neminem laedere*, sia nella sua qualità di custode ex art. 2051 c.c., sia, infine, ai sensi dell'art. 2050 c.c., quando l'uso delle attrezzature dia luogo ad un'attività pericolosa.

<sup>56</sup> Cass. 17 gennaio 2008 n° 858, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, I, p. 979 con nota di NARDELLA, *Legittimazione ad agire dell'associata di una palestra per il risarcimento danni cagionati da cose in custodia*, che ha dichiarato responsabile l'associazione sportiva che aveva ommesso di controllare il corretto funzionamento di un attrezzo (*ciclette*) collocato all'interno della palestra.

<sup>57</sup> L. DI NELLA, *La commercializzazione dei diritti audiovisivi degli eventi sportivi*, in *Tratt. dei contratti* (Rescigno - Gabrielli), Torino, 2010, p. 838; V. ZENO ZENCOVICH, *La statalizzazione dei "diritti televisivi sportivi"* in *Atti del 3° Convegno Nazionale Sisdic.*, Napoli, 2010, p. 905 ss.

rire l'insorgere di serie causali destinate a culminare nella produzione di un danno"<sup>58</sup>. Il che indubbiamente contribuisce ad annoverare l'attività sportiva tra quelle previste dall'art. 2050 c.c.

E' noto, invero, che, secondo un largo indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, rientrano nell'ambito di operatività della predetta norma non solo le attività espressamente indicate dalle leggi di pubblica sicurezza e dalle altre leggi speciali, ma anche quelle che, pur non possedendo, in sé e per sé, carattere di pericolosità<sup>59</sup>, assumono tale natura se considerate in relazione al tipo di manifestazione sportiva, agli scopi, alla natura, alle caratteristiche dei mezzi usati dagli atleti ed alle qualità soggettive di questi ultimi<sup>60</sup>. Cosicché, ad esempio, è stata considerata pericolosa l'organizzazione di una gara sportiva "connotata secondo esperienza da elevata possibilità di incidenti dannosi" per gli atleti, in quanto questi ultimi risultavano esposti a conseguenze più gravi "di quelle che potevano essere prodotte dagli stessi errori dei partecipanti alla gara", di guisa che "l'eventuale lesione superava il rischio prevedibile nella singola disciplina"<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Cass. 13 febbraio 2009 n. 3528, in *Rass. dir. ec sport*, 2010, p. 141

<sup>59</sup> La giurisprudenza ha precisato che, contenendo tutte le attività umane un grado più o meno elevato di pericolosità per coloro che le esercitano, è necessario distinguere tra pericolosità della condotta e pericolosità dell'attività in quanto tale: la prima riguarda un'attività normalmente innocua, che assume i caratteri della pericolosità a causa della condotta imprudente o negligente dell'operatore, ed è elemento costitutivo della responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c.; la seconda concerne un'attività che, invece, è potenzialmente dannosa, vista l'alta percentuale di danni che può provocare in ragione della natura o della tipologia dei mezzi adoperati, e rappresenta una componente della responsabilità disciplinata dall'art. 2050 c.c. (Cass. 21 ottobre 2005 n° 20357, in *De Iure*)

<sup>60</sup> Cass. 7 maggio 2007 n° 10300, in *Foro it.*, 2007, I, 1685 e risalendo nel tempo, Cass. 22 febbraio 1979, n° 1155, in *Mass. foro it.* 1979, Trib. Perugia, 5 settembre 1989, in *Foro pad.* 19990, I, 339; BONA, CASTELNUOVO, MONATERI, op. cit. p. 34, G. DE MARZO, op. cit. p. 457; M. PITTALIS, op. cit., p. 177 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità civile*, cit., p. 923 ss., che cita vari esempi, tra i quali si segnalano l'attività organizzativa di una partita di calcio o di una gara ciclistica, sciistica, motociclistica o di equitazione (cfr. ZUDDAS, *Il concetto di attività pericolosa e l'equitazione*, in *Foro pad.*, 1990, I, p. 339) Attività, queste, che sebbene considerate non pericolose se esercitate per finalità di svago, possono assumere tale carattere in base alle concrete circostanze in cui si svolgono ed agli scopi (agonistici) perseguiti.

<sup>61</sup> Cass. 13 febbraio 2009 n. 3528, cit., la quale ha deciso una fattispecie relativa ai danni subiti durante una gara di bob da un atleta, il quale, per un'errata manovra, era finito contro la staccionata di legno che conteneva la pista, ed era rimasto gravemente ferito a causa di una scheggia di legno che lo aveva colpito al volto. In tal caso la Corte ha cassato la sentenza di appello perché i giudici di secondo grado non avevano valutato se l'adozione di tavole di legno per il contenimento della pista aveva innalzato o meno la rischiosità dell'evento oltre i limiti consentiti per quella specifica attività sportiva.

In quest'ottica, è evidente dunque che l'attività organizzativa perde la sua originaria natura neutrale ed acquista carattere di pericolosità non solo in virtù di specifiche disposizioni normative, ma anche in base alle concrete circostanze in cui la competizione sportiva si svolge<sup>62</sup>. Il che, da un lato, si spiega per la struttura "aperta" che si è riconosciuta alla norma di cui all'art. 2050 c.c. e per la sempre più pressante esigenza di adottare criteri oggettivi di imputazione della responsabilità, che non richiedano complesse indagini sulla struttura soggettiva dei comportamenti; dall'altro implica che il nesso causale tra pratica sportiva pericolosa e attività organizzativa non va inteso in senso assoluto, ritenendo che i caratteri dell'una si riflettano automaticamente sull'altra<sup>63</sup>. Questo perché l'accertamento di tale legame non può che fondarsi sugli elementi di intrinseca rischiosità che l'organizzazione dell'evento presenta, senza procedere attraverso astratte generalizzazioni che non sempre sono conformi alle situazioni concretamente verificatesi<sup>64</sup>.

Ragionando in termini più generali può quindi ritenersi che il criterio di riferimento per la valutazione della responsabilità dell'organizzatore sia costituito proprio dalla concreta idoneità della (complessa) attività posta in essere per prevenire il verificarsi di danni all'integrità fisica degli atleti (oltre che di coloro che assistono alla competizione). Ciò al fine di evitare che gli stessi siano esposti ad un pericolo maggiore rispetto a quello connesso all'alea normale del tipo di disciplina sportiva praticata. Ne segue che se il danno subito dall'atleta

<sup>62</sup> G. DE MARZO, op. cit. p. 457; M. FRANZONI, *La responsabilità civile*, cit., p. 924; M. PITTALIS, op. cit., p. 178 che, a titolo esemplificativo, richiamano alcuni sport ai quali si è riconosciuta natura pericolosa, quali l'automobilismo e il motociclismo; il calcio professionistico; lo scii, la canoa e l'alpinismo.

<sup>63</sup> G. LIOTTA, op. cit., p. 138 ss., che rileva come la pericolosità di determinati sport, come la scherma, non sempre si rifletta sull'attività di colui che promuove e dirige una competizione, proprio perché, in tali casi, non sono ravvisabili "connotazioni di intrinseca pericolosità".

<sup>64</sup> In quest'ottica, è stata qualificata pericolosa l'attività della società organizzatrice di un incontro di calcio che aveva fatto posizionare i cartelloni pubblicitari a bordo campo alla distanza prevista dalle norme federali, affermando che, ai fini dell'esonero della responsabilità, ex art. 2050 c.c., è necessario che si dimostri di aver rispettato anche i principi generali di cautela e salvaguardia dell'incolumità degli atleti; principi che nel caso di specie risultavano violati, in quanto l'organizzatore non aveva ben evidenziato la struttura metallica che reggeva i cartelloni. Cfr. Trib. Messina 28 settembre 2006, che ha condannato la società organizzatrice Messina calcio a risarcire i danni riportati dal calciatore Giampà in seguito all'urto contro un cartellone pubblicitario. MAIETTA, *La responsabilità civile delle società di calcio: osservazioni a margine del caso "Giampà"*, in *Riv. dir. ec. Sport*, 2005, p. 41; M. PITTALIS, op. cit., pp. 185-186; A. LEPORE, op. cit., p. 254 che ipotizza una responsabilità solidale della società che aveva allestito e gestiva i cartelloni pubblicitari.

rientra nel rischio consentito, l'organizzatore è responsabile solo ove si dimostri che il pregiudizio sia causalmente riconducibile a specifiche carenze organizzative<sup>65</sup>. Mentre se le lesioni subite dall'atleta superano i confini del predetto rischio, si dovrà accertare se le attrezzature ed i luoghi predisposti dall'organizzatore risultino adeguati rispetto alla pericolosità dell'attività sportiva, oppure abbiano esposto o favorito i partecipanti alla gara a rischi superiori rispetto a quelli intrinsecamente connessi al tipo di sport praticato, così come può accadere, ad esempio, là dove non si sia evitato l'insorgere delle situazioni di pericolo derivanti dal confronto tra atleti dotati di diversa capacità ed esperienza<sup>66</sup>.

In questa prospettiva, ai fini dell'esonero da responsabilità, l'organizzatore dovrà quindi dimostrare di aver messo in atto tutte le misure che, sulla base delle concrete circostanze soggettive e oggettive che connotano il tipo di manifestazione sportiva, siano idonee a garantire e salvaguardare l'incolumità degli atleti. Più precisamente dovrà provare che in base ad un criterio oggettivo di normalità - qual è quello di "ragionevole certezza"<sup>67</sup> o dell'*id quod plerumque accidit*, che, nel nostro sistema, fondano il giudizio di regolarità causale previsto dall'art.1223 c.c.<sup>68</sup> - la lesione non è ricon-

ducibile all'attività organizzativa da lui posta in essere<sup>69</sup>. Il che determina un mutamento dell'oggetto della prova liberatoria, visto che essa non riguarda più l'elemento soggettivo (colpevolezza), ma piuttosto l'esistenza del nesso causale tra l'attività organizzativa e l'evento dannoso; nesso che è interrotto dalla dimostrazione, deducibile anche in via presuntiva ex artt. 2727 ss c.c., della specifica causa, non ragionevolmente prevedibile, che ha determinato la lesione.

In altri termini, in presenza di un pregiudizio occorso ad un minore per effetto della condotta tenuta da un suo coetaneo, la responsabilità dell'organizzatore non discende, *ipso iure*, da quella dell'atleta, in quanto sarà necessario procedere secondo criteri articolati e complessi che tengano conto delle peculiarità delle fattispecie concrete. Più precisamente, si dovrà accertare l'esistenza di una divergenza tra la condotta concretamente tenuta da colui che ha organizzato la competizione e le regole federali e tecniche che governano lo svolgimento della disciplina sportiva di riferimento, nonché l'eventuale violazione delle norme di comune diligenza e prudenza che governano lo svolgimento dell'attività organizzativa<sup>70</sup>. Questo perché è esclusivamente là dove tutte le prescrizioni protettive della sicurezza e dell'integrità psico-fisica degli atleti siano state osservate che nessuna responsabilità potrà essere imputata all'organizzatore.

<sup>65</sup> Trib. Milano, 29 febbraio 2008, n. 2671, in *De iure*, che ha considerato responsabile la società organizzatrice di una gara ciclistica per non aver adottato le normali cautele idonee a contenere il rischio nei limiti inerenti alla specifica attività sportiva praticata. Nel caso di specie, l'organizzatore è stato condannato a risarcire i danni subiti da un ciclista in seguito ad una caduta proprio a "causa delle carenze, dei limiti organizzativi e di gestione della sicurezza della competizione, tenuto conto del particolare contesto durante il quale il fatto lesivo si è verificato".

<sup>66</sup> Trib. Genova 4 maggio 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1402, che ha dichiarato inadempiente la società organizzatrice di corsi da Karate per aver fatto gareggiare un'allieva con una cintura nera che con una mossa, detta "gancio", ha provocato la rottura del menisco all'avversaria.

<sup>67</sup> Di "ragionevole certezza", in considerazione delle concrete circostanze esistenti al momento in cui la condotta viene posta in essere, parla S. MAIORCA, op. cit., p. 314; mentre fa riferimento all'*id quod plerumque accidit* la prevalente giurisprudenza. Vedi, *ex multis*: Cass. 2 giugno 1992 n°6676, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1308 ss.

<sup>68</sup> Cass. Sez. un. 11 gennaio 2008 In° 582 e 584 8, in *Foro it.* 2008, 2, c. 453, le quali hanno chiarito che il criterio della causalità adeguata, così come precisato nel testo, rimane comunque distinto e distinguibile dall'elemento soggettivo. Il primo, infatti, ha riguardo alla prevedibilità obiettiva, che va esaminata in astratto sulla base delle migliori conoscenze scientifiche del momento. Mentre l'altro deve essere accertato in concreto, tenendo conto della conoscenza dell'uomo medio. Cosciché, ai fini del giudizio di cui all'art. 1223 c.c., ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile alla stregua delle regole statistiche e/o scientifiche, di guisa che "il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla

base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo (la colpevolezza) dell'illecito". In questo senso vedi anche Cass. 16. ottobre 2007, n° 21619 in *Juris data on line*; Cass. 18. aprile 2007, n° 9238, *ivi*; Cass. 5 settembre 2006, n° 19047 *ivi*; Cass. 4 marzo 2004, n° 4400 *ivi*.

Del resto, anche la Corte di Giustizia si richiama a logiche probabilistiche per definire il nesso di causalità, ritenendo che lo stesso sussista quando un dato evento "è sufficientemente probabile" o "maggiormente probabile di un altro (Corte Giustizia CE, Sez. III, 13 luglio 2006, n° 295, Corte giustizia CE, Sez. III, 15 febbraio 2005, n° 12, in *Juris data on line*)

<sup>69</sup> BONA, CASTELNUOVO, MONATERI, op. cit., p. 43; G. FACCI, op. cit., p. 653;

<sup>70</sup> Cass. 28 febbraio 2000, n. 2220, in *Danno resp.* 2000, p. 614; Trib. Milano, 23 febbraio 2009 n. 2430 in *Rass. dir. ec. Sport*, 2010, p. 160; Cass. 16 gennaio 1985 n. 97; in *De iure*, che considerano gli organizzatori tenuti a rispettare non solo gli obblighi imposti dalle norme federali, ma anche il *neminem laedere*. ex art. 2043 c.c.; in dottrina vedi STANCA, *Natura della responsabilità dell'organizzatore di gare sportive e criterio della sua imputazione*, in *Rass. dir. ec. Sport*, 2010, p. 157.



## 6. Segue. La responsabilità dell'organizzatore per il fatto illecito dei preposti o degli ausiliari

286

La responsabilità di colui che promuove e dirige la manifestazione sportiva per il fatto lesivo commesso da un minore durante lo svolgimento della stessa può ravvisarsi anche nelle ipotesi in cui l'evento sia diretto e controllato da un preposto, precettore/istruttore, legato all'organizzatore da un vincolo di subordinazione e privo di autonomia tecnica<sup>71</sup>. In tal caso, spetta all'organizzatore il dovere di vigilare affinché, tenuto conto della maturità degli atleti, della loro capacità di discernimento, del grado di prevedibilità dei loro comportamenti, dell'acquisita consapevolezza dell'illiceità dell'azione e delle conseguenze da essa derivanti, l'istruttore adotti tutte le misure idonee a salvaguardare l'incolumità dei partecipanti alla manifestazione<sup>72</sup>. Ne segue che ove detti obblighi siano violati nasce in capo al titolare degli stessi una responsabilità di tipo contrattuale, se tra l'organizzatore e l'atleta esiste un rapporto negoziale, ovvero di natura aquiliana, ex art.2049 c.c., ove detto vincolo sia assente<sup>73</sup>.

La giurisprudenza, inoltre, ha affermato che l'organizzatore può rispondere anche ai sensi dell'art. 2048 c.c. là dove il dirigente/accompagnatore, privo di specifici poteri disciplinari e di insegnamento, abbia omissis di vigilare sugli atleti durante lo svolgimento della manifestazione<sup>74</sup>. Più precisamente, allargando la sfera applicativa della norma, si da includervi anche nuove figure di precettore<sup>75</sup>, si è giunti a ricomprendere

<sup>71</sup> L'ipotesi di più frequente applicazione della responsabilità per il fatto di preposti in ambito sportivo è proprio quella del minore affidato ad un istruttore per il fatto illecito del quale l'avversario subisca un danno.

<sup>72</sup> Trib. Monza 13 settembre 1988 in *Resp. civ. prev.* 1989 p. 1000 ss., che ha riconosciuto la responsabilità del circolo organizzatore di una scuola di tennis per il fatto illecito compiuto da un minore a danno di un suo coetaneo durante lo svolgimento di una lezione sotto la sorveglianza dell'istruttore in virtù del rapporto d'opera professionale che lega insegnante al circolo sportivo.

<sup>73</sup> M. PITTALIS. op. cit. p. 158, che evidenzia come l'organizzatore, là dove si avvalga di propri collaboratori (medici, allenatori, cronometristi), risponda dell'operato di essi ai sensi dell'art. 1228 c.c.o dell'art. 2049 c.c., a seconda che gli atleti che, a causa del loro operato, abbiano subito un danno, siano a lui legati da un vincolo contrattuale.

<sup>74</sup> Trib. Milano 17 febbraio 2007, in *Danno resp.* 2008, p. 673, con nota critica di P. SANTORO; Trib. Monza 13 novembre 1988 cit.; Trib. Milano 3 giugno 1985, in *Foro pad.*, 1985, p. 376; Trib. Rovereto 10 dicembre 1971, in *Riv. dir. sport* 1971, p. 473.

<sup>75</sup> La qualifica di precettore designa tradizionalmente "gli insegnanti privati d'uso un tempo presso le famiglie signorili ai quali veniva affidata l'educazione ed istruzione dei minori" (Cass. Sez. un. 3 febbraio 1972 n°260, in *Foro it.* 1972, I, 2,

sotto il suo ambito operativo soggetti che, pur non svolgendo alcuna attività di insegnamento e non avendo un rapporto continuativo con l'organizzatore, sembrerebbero, a rigore, non rientrare tra figure contemplate dall'art. 2048 c.c.<sup>76</sup>.

In realtà, se se si esclude che il dirigente/ accompagnatore sia direttamente e personalmente responsabile ex art. 1227 e 2043 c.c. per il fatto illecito commesso dal minore durante lo svolgimento della competizione sportiva, visto che nessun obbligo legale di agire può essere a lui addossato, pare che la responsabilità della società organizzatrice trovi fondamento non già nell'art. 2048 c.c., quanto piuttosto negli artt. 1218 e 1228 c.c.<sup>77</sup>. L'organizzatore, infatti, potrà essere ritenuto obbligato a risarcire il danno per aver negligenemente vigilato sul regolare e corretto svolgimento dell'incontro e per non aver scelto con la dovuta cura e attenzione gli accompagnatori/dirigenti. In altri termini egli è responsabile per aver esposto a rischio l'incolumità degli allievi in violazione delle prescrizioni contenute nel contratto di associazione

---

3522, con nota di Grossi). In ambito sportivo, detta qualifica è riconosciuta a colui che "si affianca e sostituisce il genitore nell'opera educativa, sicché quando il minore è sotto la sua sorveglianza - e cioè da quando riceve il minore a quando lo riconsegna ai genitori, comprese le pause tra un allenamento e l'altro tra due o più gare, nonché durante le fasi che precedono e seguono l'incontro - egli risponde nella veste di "continuatore dell'opera paterna" (Cass. 5 settembre 1986, n. 5424, in *Nuova giur. Civ. comm.* 1987,I, p.493). Infatti, la predetta qualifica è stata riconosciuta al Coni per le esercitazioni ginniche, agli allenatori e istruttori sportivi in genere (di sci, tennis, hockey, nuoto e così via), nonché a coloro che hanno il compito di preparare, consigliare e guidare i partecipanti alla gara o a una disciplina sportiva (V.FRATTAROLO, *La responsabilità civile cit.*, p.66).

<sup>76</sup> Si è ritenuto (Cass. 18 luglio 2003 n. 11241, in *De iure*) che la figura del precettore richiede sia un'attività di insegnamento, sia un rapporto continuativo, visto che detta figura si identifica "con il soggetto al quale l'allievo è affidato per ragioni di educazione ed istruzione, sempre che l'affidamento, se pur limitato ad alcune ore del giorno o della settimana, assuma carattere continuativo e non sia, quindi, meramente saltuario". Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità per fatto altrui*, cit. p. 696, che afferma come la responsabilità dei precettori trovi il suo fondamento proprio nello specifico e qualificato rapporto che intercorre tra gli istruttori e gli allievi e per la rilevanza che detto rapporto assume nei confronti dei terzi.

<sup>77</sup> L'obbligo di impedire l'evento lamentato può derivare, oltre che direttamente da una norma, anche da uno specifico rapporto negoziale o di altra natura intercorrente fra il titolare dell'interesse leso e il soggetto chiamato a rispondere della lesione (Cass. 25 settembre 1998 n° 9590, in *De iure*); V.FRATTAROLO, *La responsabilità civile cit.*, p. 66; P. SANTORO op. cit., p. 677, che rileva come una tutela incentrata sull'art. 2049 c.c. permetta un maggior bilanciamento tra gli interessi in gioco, un regime probatorio più favorevole al danneggiato e il trasferimento del rischio sull'assicuratore, là dove l'associazione organizzatrice dell'evento sportivo abbia stipulato una polizza assicurativa di responsabilità civile per fatto proprio o dei suoi addetti.



tra atleta e società e delle regole che disciplinano l'iscrizione dell'ente alla competizione sportiva durante la quale si è verificato l'evento dannoso<sup>78</sup>.

Significativa, inoltre, è la casistica concernente i danni provocati alla salute degli atleti dai medici di una società sportiva, datrice di lavoro e organizzatrice dell'evento sportivo. In tali casi, la società sportiva è stata dichiarata responsabile per non aver tenuto conto delle risultanze degli accertamenti sanitari effettuati sull'atleta o, in caso di incidente verificatosi prima o durante la gara, per non aver proceduto a far svolgere tutte le visite mediche prescritte<sup>79</sup>.

Sotto questo profilo, deve peraltro rilevarsi come il legislatore abbia dettato una disciplina differenziata a seconda che l'attività sportiva sia svolta a livello agonistico o dilettantistico. Nel primo caso, infatti, ha imposto agli atleti l'obbligo di sottoporsi "previamente e periodicamente al controllo dell'idoneità specifica allo sport che intendono svolgere o che svolgono"; mentre, nell'altra ipotesi, ha contemplato soltanto un più generico dovere di accertamento, preventivo e periodico, con cadenza annuale, dello stato di salute<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> La giurisprudenza è ormai costante nel ritenere che l'art. 1228 cc. costituisca la norma attraverso la quale il legislatore ha esteso all'ambito contrattuale la disciplina contenuta negli art. 2048 e 2049 c.c., di guisa che, ai fini della sua concreta applicabilità, è necessaria l'esistenza sia "di un danno causato dal fatto dell'ausiliario, sia di un rapporto tra ausiliario e committente (cd. rapporto di preposizione) e di una relazione di causalità, ossia di un nesso di occasionalità necessaria tra il danno e l'esercizio delle incombenze dell'ausiliario (*ex multis* Cass. 17 maggio 2001 n:6756 in Danno e res. 2001. P. 1112; in dottrina vedi G. VISENTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, p. 5 ss; A.R. MANCA, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 123; D. POLETTI, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto*, in *Danno e resp.* 1999, 901; G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità*. Milano, 2003, p. 87 ss.

<sup>79</sup> BERTINI, *La responsabilità sportiva*, p. 127; CAMPIONE, *Attività sportiva e responsabilità civile*, p. 344

<sup>80</sup> L'art. 2 Decr. Min. 28 febbraio 1983 non indica quali siano le attività agonistiche, ma demanda alle Federazioni sportive il compito di individuare e rilasciare la qualifica di "agonistica" all'attività svolta dagli atleti. Tuttavia, la circolare del Ministero della sanità ha specificato che deve considerarsi agonistica "l'attività sportiva praticata sistematicamente e continuamente soprattutto in forme organizzate dalle Federazioni Sportive Nazionali, dagli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI e dal Ministero della P.I. in ordine ai Giochi della Gioventù. Diversamente, il predetto decreto Ministeriale specifica che gli atleti che svolgono attività non agonistiche sono: a) gli alunni che praticano attività fisico sportive organizzate dagli organi scolastici nell'ambito di attività parascolastiche; b) coloro che svolgono attività organizzate dal Coni o da società affiliate alle Federazioni sportive Nazionali o agli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI che non siano considerati atleti agonisti ai sensi del decreto min. 18 febbraio 1982; c) co-

Entrambi i controlli, tuttavia, da un lato, prescindono dalla natura professionistica o dilettantistica dell'attività sportiva praticata, dovendo gli atleti considerarsi sottoposti all'obbligo di accertamento sanitario indipendentemente dalle modalità di esercizio della prestazione sportiva<sup>81</sup>; dall'altro si fondano su un criterio, qual è l'agonismo, che attiene soprattutto alla sfera psicologica ed emotiva dell'individuo e che, non essendo per sua natura determinabile *a priori*, può creare sensibili vuoti normativi<sup>82</sup>. Ciò anche se la giurisprudenza ha ritenuto che l'organizzatore sia responsabile per inadempimento contrattuale nei confronti dell'atleta, poiché spetta alla società sportiva, quale datrice di lavoro e organizzatrice dell'evento, svolgere apposite indagini tese a proteggere l'integrità psico-fisica degli atleti. Il che significa che l'organizzatore per essere esente da responsabilità dovrà dimostrare di aver accertato che gli atleti possedevano la documentazione medica necessaria per poter partecipare alla competizione e di aver escluso "coloro che ne risultavano privi o presentavano una condizione di salute non ottimale"<sup>83</sup>.

Del resto, la Suprema Corte, con riferimento al sinistro occorso ad un calciatore professionista, ha stabilito che le Federazioni sono tenute a tutelare la salute degli atleti sia attraverso la prevenzione di eventi pregiudizievoli della loro integrità psico-fisica, sia attraverso un'attenta e scrupolosa cura degli infortuni e delle malattie. In particolare, ha chiarito che le società sportive, pur osservando le

loro che partecipano ai Giochi della Gioventù nelle fasi precedenti a quella nazionale.

<sup>81</sup> In ordine agli obblighi assicurativi e previdenziali degli sportivi professionisti, vedi d.lg 23 febbraio 2000 n°38, che ha imposto uno specifico obbligo assicurativo per mezzo di polizze privatistiche sia per le malattie professionali che per gli infortuni; mentre per gli atleti dilettanti la tutela riguarda solo gli infortuni che sono avvenuti in occasione e a causa di attività sportive dalle quali sia derivata la morte o una inabilità permanente.

<sup>82</sup> E. INDRACCOLO, op. cit., p. 176 ss, che rileva come il predetto criterio porterebbe a sottoporre gli atleti che svolgono attività agonistiche in sport per loro natura fisicamente non particolarmente faticosi (quali, ad esempio, la pesca, il golf, le bocce, ecc) a controlli particolarmente rigidi e gli atleti che praticano attività sportive a livello non agonistico, ma ugualmente impegnative, a controlli meno approfonditi. Tuttavia, anche con riguardo a tali attività si è affermata la necessità che la squadra organizzatrice dell'incontro, anche nelle partite tra dilettanti, assicuri la presenza di un medico a bordo campo in modo da assicurare un pronto soccorso agli atleti che dovessero subire un infortunio (Trib. Napoli 29 gennaio 1996, in *Riv. dir. sport.* 1997, p. 91)

<sup>83</sup> Gli obblighi incombenti sulle società sportive in ordine agli accertamenti medico sanitari degli atleti si considerano adempiti in base alla presunzione di idoneità all'attività sportiva se risultante dall'attestazione rilasciata dai medici incaricati dalle Federazioni, senza che a tal fine si rendano necessari ulteriori controlli (M. PITTALIS, op. cit. p. 173 ss).

prescrizioni contenute nella l. 91 del 1981, devono apprestare tutti i rimedi protettivi scaturiti dall'evoluzione medica ed indispensabili per evitare il danno, pena la loro responsabilità ex artt. 1228 e 2087 c.c., oppure ai sensi dell'art. 2049 c.c.<sup>84</sup>

In realtà, nel caso esaminato dalla Suprema Corte, trattandosi di giocatore professionista legato al sodalizio sportivo da un contratto di lavoro, si è ritenuto che la società, avvalendosi dell'opera di terzi (medici sociali), fosse responsabile sia a titolo di inadempimento contrattuale, ai sensi dell'art. 1228 c.c., per le lesioni subite dall'atleta in virtù del negligente comportamento dei sanitari, suoi dipendenti, sia quale datrice di lavoro, ex art. 2087 c.c., per non aver adottato le misure che la particolarità della prestazione, l'esperienza e la tecnica rendevano necessarie per la tutela dell'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore (calciatore)<sup>85</sup>. Non solo, ma ha altresì affermato che la condotta del medico sportivo, ai fini della responsabilità professionale, deve essere valutata con maggior rigore rispetto a quella del medico generico, in quanto egli è dotato di "una peculiare specializzazione" ed è tenuto "ad adeguare i suoi interventi alla natura ed al livello di pericolosità dell'attività sportiva" praticata dagli atleti<sup>86</sup>.

Più precisamente, avendo riguardo all'attività svolta dal medico sociale, si è chiarito che egli è responsabile in solido con la società organizzatrice, ai sensi dell'art. 2049 c.c., per la lesione dell'interesse alla salute del calciatore, poiché un medesimo comportamento, se lesivo di interessi diversi, può ben legittimare un cumulo di azioni. Come, pure, si è rilevato che le società sportive non solo sono

titolari di obblighi altri e diversi rispetto a quelli loro imposti dalle norme federali, ma, altresì, che alla responsabilità del medico può affiancarsi quella della Federazione, là dove si tratti di fatti lesivi avvenuti durante competizioni delle squadre nazionali ed il sanitario, non essendo legato da uno stabile rapporto di lavoro con il centro sportivo, svolga un'attività "funzionalmente preordinata alla tutela della salute di coloro che della federazione fanno parte" sì da inserirsi nella struttura della federazione stessa<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Cass. 8 gennaio 2003 n. 85, in *Dir. giur.*, 2003, p. 42 con nota di L. GIACOMARDO, *Società sportive e responsabilità datoriale. Club responsabili sia per gli infortuni, sia per l'operato del medico sportivo*; E. MINALE, *Specialità del lavoro sportivo, obbligo di sorveglianza sanitaria e responsabilità risarcitoria delle società sportive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 474; A LEPORE, op. cit., p. 239 ss. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha affermato la responsabilità della società Novara calcio perché un suo giocatore, dopo aver subito due fratture al piede destro nel corso di un anno ed essere stato ritenuto perfettamente guarito dalla staff medico della società e dall'istituto di medicina dello sport di Torino, alla ripresa degli allenamenti, aveva subito una terza frattura. In particolare, la Cassazione ha affermato che le società calcistiche, pur osservando le prescrizioni contenute nella l. n. 91 del 1981, sono responsabili per l'operato dei propri medici, ai sensi dell'art. 1218 c.c. e 2049 c.c., nei confronti degli atleti se non apprestano tutti i rimedi protettivi derivanti dall'evoluzione medica ed indispensabili ad evitare eventi dannosi.

<sup>85</sup> Cfr. Cass. 1 febbraio 2008, n. 2491; Cass. 7 novembre 2007, n. 23162, in *De iure*; F. GHERARDI, *Responsabilità contrattuale delle società calcistiche a livello professionistico per infortuni subiti dai calciatori*, in *Resp. civ.* 2003, p. 770.

<sup>86</sup> M. FRANZONI, *La responsabilità civile cit.*, p. 929 che riporta il caso deciso da Cass. 8 gennaio 2003 n.85.

<sup>87</sup> A LEPORE, op. cit. p. 239 ss.



# AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E TRATTAMENTI SANITARI

Di Antonio Gorgoni  
Ricercatore di Diritto privato

| 289

**SOMMARIO:** 1. Amministrazione di sostegno, salute e direttive anticipate di trattamento: i problemi. - 2. Il diritto alla salute della persona priva di autonomia: cinque casi. - 3. Salute e autodeterminazione. - 4. (segue) La salute come dimensione dell'identità personale. - 5. Incapacità di manifestare il consenso al trattamento medico. - 6. (segue) Assunzione di stupefacenti e ricovero. - 7. (segue) Terapia sperimentale. - 8. Il coinvolgimento dell'incapace nelle decisioni sulla salute. - 9. (segue) Capacità di autodeterminarsi e profilo rimediabile. - 10. Trattamento sanitario obbligatorio e amministratore di sostegno. - 11. Atto di designazione e incapacità di agire nel sistema delle fonti. - 12. Il contenuto ulteriore dell'atto di designazione: decisioni e regole sui trattamenti medici. - 13. L'amministrazione di sostegno in caso di malattia progressivamente invalidante. - 14. Dichiarazioni anticipate di trattamento nell'atto di designazione e nomina dell'amministratore di sostegno. - 15. (segue) L'effettività del diritto di rifiutare trattamenti medici. - 16. Determinazioni sulla fine della vita ricostruite dall'amministratore di sostegno: legittimazione e limiti.

## 1. Amministrazione di sostegno, salute e direttive anticipate di trattamento: i problemi.

L'amministrazione di sostegno non ha soltanto una funzione protettiva e conservativa del patrimonio della persona priva di autonomia (*cura patrimonii*). Esso ha come obiettivo principale la promozione della persona, consentendole di realizzare anche

interessi non patrimoniali (*cura personae*)<sup>1</sup>. La salute appartiene com'è noto alla sfera non patrimoniale.

<sup>1</sup> Il fatto che l'amministratore di sostegno, nello svolgimento dei suoi compiti debba «tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario» (art. 410 co. 1 c.c.) fa sì che l'amministrazione del patrimonio del beneficiario debba svolgersi «in un'ottica meno custodialistica e maggiormente orientata al rispetto della dignità umana ed alla cura complessiva della persona e della sua personalità, e non già del solo suo patrimonio» (così Cass., 12.6.2006, n. 13584, in *Guida la dir.*, 2006, 27, 81 ss.). Il che renderebbe legittimi atti volti soddisfare interessi culturali, attività di svago e di divertimento.

niale, ma gli artt. 404-413 c.c. non adoperano mai questo termine, né prevedono che l'amministratore di sostegno possa affiancare o sostituire il beneficiario nell'assumere decisioni sui trattamenti medici.

E' stato perciò osservato che il nostro ordinamento non contempla «un'adeguata disciplina del trattamento chirurgico» del disabile<sup>2</sup>, sebbene vi siano alcune disposizioni del codice civile e di altre fonti che consentono di regolare questa fattispecie.

L'art. 405 co. 4 c.c. e l'art. 408 co. 1 c.c. impiegano l'espressione «cura della persona»; il primo quale oggetto dei provvedimenti urgenti che può adottare, anche d'ufficio, il giudice tutelare, il secondo come criterio che governa la scelta dell'amministratore di sostegno. Inoltre il generico riferimento contenuto nell'art. 404 c.c. agli «interessi» - cui deve essere impossibile anche in parte provvedere - senza alcuna distinzione tra quelli patrimoniali e non patrimoniali e l'attenzione posta dall'art. 410 co. 1 c.c. ai «bisogni» e dall'art. 44 disp. att. c.c. agli «interessi morali» del beneficiario sono elementi che aprono senz'altro alla salvaguardia del bene salute<sup>3</sup>.

Il giudice tutelare, quindi, nel decreto di nomina o in un provvedimento integrativo dello stesso decreto (art. 407 co. 4 c.c.), potrebbe delimitare l'«oggetto dell'incarico» (art. 405 co. 5 n. 3 c.c.) oltre che a taluni interessi patrimoniali anche alla protezione della salute. Ma ciò non è sufficiente, doven-

Un discorso specifico riguarda l'esercizio dei diritti soggettivi inviolabili che costituiscono un modo essenziale di espressione della personalità umana. Sul punto per un sintesi cfr. in dottrina BONILINI, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2008, 422 ss. In giurisprudenza Trib. Varese, 24.10.2011, in *www.altalex.it.*, sul diritto alla sessualità di un interdetto; Trib. Varese, 6.10.2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 3, 287, con nota di R. RUSSO, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, ha affermato che non si può attribuire all'amministratore di sostegno la facoltà di prestare, in luogo dell'interessato, il proprio consenso al matrimonio; Trib. Cagliari, 15.6.2010, in *www.altalex.it.*, ha accolto il reclamo ex art. 739 c.p.c., autorizzando l'amministratore di sostegno a proporre, in nome e per conto della beneficiaria, ricorso giudiziale o congiunto per separazione personale (cfr. *amplius infra* nota 178); Trib. Varese, 7.12.2011, *Diritto e giustizia on line*, ha riconosciuto rilevanza costituzionale al sentimento per gli animali e, di conseguenza, ai sensi degli artt. 411 co. 1 e 379 c.c. in combinato disposto, ha nominato un ausiliario dell'amministratore di sostegno con il compito di prendersi cura del cane della beneficiaria e di portarlo nella struttura dove quest'ultima vive.

<sup>2</sup> BONILINI, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 28.

<sup>3</sup> BONILINI, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 343-344, argomentando dalle disposizioni citate nel testo, conclude che «il sistema normativo rende sicuro il riconoscimento che l'amministratore di sostegno è tenuto, altresì, alla cura della persona del beneficiario dell'amministrazione di sostegno». In questo senso anche LISSELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, 130-131.

do egli individuare e calibrare il potere da attribuire all'amministratore di sostegno: rappresentanza o assistenza del beneficiario nell'acconsentire a una ben individuata operazione chirurgica o a una ben precisa terapia farmacologica.

Un potere perciò circoscritto a specifici atti, in osservanza di una delle principali linee-guida della riforma del 2004 che impone al giudice una riduzione della capacità di agire strettamente correlata alla specifica condizione psico-fisica della persona<sup>4</sup>. Il che comporta una nuova sistematica delle misure di protezione delle persone, dove l'intervento sulla capacità d'agire si pone come eccezione (alla capacità) da contenere il più possibile<sup>5</sup>.

Tutelare la salute del beneficiario determina due problemi, connessi tra loro, di non poco conto.

<sup>4</sup> BONILINI, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 28. Il nuovo istituto, rispetto a quelli tradizionali, ha, com'è noto, preso le distanze da modelli astratti e precostituiti di incapacità. Esso è infatti uno strumento connotato da flessibilità e proporzionalità. Quest'ultima esprime l'esatta correlazione che deve esserci tra la riduzione della capacità di agire e le condizioni di salute del singolo soggetto. Sarebbe illegittima una diminuzione superiore a quanto strettamente necessario ad assicurare adeguata protezione degli interessi personali e patrimoniali del beneficiario. La flessibilità indica, invece, la possibilità di modulare con precisione i poteri dell'amministratore di sostegno. Per un'efficace disamina dei punti cardine dell'amministrazione di sostegno cfr. CENDON, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, in Cendon- Rossi, tomi I e II, Milano, 2009, 80 ss.

<sup>5</sup> Molti sono i contributi che hanno analizzato la disciplina dell'amministrazione di sostegno; se ne segnalano soltanto alcuni: DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 29 ss.; ROMA, *L'amministrazione di sostegno e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2004, 933 ss.; RUSCELLO, «Amministrazione di sostegno» e tutela dei «disabili», in *Studium iuris*, 2004, 149; BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, I, 659 ss.; PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 585 ss.; PATTI, *Una nuova misura di protezione della persona*, in *Famiglia*, 2005, I, 221 ss.; FERRANDO, *Il beneficiario*, in *Famiglia-Quaderni, L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano, 2005, 4, 25 ss.; CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, cit., 21 ss.; RESCIGNO, *Status e capacità*, in *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, 15 ss.; A. GORGONI, *L'amministrazione di sostegno: profili sostanziali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 3, 603 ss.

Per un approfondito quadro d'insieme cfr. BONILINI-CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, II ed.; E. V. NAPOLI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2009; CENDON-ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, cit.; TURCO, *Amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, Napoli, 2010.

Il primo riguarda il ruolo dell'amministratore di sostegno nell'assumere decisioni sui trattamenti sanitari. Egli di certo - salvo casi di gravissima infermità mentale - non può decidere dialogare esclusivamente con il medico, estromettendo dal processo formativo della decisione il beneficiario. L'art. 410 co. 1 c.c. pone, infatti, a carico dell'amministratore il dovere «di tener conto (...) delle aspirazioni del beneficiario», cioè dei forti proponimenti della persona. I quali, come ha insegnato la più moderna psichiatria, appartengono anche a chi non è del tutto capace di agire.

L'amministrazione di sostegno, del resto, è un istituto che mira soprattutto a salvaguardare e a promuovere le residue capacità intellettive e volitive della persona. Ma allora, laddove sia possibile, occorre che l'amministratore e il medico si adoperino affinché l'intervento sanitario sia almeno accettato dal beneficiario, la cui autonomia nelle decisioni sulla salute non deve essere annullata dalla presenza di un soggetto incaricato di proteggerlo<sup>6</sup>.

In verità al raggiungimento di quest'obiettivo possono frapporsi consistenti difficoltà. Tendenzialmente non è semplice valorizzare la capacità di autodeterminarsi della persona disabile o sofferente, ma, come abbiamo constatato, è ciò che il nostro diritto obbliga a fare. Di conseguenza, medico, familiari e amministratore di sostegno non possono prescindere dal relazionarsi col beneficiario. Tant'è che in caso di lesione dell'autodeterminazione, nonostante il rispetto delle *leges artis* da parte del medico, il beneficiario ha diritto, come vedremo, al risarcimento del danno.

Diventa allora preminente la comunicazione con il disabile, la quale è talvolta complessa, contrassegnata anche da mezze parole, da gesti e in generale da tutti quei segni del «linguaggio non verbale». Lo scopo di essa è promuovere la formazione di una volontà consapevole e comunque di capire se la volontà manifestata dal beneficiario «faccia parte di una valutazione pessimistico-depressiva o quanto sia espressione di un suo specifico orientamento esistenziale»<sup>7</sup>.

Il secondo problema cui si accennava poco sopra riguarda, invece, l'applicabilità dell'amministrazione di sostegno ai diversi casi in

cui viene in rilievo l'autodeterminazione. Quelli più discussi riguardano la persona affetta da una malattia progressivamente invalidante o immobilizzata ma lucida o, ancora, perfettamente sana che intende anticipare le direttive sulla fine della vita qualora dovessero verificarsi determinati eventi. Nella seconda ipotesi la piena capacità mentale impedirebbe la nomina dell'amministratore qualora la tecnologia consentisse di manifestare ugualmente la propria volontà. Nella terza, invece, la mancanza di una legge specifica e l'assenza dell'attualità dell'infermità o della menomazione - requisito, questo, che sembra richiesto dall'art. 404 c.c. - impedirebbero la nomina dell'amministratore di sostegno.

Dall'impostazione dei problemi appena tratteggiati emerge un dato: qualora l'individuo non sia pienamente capace di intendere e di volere e gli occorra un trattamento sanitario, la categoria astratta dell'incapacità appare talvolta inidonea a regolare il caso concreto, non riuscendo a dominare la complessità dei fatti<sup>8</sup>. Così come, del resto, accade in altri ambiti, come in quello della tutela dell'embrione<sup>9</sup>, della vita nascente<sup>10</sup> e del corpo umano inanimato<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Esito, questo, senz'altro da avversare, altrimenti il diritto diviene una sovrastruttura della società in tensione con la stessa, privo di «forza promozionale trasformatrice» (così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, III ed., 161-162). Cfr. anche D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, 1983, p. 373 ss.; ID., *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 4, p. 553.

<sup>9</sup> SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 247 ss., rivendica al giurista la competenza ad intervenire sul problema dell'individuazione dell'inizio della persona umana. Non ne cela le difficoltà: inidoneità a dare indicazioni e insufficienza sia dell'art. 1 c.c. che dell'art. 1 co. 1 della l. n. 40/2004. Certo è innegabile che l'art. 1 c.c. conservi ancora attualità, avendo codificato il rifiuto di «ogni premessa che leghi la capacità a requisiti ulteriori rispetto al nascere di un essere umano vivo quale che ne sia la qualità di vita e l'integrità corporea, le attitudini e potenzialità presenti o assenti». Ma è altrettanto vero che in taluni casi come quelli che coinvolgono il nato non vitale «è sempre più necessario «sciogliersi dall'idea di capacità giuridica». Cfr. anche MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 457 ss.; ID., *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, in *Trattato di biodiritto*, cit., 1299 ss.; BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533 ss.; OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 1, 99 ss.; ID., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 499 ss.

In giurisprudenza: cfr. Cass., 11.5.2009, n. 10741, in *Danno e resp.*, 2010, 2, 144 ss., con nota di DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e «diritto a non nascere se non sano»*. La Corte di Cassazione in *vena di revirement?*, ha affermato che la nozione soggettività giuridica è più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche; il nascituro o concepito è «dotato di autonomia soggettività giuridica» perché titolare dei diritti, sia pur con dei limiti, alla vita, alla salute, all'onore o alla reputazione, rispetto ai quali la nascita è *condicio iuris* imprescindibile della loro azionabilità in un giudizio. In questa pronuncia il riferi-

<sup>6</sup> Negli scritti dei giuristi e come vedremo meglio in seguito anche nel legislatore è oramai maturata la consapevolezza che la malattia mentale non pregiudica necessariamente, e comunque non del tutto, la capacità di intendere e di volere. Questa è la condizione maggiormente diffusa tra i sofferenti psichici (cfr. CENDON, *Amministrazione di sostegno*, cit., 175-179 e ivi altri riferimenti bibliografici). Fondamentali le influenze sulla psichiatria degli studi di MERLEAU PONTY, *Fenomenologia della percezione*, Milano, 2009, V ed. (pubblicato per la prima volta nel 1945), in part. cfr. le pagine sul corpo 111 ss.

<sup>7</sup> CENDON, *Amministrazione di sostegno*, cit., 171.

Questa considerazione si rafforzerà nel corso della trattazione del tema oggetto di queste pagine.

## 2. Il diritto alla salute della persona priva di autonomia: cinque casi

| 292

L'amministrazione di sostegno è l'istituto deputato alla tutela della salute della persona non in grado di esprimere autonomamente la volontà sui trattamenti sanitari che la riguardano. Gli artt. 404, 405 co. 4, 408 co. 1 e 410 co. 1 c.c., sui quali torneremo ancora, suffragano questa conclusione.

Occorre però precisare i limiti di applicabilità della misura alla luce dell'indiscutibile rilevanza della volontà del beneficiario nonostante la nomina dell'amministratore di sostegno. Rilevanza desumibile dai commi 1 e 2 dell'art. 410 co. 1 c.c., i quali obbligano l'amministratore sia a «tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario» sia a informare quest'ultimo circa gli atti da compiere.

Il discorso sui limiti si estende anche all'ambito applicativo dell'amministrazione di sostegno rispetto sia ai trattamenti sanitari obbligatori sia, come si accennava, alle direttive anticipate di trattamento.

Ma prima di affrontare questi delicati aspetti e di delineare più esattamente i casi su cui rifletteremo, è utile soffermarsi sulle ragioni che consentono di ritenere l'amministrazione di sostegno lo strumento preposto a tutelare la salute delle persone menomate o inferme. Il discorso può scandirsi nei seguenti passaggi. Intanto non v'è dubbio che il diritto alla salute debba essere garantito anche alle persone pri-

mento alla soggettività ha rappresentato il fondamento della pretesa risarcitoria del nato nei confronti del medico per le lesioni subite a causa di un farmaco somministrato dal medico stesso. In una pronuncia più risalente la Cassazione, pur non impiegando la categoria del soggetto, ha comunque ammesso la risarcibilità del danno alla salute subito dal nato per negligenze del medico avvenute durante la gravidanza (cfr. Cass., 22.11.1993, n. 11503, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 403 ss., con nota di IORATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione.*). Su questa stessa linea già Corte Cost., 18.2.1975, n. 27, in *Giur. costit.*, 1975, 117 la quale ha affermato che la tutela del concepito ha fondamento costituzionale. Anche la Corte di giustizia dell'UE, 18.10.2011 – Causa C-34/10, in *Guida al dir.*, 2011, 44, p. 15 ss., ha accolto un approccio di tutela in concreto dell'embrione, alla luce del contesto normativo di riferimento, rifuggendo da qualsiasi generalizzazione che potesse orientare la soluzione in un senso o nell'altro.

<sup>10</sup> ZATTI, *Questioni della vita nascente*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, tomo II, Milano, 2011, 1334);

<sup>11</sup> BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo 2, cit., 2317 ss., denuncia "l'incapacità delle categorie giuridiche a rappresentare fenomeni della realtà naturale" (p. 2144), affrontando i temi dell'analisi del DNA per accertare la paternità, della diffusione dell'immagine del defunto e del prelievo di organi e tessuti a scopo di trapianto.

ve in tutto o in parte di autonomia. Il venir meno o la riduzione della capacità di intendere e di volere non può certo comportare la perdita o l'affievolimento del diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.). Si violerebbe altrimenti il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazione sancito dalla Costituzione, dalla Cedu e, più nello specifico, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità<sup>12</sup>.

L'amministrazione di sostegno scongiura decisamente questa eventualità, potendosi dedurre dalla formulazione degli artt. 405 co. 4., 408 co. 1 e 410 co. 1 c.c. che l'istituto tutela interessi non soltanto patrimoniali ma anche personali, tra i quali vi è senz'altro la salute.

La prima disposizione, nel delimitare lo scopo dei provvedimenti urgenti, distingue tra «cura della persona interessata» e «conservazione e amministrazione del suo patrimonio». Il termine cura significa, in generale, interessamento attento e costante, ma nel contesto normativo allude all'attenzione per gli aspetti personali, poiché quelli patrimoniali sono stati già considerati dalla stessa disposizione.

La seconda, l'art. 408 co. 1 c.c., con riferimento alla scelta dell'amministratore di sostegno, riprende la medesima distinzione di cui all'art. 405 co. 4 c.c. con una terminologia più sintetica. Stabilisce che, in tale attività, il giudice debba operare con «esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario». Qui il termine interessi, privo com'è dell'aggettivo qualificativo, può essere riferito anche alla sfera non patrimoniale. Come del resto ha sottolineato la Cassazione con riguardo allo stesso termine contenuto nell'art. 414 c.c. sulle persone

<sup>12</sup> L'art. 14 della Cedu (ratificata il 26.10.1955) impone di assicurare il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione «senza distinzione di alcuna specie». L'art. 2 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13.12.2006 e resa esecutiva in Italia il 30.3.2007, stabilisce che «per discriminazione fondata sulla disabilità si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, e il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole». Altre due norme della medesima Convenzione che interessano il nostro tema sono l'art. 3 che indica, tra i principi generali, «il rispetto per la dignità intrinseca, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone» [corsivo mio], e l'art. 10 secondo cui «Gli Stati Parti riaffermano che il diritto alla vita è connesso alla persona umana ed adottano tutte le misure necessarie a garantire l'effettivo godimento di tale diritto da parte delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri».



che possono essere interdette<sup>13</sup>. Naturalmente identica considerazione deve valere con riguardo al termine «interessi» impiegato nell'art. 404 c.c.

Il nesso tra amministrazione di sostegno e tutela della personalità emerge anche da altre disposizioni<sup>14</sup>, tra cui in particolare - lo si ribadisce - l'art. 410 co. 1 c.c., il quale detta una norma fondamentale, espressiva dello "spirito" del nuovo istituto. L'amministratore di sostegno, nello svolgimento del suo ufficio, «deve tenere conto dei bisogni (...) del beneficiario»<sup>15</sup>. Il sostantivo bisogno allude in generale a qualcosa che occorre, come, ad esempio, un trattamento medico necessario per migliorare la propria salute, per evitare o procrastinare il decesso.

L'amministrazione di sostegno è dunque l'istituto da applicare per tutelare la salute di chi, al momento in cui appaia necessario un intervento sanitario, sia incapace di decidere consapevolmente o di comunicare qualsiasi volontà. Quest'ultima situazione si verifica tra l'altro nel caso - di cui ci occuperemo specificamente - della malattia progressivamente invalidante fino all'eliminazione della coscienza di Sé. Qui è evidente che soltanto prima di tale momento è possibile anticipare le proprie determinazioni sui trattamenti medici.

<sup>13</sup> Cass., 18.12.1989, n. 5652, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 512 ss., con nota di MAZZONI, ha affermato che l'espressione incapacità di provvedere ai propri interessi, contenuta nell'art. 414 c.c. deve essere riferita anche al «profilo della protezione degli interessi non patrimoniali» come la salute. I quali però corrono il rischio di essere pregiudicati dal compimento di atti giuridici. Il tutore, continua la Suprema Corte, può essere nominato anche qualora non vi siano patrimoni da proteggere, ma occorre assicurare la sopravvivenza di una persona «messa in pericolo da un suo rifiuto (determinato da infermità psichica) a interventi esterni di assistenza quali il ricovero in luogo sicuro e salubre o anche il ricovero in ospedale per urgenti e necessari interventi sanitari». Si può ritenere che queste considerazioni valgano anche con riferimento all'art. 404 c.c. in cui vi è l'espressione «impossibilità (...) di provvedere ai propri interessi».

<sup>14</sup> Tra le altre disposizioni possono essere richiamate: l'art. 405 co. 5 n. 6 c.c. secondo cui il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve indicare la periodicità con cui l'amministratore riferirà al giudice «circa (...) le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario»; l'art. 44 disp. att. c.c. che attribuisce al giudice tutelare il potere di convocare in qualunque momento l'amministratore di sostegno per dargli «istruzioni inerenti agli interessi morali (...) del beneficiario»; l'art. 418 co. 3 c.c. che richiama l'art. 405 co. 4 c.c.

<sup>15</sup> CENDON, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno*, in *Diritto privato, Persone, famiglia e successioni*, a cura di Mazzarese-Sassi, Torino, 2009, 157 ss., sottolinea che la protezione delle persone sofferenti prende vita dal basso. Significa che la regolazione dei poteri dell'amministratore di sostegno, ma anche il loro esercizio è condizionato dalla capacità di comprensione del beneficiario e di trasmissione della sua volontà. Questa capacità di comunicare deve spesso essere favorita e compresa dall'amministratore in uno sforzo, talvolta, non certo semplice (art. 407 co. 2, 410 co. 1 e 2 c.c.). Giustamente Cendon - l'A. che più ha studiato l'amministrazione di sostegno - parla di «persuasione» e di «ascolto».

La giurisprudenza ha ampiamente utilizzato l'amministrazione di sostegno a tutela della salute del beneficiario, in ossequio anche all'art. 6 della Convenzione sui Diritti umani e la biomedicina<sup>16</sup>. Disposizione, questa, che richiede, nell'interesse delle persone prive della capacità di prestare il consenso, l'autorizzazione di un rappresentante, di un'autorità o di un soggetto designato dalla legge quale condizione di legittimità dell'intervento medico.

Vi è però un'applicazione dell'istituto in parola che ha diviso giurisprudenza di merito e dottrina: come strumento di attuazione delle direttive anticipate di trattamento o, con terminologia meno appropriata, del testamento biologico. La fattispecie concreta è nota. L'interessato chiede al giudice tutelare di nominare amministratore di sostegno la persona designata ai sensi dell'art. 408 co. 1 c.c.; gli chiede altresì di attribuire all'amministratore il potere di comunicare al medico le proprie direttive anticipate di trattamento, esplicitate sempre nell'atto di designazione, garantendone così l'osservanza. Ma come si accennava nel primo paragrafo le problematiche non mancano con riguardo sia all'ipotesi appena descritta, sia al più diffuso impiego dell'amministrazione di sostegno a tutela della salute.

Per affrontarle più efficacemente è utile delineare compiutamente i casi su cui ci soffermeremo, peraltro già oggetto di specifico esame da parte della giurisprudenza di merito. Sono soprattutto cinque: 1) persona affetta da malattia mentale che necessita di un'operazione chirurgica o di una cura farmacologica, non in grado di autodeterminarsi e di comprendere le conseguenze di qualsivoglia decisione sulla propria salute; 2) persona con disabilità, non priva di un certo grado di capacità di intendere e di volere, che rifiuta un trattamento sanitario o un'operazione chirurgica essenziale; 3) persona perfettamente capace di intendere e di volere, colpita da una malattia progressivamente invalidante, che, di fronte alla diagnosi di una futura perdita di coscienza, intenda affidare a un rappresentante la tra-

<sup>16</sup> Con legge 28.3.2001, n. 45 è stata autorizzata la ratifica della *Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina* (Oviedo, 4.4.1997) ma ad oggi non risulta ancora ratificata dallo Stato italiano. Ad essa, per effetto della legge di autorizzazione alla ratifica, deve riconoscersi «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo» delle norme interne, nel senso di leggerle nel modo più conforme possibile alla Convenzione (così Cassazione, n. 21748/2007, caso E. Englaro). L'art. 6 co. 3 stabilisce che «Nei casi in cui, a causa di handicap mentale, di malattia o per motivi simili, secondo la legge un maggiorenne non possiede la capacità di dare il consenso a un intervento, questo può essere effettuato solo con l'autorizzazione del suo rappresentante, o di una autorità o di persona o istanza designata dalla legge».



smissione delle proprie determinazioni sui trattamenti che desidera ricevere o che rifiuta; 4) persona sana, pienamente capace di agire, che designa ai sensi dell'art. 408 co. 1 c.c. un amministratore di sostegno - nominato successivamente dal giudice tutelare - affinché manifesti al medico le proprie volontà contrarie a taluni trattamenti salvavita in presenza di un sopravvenuto irreversibile stato di incoscienza; 5) persona in stato vegetativo permanente che, pur non avendo formalizzato per iscritto alcuna direttiva anticipata di trattamento, abbia espresso in passato una personalità da cui poter presumere una ferma e sicura contrarietà al mantenimento in vita.

### 3. Salute e autodeterminazione

Se l'amministrazione di sostegno tutela la salute del beneficiario e se quest'ultimo, come già posto in luce, deve essere coinvolto nel rapporto con il medico e con l'amministratore di sostegno, occorre soffermarsi sul concetto di salute. Anche perché, chiarendo quest'ultimo nel contesto normativo di riferimento, si comprendono più a fondo le diverse dinamiche e gli esiti desiderabili cui può pervenire il rapporto con il malato disabile.

Naturalmente il discorso sulla salute e, più in generale, sulla persona si colloca in uno «scenario sopranazionale»<sup>17</sup>. Oltre agli articoli 404, 405 co. 4, 408 co. 1 e 410 co. 1 c.c. interessano alcune disposizioni della Costituzione - le cui norme com'è noto possono essere fonte diretta della regola giuridica<sup>18</sup> - della Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina, della Convenzione delle Nazioni Unite sulla Disabilità e della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Senza tralasciare talune leggi interne e neppure, tra le cosiddette fonti legate all'autonomia privata, il Codice di deontologia me-

dica, al quale è stata riconosciuta, sia pur con talune distinzioni, natura giuridica<sup>19</sup>.

L'interprete si confronta con una pluralità di livelli normativi<sup>20</sup>: costituzionale, internazionale, comunitario, giurisprudenziale<sup>21</sup> - con riguardo an-

<sup>19</sup> Cass. Sez. un., 20.12.2007, n. 26810, in *Foro it.*, 2009, I, 3167, con nota di SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, ha riconosciuto al codice disciplinare forense natura di fonte normativa integrativa del precetto legislativo ed esattamente della norma di legge che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare. Vi è un'analogia norma anche con riguardo all'Ordine dei medici (cfr. D.P.R., n. 221/1950). Ne consegue l'ammissibilità del ricorso in Cassazione per violazione di legge (cfr. anche Cass. Sez. un., 30.4.2008, n. 10875, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di MARRAS, *Divieto di duplicazione di onorari per attività non effettivamente prestate*, 2008, 12, 1378 e Cass. Sez. un., 7.7.2009, n. 15852, in *Foro it. on line*) In dottrina si discute da tempo su una possibile efficacia anche «esterna» delle norme deontologiche, nel senso di riconoscere agli enti una potestà a dettare norme applicabili nell'ordinamento generale in una prospettiva di tutela del paziente. E' stato osservato che il codice deontologico contiene norme che integrano concetti elastici e clausole generali dell'ordinamento giuridico (ad es. l'art. 1375 c.c.). Talvolta esso detta norme procedurali per rendere effettivo un diritto previsto dalla legge come nell'esempio del consenso informato (artt. 33-35). In altri casi è lo stesso legislatore che prevede l'adozione di un codice deontologico (art. 139 d. lgs. n. 196/2003, protezione dati personali). Cfr. *amplius* BELLELLI, *Codice di deontologia medica e tutela del paziente*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 6, 581 ss.

<sup>20</sup> BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Fam. e dir.*, 2011, 3, 310 ss.; S. CASSESE, *Trattato di Lisbona: la Germania frena*, in *Gior. di dir. amm.*, 2009, 9, 1003; CASTELLANETA, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, *Notariato*, 2010, 2, 197; CARTABIA, *Il Trattato di Lisbona*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 3, 221, afferma che l'adesione dell'Unione europea alla Cedu (art. 6 co. 2 Trattato UE) da realizzarsi attraverso una determinata procedura comporterà l'assoggettamento delle istituzioni europee al rispetto della Convenzione e alla giurisdizione della sua Corte dei diritti.

<sup>21</sup> La complessità delle fonti e il ricorso ai principi - norme a tutti gli effetti (cfr. *infra* nota 19) - mostra l'insufficienza, spesso, della mera esegesi, spingendo l'interprete ad individuare una regola che prima non emergeva, *expressis verbis*, dal tessuto normativo. Si tratta di un'attività diversa da quella del legislatore, ma pur sempre protesa alla formazione di un nuovo diritto; sotto questo profilo è stato giustamente affermato che la giurisprudenza è fonte del diritto. LIPARI, *Le singole fonti del diritto privato*, cit., 5 ss. (spec. 124), giunge a questa conclusione dopo un'analisi sul diritto. A riprova l'A. segnala il riferimento da parte della Corte Costituzionale al diritto vivente «inteso come il risultato precettivo che viene assegnato all'enunciato (o ad un sistema di enunciati) all'esito del procedimento interpretativo quale prevalso in sede giurisprudenziale». Sul ruolo della giurisprudenza cfr. le riflessioni di LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 359 ss. e di P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 151, 173, 196, 244.

In giurisprudenza cfr. Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit., la quale, in tema di interpretazione, svolge le seguenti considerazioni: 1) la pluralità delle fonti ha determinato i processi di decodificazione e di depatrimonializzazione, ponendo al centro la persona portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali; 2) la configurazione del nostro sistema giuridico come «semi

<sup>17</sup>COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2009, 147.

<sup>18</sup> E' noto come nello sviluppo dei diritti della personalità, avvenuto nel secolo scorso, la Costituzione abbia svolto un ruolo decisivo. Non occorre certo indugiare sul tema della c.d. *Drittwirkung*, ampiamente svolto dalla migliore dottrina (cfr. LIPARI, *Le singole fonti del diritto privato*, in *Le fonti e i soggetti*, Trattato Lipari-Rescigno, Milano, 2009, 57 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, tomo II, Napoli, 2006, 542, che richiama l'art. 54 Cost. - il quale stabilisce che tutti i cittadini devono osservare la Costituzione e le leggi - osservando che il principio di legalità vale, appunto, per tutti i cittadini, dunque «è fuorviante ricercare nel legislatore il destinatario esclusivo delle norme costituzionali; altrettanto sterile è discettare sulla loro natura politica non giuridica». Le norme costituzionali non fungono solamente da parametro per una rilettura della legislazione ordinaria. Esse sono applicabili nei rapporti di diritto civile (c.d. applicazione diretta) anche quando contengono valori o principi pur in assenza di norme ordinarie specifiche).



che alle Corti sovranazionali<sup>22</sup> - e deontologico. E l'interpretazione, di conseguenza, non può che essere sistematica e - secondo la concezione del diritto come strumento di ordine sociale - orientata «in funzione applicativa alle fattispecie concrete al fine di riconoscere a ciascuna di esse l'ordinamento adeguato»<sup>23</sup>. Ogni soluzione dovrà essere conforme a

aperto» (cioè fondato anche sulle clausole generali e su indicazioni di valori) consente al giudice di individuare «nuove aree di protezione degli interessi»; 3) in questa attività espansiva dell'ordinamento il giudice incontra il limite della Costituzione e del principio di legalità, inteso, questo, in un quadro di pluralità di fonti. In questo quadro e con questi limiti la giurisprudenza si pone come «autonoma fonte del diritto».

<sup>22</sup> L'art. 267 TFUE attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale: «a) sull'interpretazione dei trattati». L'art. 32 CEDU stabilisce che la «competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli...». In giurisprudenza cfr.: Cass., 24.10.2007, n. 348, e Cass., 24.10.2007, n. 349, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 185, con nota di LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale - La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, si sono soffermate sull'ambito applicativo degli art. 7, 10, 11 e 117 Cost.; Corte Cost., 12.3.2010, n. 93, in *Foro it.*, 2010, 7-8, 1; Cass. Sez. un., 23.12.2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, 5, 1, 1423; Cass., 30.9.2011, n. 19985, in *Guida al dir.*, 2011, 44, 42 ss., ha affermato che le sentenze della Corte EDU hanno valore di giudicato formale e devono essere osservate dal giudice italiano anche se sopravvengono durante il procedimento (nel caso di specie il giudicato riguardava il fatto che le dichiarazioni diffamatorie non erano connesse alla funzione parlamentare e dunque non erano coperte dall'art. 68 Cost.).

<sup>23</sup> P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 177 ss.

<sup>24</sup> P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, 319 e 335, rileva come l'unitarietà dell'ordinamento «esige che l'interpretazione a fini applicativi sia realizzata mediante uno stesso argomentare, ispirato ad un'unica logica e ad un'unica assiologia, ricavabile dal sistema nel suo complesso, senza che il giudice italiano possa tener distinte le regole idonee a interpretare le leggi nazionali, da quelle idonee a interpretare le disposizioni comunitarie, da quelle ancora idonee a interpretare le disposizioni costituzionali». Ciò trova conferma nella riconosciuta idoneità delle norme comunitarie e delle direttive a integrare le riserve di legge poste dalla Costituzione (si parla perciò di superamento della ricostruzione dualistica dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario). Anche LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. crit. dir. e proc. civ.*, 2011, 8 ss., constata come «il quadro ordinamentale cui [il giudice] deve richiamarsi per individuare i principi di fondo in chiave assiologia sui quali fondare la sua decisione non ha alcun confine di tipo statutale». L'allargamento dei punti di riferimento della giuridicità ha fatto sì che l'analogia abbia progressivamente perso quella specificità strutturale «di segno meramente logico», palesando «l'asfittica prospettiva» dell'art. 12 della preleggi al c.c. (p. 12). L'A. parla di «passaggio dal sistema come postulato all'interpretazione sistematica come processo» (p.15). E ciò «riscoprendo una operante dialettica fra tutti gli indici che concorrono a formare, in un dato momento storico, l'esperienza giuridica al di là di ogni formalistico tentativo di fondare il procedimento applicativo sulla necessaria postulazione di una norma» (p. 17).

principi e valori che, in quanto posti al vertice del sistema ordinamentale unitario, ne costituiscono l'identità. Principi, il riferimento ai quali appare non più come *extrema ratio* del processo ermeneutico ma come costante di ogni ricostruzione<sup>24</sup>.

Posta questa premessa il discorso sulla salute può muovere da qualche interrogativo. E' giustificabile un intervento chirurgico che consenta al malato di sopravvivere nonostante la sua contrarietà? Deve prevalere un'accezione oggettiva della salute quando l'individuo non è pienamente capace di intendere e di volere? La scienza medica può impossessarsi del corpo separandolo dall'io della persona?

E' stato giustamente osservato che il linguaggio dell'appartenenza è inadeguato a regolare le decisioni sulla propria salute<sup>25</sup>. Se la storia del corpo «mi costruisce», esso esprime «interamente me»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo tra le Corti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1, 250-251, osserva che i principi come i diritti hanno «pari giuridicità e capacità di essere fonti di diritti e di doveri», sicché invece di tentare una distinzione sotto il profilo effettuale, è più produttivo concentrarsi sulle «tecniche di attuazione degli uni e degli altri» (cfr. dello stesso Autore anche, *La lunga marcia dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, 706 ss. In argomento anche ZAGREBELSKI, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 210 ss. e SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 417 ss.

La debolezza della distinzione tra diritti e principi sembra emergere anche dalle sentenze cosiddette manipolative - additive o sostitutive - della Corte costituzionale, le quali, in sostanza, riscrivono, applicando un principio, una determinata disposizione, assurgendo così a fonte del diritto. Sull'interpretazione e sulla centralità del ruolo del giurista cfr. P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni Fiorentini*, 2003, 32, 35 ss.; MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 14; FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, 5 ss. e 28 ss.

<sup>25</sup> ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 4 ss.; RODOTA', *Il corpo "giuridificato"*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo 1, cit., 56 ss. Entrambi gli Autori ritengono che le decisioni sulla propria salute si lasciano comprendere e rappresentare con il linguaggio dell'identificazione del corpo-io con il corpo-cosa. Il corpo non è (e non può essere) mero oggetto di una *voluntas*, ma è un tutt'uno con quest'ultima.

<sup>26</sup> Così ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit., 6. Ma il diritto allora deve consentire di collegare ogni singola vicenda del corpo alla persona nel suo insieme, altrimenti vi è il rischio di assimilare le sue parti a qualsiasi altra merce. Come pure vi è il rischio di legittimare regole e interpretazioni che guardano al corpo come altro dalla persona. RODOTA', *Il corpo "giuridificato"*, cit., 70 ss., argomenta l'unità funzionale della persona dall'art. 3 co. 2 let. c) della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Soltanto da questa prospettiva si spiega il divieto di lucrare dall'impiego di parti del corpo umano. L'A. reca diversi esempi da cui emerge un «corpo scomponibile, disseminabile, manipolabile, falsificabile», il che esige nuove garanzie e determina una nuova dialettica tra responsabilità e risarcimento del danno. Anche ZATTI, *Principi e forme del*



Identità e corpo possono dunque intrecciarsi<sup>27</sup> ma anche separarsi diversificando i loro cammini, «rivendicando autonomie»<sup>28</sup>, come accade quando l'individuo non riconosce più se stesso nella vita corporale. Si ha una disidentificazione: l'io si stacca dal corpo inerte, doloroso. Il che può accadere nel coma irreversibile o nella malattia progressivamente invalidante. In quest'ultimo caso l'impiego delle nuove tecnologie può consentire all'individuo di autodeterminarsi anche quando egli abbia perso l'uso della parola<sup>29</sup> e finanche – ma è ancora una frontiera – quando il corpo sia inerte in ogni sua parte<sup>30</sup>.

Queste dinamiche dell'esistenza umana in cui il corpo incontra la tecnica o si scontra con essa non sono estranee al diritto. Il quale è chiamato a risolvere il rapporto, anche conflittuale, tra identità e vita, autodeterminazione e limiti della rappresentanza. Ritorna quindi la domanda posta poco sopra: l'applicazione delle tecniche mediche che tengono in vita un corpo immobilizzato, con o senza coscienza di sé, può prescindere dalla considerazione che l'individuo abbia di questa condizione? Viene in rilievo il problema dei limiti<sup>31</sup> per l'interessato, per il medico e per il potere legislativo.

«governo» del corpo, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo 1, cit., 112 ss., nel trattare della doppia verità del corpo - il corpo «mio» corpo-Sé - rimarca con riferimento alla prima che «l'appartenenza può impregnarsi di aspetti interiori che rendono l'oggetto un luogo dell'io»; si pensi ai gameti congelati e distrutti dalla Banca per errore o alle protesi (v. il noto caso Pistorius). A tal proposito l'A. parla di «corpo esteso». Una parte del corpo separata da esso può anche staccarsi dall'io (ciocca di capelli da vendere). Si passa «dall'io alla cosa-non io». Queste differenze esigono risposte giuridiche differenti: «la modalità identitaria reclama la protezione dell'identità, la modalità oggettiva richiama una diversa tutela. La loro sovrapposizione è possibile, e la prospettiva destinata a prevalere può dipendere dal contesto di aggressione o dal contesto di decisioni dell'interessato» (p. 117). Certo è che, osserva l'A., la parte del corpo separata o da separare «non è mai (o quasi mai) solo oggetto», restando comunque «vaso di identità».

<sup>27</sup> LE BRETON, *L'appartenance du corps*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, tomo 1, Milano, 2011, 25, sottolinea quale mutamento dell'antropologia il passaggio dalla dissociazione all'unificazione tra corpo e persona. Corpo come identità: «la dignité est évoquée pour protéger la personne contre elle-même, et justement pour ne jamais considérer le corps comme une propriété mais comme identité à soi».

<sup>28</sup> E. RESTA, *L'identità nel corpo*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo I, cit., 3.

<sup>29</sup> Trib. Sassari, 16.7.2007, in *Foro it.*, 2007, I-2, 3026 ss., ha ammesso in un caso di sclerosi laterale amiotrofica (Sla) l'uso del sintetizzatore vocale My-Tobii. Il quale ha consentito al malato di esprimere la propria volontà contraria alla permanenza in vita.

<sup>30</sup> PIZZETTI, *Autodeterminazione e salute nel "Brain-computer interfacing"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1, 31 ss.

<sup>31</sup> MAGNI, *I confini del corpo*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo I, cit. 44-46.

Sul punto vi è un dato sistematico che assume un rilievo assolutamente centrale. A un attento esame condotto in diversi ambiti emerge come la regola giuridica sia conformata dall'elemento soggettivo. Si pensi alle nozioni di stato di abbandono nella dichiarazione di adottabilità<sup>32</sup>, di salute e di danno biologico<sup>33</sup>, al principio del consenso informato e alla rilevanza delle determinazioni degli incapaci. In questi casi la tensione tra autorità e libertà, tra fattispecie astratta e concreta si scioglie valorizzando le specificità delle dinamiche-relazionali nel danno

<sup>32</sup> Cass., 14.11.2003, n. 17198, in *Guida al dir.*, 2004, I, 53 ss.; Cass., 11.10.2006, n. 21817, in *Fam. e dir.*, 2007, I, 77 ss.; Cass., 22.1.2010, n. 1108, in *Fam. e dir.*, 2010, 12, 1099, con nota di ASTIGGIANO, *Il procedimento di adottabilità del minore: alcuni aspetti procedurali e ruolo dei parenti*; Cass. 24.2.2010, n. 4545, in *De jure on line*; ivi Cass. 31.3.2010, n. 7961 e Cass. 4.5.2010, n. 10706, Cass. 4.4.2011, n. 7608, in *Guida al dir.*, 2011, 24, 63.

Da queste pronunce si evince che lo stato di abbandono è caratterizzato da una componente oggettiva e una soggettiva. Com'è noto, l'art. 8 della l. n. 184/1983 individua lo stato di abbandono nella privazione per il minore dell'«assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi». Si tratta di una norma sostanzialmente «in bianco», la quale assume un contenuto preciso alla luce degli artt. 30, 31 e 32 Cost., in un difficile equilibrio con il diritto del minore di essere educato nella propria famiglia. Educare e istruire il figlio (art. 30 Cost., e art. 147 c.c.) significa trasmettergli «i valori necessari per fargli progressivamente acquistare le capacità e posizioni proprie di ogni membro della collettività [provvedendo] anche finanziariamente al soddisfacimento dei bisogni del minore e alle sue esigenze di crescita». Dunque, *a contrario*, si ha stato di abbandono se, all'esito di un rigoroso accertamento, emergono «carenze materiali ed affettive di tale rilevanza da integrare, di per sé, una situazione di pregiudizio per il minore», consistente nella compromissione «in modo grave e irreversibile di un armonico sviluppo psico-fisico dello stesso» [elemento oggettivo]. In questa valutazione tuttavia si considera il minore non in astratto «ma in concreto, cioè in relazione al suo vissuto, alle sue caratteristiche fisiche e psicologiche, alla sua età, al suo grado di sviluppo e alle sue potenzialità» [elemento soggettivo]. Con la conseguenza che la mera volontà dei genitori di prendersi cura del minore, in mancanza di concreti riscontri, è non sufficiente a superare la situazione di abbandono.

<sup>33</sup> Corte Cost. 14.7.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, 2, 2054 ss., con nota di PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, e ivi, 2976 ss., con nota di MONATERI, *La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico («Staatsrecht verghe, Privatrecht besteh»)*, ha ritenuto l'art. 32 Cost. direttamente applicabile ai rapporti tra privati, con la conseguenza che l'individuo leso nella salute poteva pretendere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.. Com'è noto questa pronuncia, collegando la norma civilistica all'art. 32 Cost, ha consentito di superare i dubbi di costituzionalità dell'art. 2059 c.c. In dottrina sull'evoluzione del diritto alla salute sono fondamentali le letture di P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, II, 1037 ss.; CASTRONOVO, *Danno biologico: un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1988; BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, Torino, 2001. Cfr. anche l'interessante quadro di sintesi di G. MARINI, *La responsabilità civile*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 243 ss.



biologico, il grado di maturità e di autodeterminazione del minore nella situazione di abbandono e nel campo della salute, la volontà del beneficiario dell'amministrazione di sostegno e, entro certi limiti, quella dell'interdetto.

Il minore, il beneficiario, l'interdetto e l'inabilitato non possono essere esclusi a priori dal rapporto con il medico. L'incapacità legale e lo schema della potestà non regolano, dunque, l'intera gamma degli atti giuridici. L'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, cui va ricondotta la sfera della salute, non è governato dall'antitesi capacità-incapacità, né dalla potestà, non più intesa come soggezione<sup>34</sup>, ma dalla concreta e specifica (sia pur minima) capacità di intendere e di volere<sup>35</sup>.

#### 4. (segue) La salute come dimensione dell'identità personale

La nozione di salute contribuisce a chiarire quando possa essere attribuito all'amministratore il potere sostitutivo del volere del beneficiario, ma anche a stabilire quale sia la funzione e il limite dell'esercizio di tale potere. Il discorso si intreccia con la rilevanza più volte segnalata della volontà del beneficiario.

Il concetto di salute non esiste soltanto in astratto, ma deve misurarsi con la persona specifica della cui salute si discute. Certamente applicando le conoscenze e i parametri della scienza medica potrà dirsi che un soggetto necessita di un determinato intervento chirurgico. Ma questa valutazione, prevalentemente generale e astratta, può non corrispondere al sentire individuale. Questo contrasto tra scienza e individualità è alimentato inevitabilmente dall'unicità di ciascun essere umano. Il quale valuta

il proprio stato di salute anche secondo criteri intimi che prescindono dagli standards della medicina.

La consapevolezza di una nuova dimensione della salute è frutto di un'evoluzione, oramai recepita dal diritto, che ha segnato, nella seconda metà del Novecento<sup>36</sup>, tappe significative. Le quali hanno svelato anche l'inadeguatezza dell'alternativa capacità-incapacità per risolvere i problemi giuridici posti dalla necessità di curare una persona priva in tutto o in parte di autonomia.

Secondo la concezione più antica la salute esprimeva esclusivamente una condizione di normalità, la cui alterazione richiedeva l'intervento del medico il quale applicava conoscenze, protocolli e tecniche consolidate nella scienza. In questo senso la salute - è stato finemente osservato - poiché «traduce una descrizione in prescrizione ha carattere (...) normativo»<sup>37</sup>. Ma è evidente che se la salute esprimeva soltanto l'assenza di malattia, la valutazione del bene del paziente si muoveva in una logica esclusivamente oggettiva.

In questa prospettiva il medico diventava la figura preminente nella relazione con il malato, tanto che il primo decideva, in luogo del secondo, la soluzione più giusta in sé, in astratto. Il medico era detentore di una «potestà» di curare. Ma con l'ampliarsi della nozione in parola, apertasi alla soggettività, si è assistito al superamento del paternalismo medico<sup>38</sup>, con conseguente ridimensionamento della concezione normativa della salute «che non è più l'indicatore dominante della relazione terapeutica»<sup>39</sup>.

Le radici di questo mutamento sono ravvisabili nella nota definizione legale di salute redatta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità<sup>40</sup>. La quale, nel riferirsi al benessere fisico, psichico e sociale, specifica che tale stato non possa consistere

<sup>34</sup> STANZIONE, voce *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, 2011, IV, 726-728.

<sup>35</sup> GIARDINA, *Tutela della salute degli incapaci e interventi «protettivi» di terzi*, in *Il diritto alla salute*, a cura di Busnelli-Brescia, Bologna, 1979, 128 ss.; BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 1982, 54 ss.; CARRATTA, *I procedimenti sullo stato di adottabilità e de potestate dopo l'entrata in vigore della l. n. 149 del 2001: verso un giusto processo civile minorile*, *Dir. fam. e pers.*, 2010, 1, 276 ss.; DI MARZIO, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, *Dir. fam. e pers.*, 2001, 1, 365 ss.; A. GORGONI, *Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione*, in *Persona e mercato*, 2011, 1, 55 ss.; STANZIONE, voce *Minori (condizione giuridica dei)*, cit., 732, rileva come non siano ammissibili interpretazioni degli artt. 2 e 3 Cost. «volte ad espungere il minore dal godimento e dall'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali». Piuttosto da diverse disposizioni contenute sia del codice civile che in altre fonti anche sovranazionali si deduce che «il progressivo imporsi della maturità di discernimento del minore (...) restringe le aree di eterodeterminazione» (p. 730).

<sup>36</sup> FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto, Salute e sanità*, a cura di R. Ferrara, Milano, 2010, 12 ss., sottolinea come l'art. 32 Cost. abbia determinato una netta cesura con lo Stato di diritto ottocentesco, il quale di disinteressava della salute dei cittadini. E' con l'avvento dello Stato sociale - le cui radici si trovano nella Germania di Bismarck - che la salute muove verso la configurazione come diritto individuale.

<sup>37</sup> ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 403.

<sup>38</sup> GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di biodiritto, I diritti in medicina*, a cura di Lenti-Fabris-Zatti, Milano, 2011, 217-218.

<sup>39</sup> ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, cit., 404; DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo 1, cit., 584 ss.

<sup>40</sup> D. Lgs. C.P.S. 4.3.1947, n. 1068, Approvazione del protocollo concernente la costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità stipulato a New York il 22 luglio 1946. Nel Preambolo della Costituzione OMS si afferma che «*La santé est un état de complet bien-être physique, mentale et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité*».

solamente nell'assenza di malattia o d'infermità. Subentra così la dimensione soggettiva della salute, in cui assumono rilievo le valutazioni insindacabili formulate dal paziente sulla propria condizione fisica e psichica. Valutazioni che possono anche non coincidere con quanto la scienza medica prescrive nel caso specifico, attingendo ad altri fattori quali i rapporti familiari, le relazioni sociali, l'ambiente in cui si vive, le proprie concezioni spirituali e religiose.

Il discorso assume maggiore evidenza e spessore giuridico se si esamina la Convenzione dei diritti dell'uomo<sup>41</sup>, e, soprattutto, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina. Queste ultime due pongono la salute in relazione con l'identità, la dignità e l'integrità. In particolare dall'interpretazione degli artt. 1, 2 e 3 della Carta si evince come la salute sia espressione dell'identità personale e al contempo dimensione dell'integrità. Se, infatti, soltanto il consenso libero e informato legittima un trattamento nel campo della medicina e della biologia, se la dignità umana deve essere rispettata e se ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica, si deve ammettere che al centro del rapporto terapeutico sta l'identità dell'uomo e, prima ancora, il valore della libertà. Proprio questa centralità ha costituito il punto decisivo della motivazione della Cassazione nel caso Englaro<sup>42</sup>.

Ma le considerazioni appena svolte preparano un altro passo, in verità già compiuto da un'autorevole

e attenta dottrina<sup>43</sup>. La salute è diventata una dimensione dell'integrità, la quale a sua volta si compone di tre aspetti: genetico, corporale e psicologico-morale, come si desume dall'art. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE. L'integrità trascende l'aspetto dell'assenza di malattia «per assumere quello della propria, unica qualità di esistenza, nella sintesi dei tre aspetti che formano l'uomo. Proprio perciò l'integrità [nella Carta dei Diritti dell'UE] si connette alla vita e sta sotto l'insegna della dignità<sup>44</sup>».

Anche l'art. 1 della Convenzione dei Diritti Umani e la biomedicina stabilisce uno stretto legame tra identità e integrità (e quindi salute)<sup>45</sup>. Questa disposizione vuol significare che lo Stato non può garantire l'integrità senza contestualmente proteggere e valorizzare l'identità.

La nostra giurisprudenza di legittimità ha colto la dimensione identitaria della salute<sup>46</sup>. Una prima significativa pronuncia si è avuta nel 1990, quando la Corte Costituzionale ha affermato che l'invulnerabilità della libertà personale (art. 13 co. 1 Cost.) postula «l'esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»<sup>47</sup>. Non può esservi libertà se ciascuno non ha il potere di decidere cosa sia più confacente per il proprio corpo, per sé stesso. E affinché questo potere sia effettivo, si è

<sup>41</sup> Corte EDU, 29.4.2002, *Petty c. Regno Unito*, in *www.coe.int.*, ha affermato che l'imposizione di un trattamento medico viola l'integrità fisica della persona, coinvolgendo i diritti tutelati dall'art. 8 co. 1 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

<sup>42</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 363, con nota di PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 1, 86, con nota di VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Fam. e dir.*, 2008, 2, 129, con nota di CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Corr. giur.*, 2007, 12, 1676, con nota di CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; in *Fam. pers. e success.*, 2008, 6, 508, con nota A. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Foro it.*, 2008, I, 2609, con nota di CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «life-sustaining»*; in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, 107 ss., con nota di GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, 960, con nota di BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*. Nella sentenza si riconosce che la salute non è più intesa «come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza».

<sup>43</sup> ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, cit., 406 ss., sottolinea come l'integrità si declini in due accezioni: integro come intatto e integro come intero nel senso di pienezza del Sé. Nella prima viene in rilievo l'assenza di malattia, nella seconda l'integrità si apre ad aspetti del vissuto che coinvolgono l'identità.

<sup>44</sup> P. ZATTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>45</sup> Il legame tra identità e integrità (salute) è posto dall'art. 1 (Oggetto e finalità) della *Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina* secondo il quale «Le parti firmatarie della presente Convenzione proteggono la dignità e l'identità di tutti gli esseri umani e garantiscono a ogni persona, senza discriminazioni, il rispetto della sua integrità e dei suoi diritti e libertà e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina». Anche l'art. 2 è significativo di tale legame stabilendo che «Gli interessi e il bene dell'essere umano devono avere priorità rispetto al semplice interesse della società e della scienza». Ma chi stabilisce quale sia il bene della persona? Non sembra che la norma taccia del tutto. Certamente non è il medico né la società, quindi neppure il diritto quale espressione di quest'ultima. Ciò si desume dal fatto che la norma subordina l'interesse della società e della scienza all'interesse e al bene della persona. Cfr. altresì art. 5 sul consenso informato.

<sup>46</sup> ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, cit., 405, parla di «contaminazione identitaria della salute».

<sup>47</sup> Corte Cost., 22.10.1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14 ss., con nota di ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*. È interessante notare come sotto il profilo dell'evoluzione delle norme costituzionali, l'art. 13 Cost., previsto allo scopo di difendere il singolo dall'abuso dei pubblici poteri, sia stato interpretato come fondante il diritto all'autodeterminazione nell'ambito della salute. Opinando diversamente la stessa libertà personale verrebbe fortemente incrinata.



sviluppato un consolidato orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto al consenso informato natura di diritto fondamentale<sup>48</sup>, precisandone altresì l'oggetto<sup>49</sup>.

In questo nuovo scenario la Consulta ha efficacemente definito la funzione del consenso informato - dopo averne riconosciuto il fondamento costituzionale - quale «sintesi» dei diritti fondamentali all'autodeterminazione e alla salute<sup>50</sup>. Esso «rappresenta, a un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento

dei suoi migliori interessi»<sup>51</sup>. Il consenso informato (*id est*: l'autodeterminazione) è dunque un bene autonomo rispetto al bene salute. Ne deriva, sul piano rimediabile, la risarcibilità del danno cagionato al paziente dall'omessa o insufficiente informazione nonostante l'esecuzione a regola d'arte dell'intervento terapeutico.

I casi giurisprudenziali riconducibili a quest'ultima ipotesi sono diversi<sup>52</sup>, ma un tratto comune li unisce: la rilevanza del profilo soggettivo

<sup>48</sup> Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit.; Cass. pen., sez. un., 21.1.2009, n. 2437, in *Guida al dir.*, 2009, 7, 54 ss., ha richiamato la sentenza della Corte Cost. n. 438/2008 - cit. *infra* la quale ha riconosciuto fondamento costituzionale al consenso informato - sottolineando come la Consulta abbia ricostruito il consenso informato «in modo del tutto sintonico con gli approdi cui era già pervenuta la giurisprudenza» della Cassazione. Le Sezioni unite penali hanno ritenuto penalmente irrilevante - sia quanto all'art. 582 c.p. che 610 c.p. - aver sottoposto il paziente a un trattamento chirurgico diverso da quello per cui era stato prestato il consenso informato, purché l'intervento si sia concluso con esito fausto. Sempre le Sezioni Unite penali hanno richiamato note sentenze che hanno contribuito a delineare il consenso informato tra cui: Cass., 21.4.1992, n. 5639 (Massimo), in *Cass. pen.*, 1992, 34; Cass. pen. 11.7.2001, n. 35822 (Firenzani), in *Cass. pen.*, 2002, 2041; Cass. pen., 29.5.2002, n. 528 (Volterrani), in *Studium iuris*, 2003, 511; Cass. pen., 14.3.2008, n. 1135 (Hascer), in *Giur. it.*, 2008, 10, 2283. In giurisprudenza civile cfr. anche Cass., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913 con nota di SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*; Cass. 26.3.1981, n. 1773, in *Arch. civ.*, 1981, 544.

<sup>49</sup> Cass., 30.7.2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 7, con nota di D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*, chiarisce che il medico deve informare il paziente sui rischi oggettivi e tecnici con riguardo alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della scienza, sulla situazione ospedaliera, sui rischi prevedibili e imprevedibili - non su quelli anomali - e sui rischi ridotti che tuttavia incidono gravemente sulle condizioni fisiche o sulla vita stessa, nonché sui rischi specifici di determinate scelte alternative. Il medico deve altresì informare circa i rischi propri di una fase autonoma di un intervento complesso svolto i equipie (ad es: l'anestesia).

<sup>50</sup> Corte Cost., 23.12.2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4947, con note di BALDUZZI-PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*; di MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale del «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*; e di CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 3 della l. reg. Piemonte 6.11.2007, n. 21 che subordinava la somministrazione di sostanza psicotrope su bambini e adolescenti fino a 18 anni al consenso «scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto» resa dai genitori o dal tutore. La ragione dell'incostituzionalità risiede nella competenza del legislatore statale nel conformare il consenso informato, trattandosi di un «principio fondamentale [artt. 2, 13 e 32 Cost.] in materia di tutela della salute» (art. 117 co. 3 Cost.). Questa pronuncia, diversamente dalla sentenza della Consulta n. 471/1990, ha collegato la salute al diritto all'autodeterminazione senza peraltro indicare alcun limite a tale diritto; limite individuato dalla più remota sentenza della Corte cost. nella dignità umana (*amplius* p. 4961).

<sup>51</sup> Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 783 ss., con note di CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; in *Persona e mercato*, 2010, 4, 189 ss., con nota di A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*. Cfr. altresì il commento di RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2010, 2, 313 ss.

<sup>52</sup> Cass., 30.1.2009, n. 2468, in *Danno e resp.*, 2009, 4, 446 ss. (sul test anti HIV); Cass., 14.3.2006, n. 5444, in *Resp. civ.*, 2006, 6, 566 ss. (omessa informazione sulle possibili conseguenze negative della radioterapia); Cass., 6.10.1997, in *Foro it. on line* (omessa informazione sulle conseguenze inevitabili di un intervento di chirurgia estetica al seno). Sul tema delle trasfusioni di sangue praticate al Testimone di Geova cfr.: Cass., 15.9.2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, 11, 1503 ss., a cura di CARBONE, *Trattamenti sanitari e diritto di non curarsi*; Cass., 23.2.2007, n. 4211, in *Corr. giur.*, 2007, 5, 615 ss., a cura di CARBONE, *Dissenso sulle trasfusioni ed esigenze sopravvenute nel corso dell'intervento*.

In caso di nascita indesiderata viene in rilievo il diritto di autodeterminarsi in ordine all'interruzione della gravidanza. La donna ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale qualora, per effetto della tardiva o errata diagnosi di malformazione fetale, non abbia potuto interrompere la gravidanza. Anche se non vi è danno biologico viene ugualmente in gioco la salute della donna in quell'accezione più ampia che coinvolge il benessere nella vita quotidiana e di relazione. Anche il padre ha diritto al medesimo risarcimento essendo soggetto protetto dal contratto tra la gestante e l'ospedale (c.d. contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi): cfr. Cass., 4.1.2010, n. 13, in *Corr. giur.*, 2010, 2, 163 ss., a cura di CARBONE, *Responsabilità medica per la nascita di bambini malformati*; Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit., (sull'omessa informazione della capacità teratogena del clomifene); Cass., 14.7.2006, n.16123, in *Corr. giur.*, 2006, 12, 1691, con nota di LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; Cass., 29.7.2004, n. 14488, in *Fam. e dir.*, 2004, 6, 559 ss., (sull'omessa informazione dei rischi di trasmissione di una malattia della donna al nascituro) con nota di FACCI, *Wrogrfull life: a chi spetta il risarcimento del danno?*

In caso di perdita di un figlio ai genitori spetta il risarcimento del danno non patrimoniale per la definitiva perdita del rapporto parentale. In tale danno, diverso da quello alla salute (inteso come lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile), rientrano lo «stato di prostrazione 8con tutti i suoi sintomi, quali profondo abbattimento, disinteresse per il lavoro, tendenza all'isolamento, ecc.» (così, Cass., 3.2.2011, n. 2557, in *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 761 ss., con nota di G. FACCI, *Nessun risarcimento del danno biologico alla madre per la morte del figlio, in assenza di un effettivo pregiudizio alla salute*).



dell'integrità<sup>53</sup>. Il che porta in primo piano personali e insindacabili scelte e aspettative di vita che coinvolgono l'idea che la persona ha di sé<sup>54</sup> e del proprio benessere.

Da questa prospettiva si può osservare che il bene giuridico protetto non è l'autodeterminazione in sé<sup>55</sup>, la quale non è un valore assoluto. Il dogma della volontà, messo in crisi negli anni sessanta del secolo scorso<sup>56</sup> e l'individualismo estremo non si attagliano a un ordinamento moderno in cui, in un ampio quadro di principi, valori e fini, si incrociano e si scontrano istanze diverse.

Si deve allora più correttamente ritenere che, sul terreno della salute e delle scelte di fine vita, oggetto di tutela siano i valori dell'integrità, dell'identità e della dignità attraverso il medio

dell'autodeterminazione. Ma se le decisioni sulla salute e la stessa nozione di salute sono intimamente legate all'identità personale, divengono illegittimi tutti gli interventi medici - anche l'idratazione e l'alimentazione artificiali - senza o contro la volontà della persona.

Questa stretta connessione rende particolarmente delicato il problema dell'attribuzione del potere rappresentativo nell'ambito della salute e delle decisioni di fine vita. Anche perché, alla luce di talune disposizioni, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non può essere estromesso dal rapporto con il medico. Il che esige una riflessione sulla rilevanza della volontà dello stesso beneficiario nonostante la patologia mentale o fisica che lo affligga.

## 5. Incapacità di manifestare il consenso al trattamento medico.

Qualora la persona a causa delle proprie condizioni psichiche non possa decidere consapevolmente su un intervento sanitario necessario o si opponga a esso, l'amministrazione di sostegno consente alla stessa di esercitare il diritto alla salute.

Questa ipotesi deve essere tenuta distinta dal trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale. Mentre quest'ultimo riguarda il trattamento coattivo della malattia mentale, la prima attiene alla cura di una patologia sopravvenuta non inerente all'infermità o alla menomazione psichica dell'interessato.

La Costituzione, com'è noto, subordina a una riserva di legge e a un atto motivato dell'autorità giudiziaria qualsiasi restrizione della libertà personale (art. 13, ma anche artt. 14, 16 e 32 Cost.). Ora poiché le scelte sulla propria salute sono da ricondurre alla libertà personale, si deve ritenere che se la persona difetti della capacità di intendere e di volere, il trattamento medico cui si intenda sottoporla sia assoggettato alle garanzie costituzionali. Se ne prescinde soltanto in caso di urgente necessità terapeutica quale fatto scriminante o, secondo una concezione più esatta<sup>57</sup>, in forza della finalità

<sup>53</sup> PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 175 ss., distingue più casi in cui la non esauriente informazione da parte del medico determina effetti diversi: 1) lesione della salute per aver privato il paziente della possibilità di scegliere un intervento medico diverso da quello praticato; 2) lesione della dignità-identità per aver precluso decisioni che avrebbero potuto essere assunte in presenza di una completa informazione sugli effetti collaterali. Qui il danno - ritiene l'A. - non è effetto consequenziale della lesione dell'interesse protetto, ma coincide con quest'ultima. Egli afferma che «la sola lesione è sufficiente a dar luogo al risarcimento mentre il diverso atteggiarsi del danno, caso per caso, definisce l'intensità del disvalore insito nella lesione, non la sua conseguenza» (p. 205).

<sup>54</sup> Cass., 9.2.2010, n. 2847, cit., chiarisce che per ottenere il risarcimento del danno biologico da omessa informazione non basta provare quest'ultima, ma occorre dimostrare il nesso di causalità tra condotta omissiva e lesione della salute. Ossia che l'adempimento dell'obbligo di informare avrebbe indotto il paziente a negare il consenso all'intervento chirurgico (c.d. valutazione controfattuale). In mancanza di tali presupposti - continua tale pronuncia - è risarcibile quantomeno il danno non patrimoniale da turbamento ingenerato da una complicità sconosciuta.

<sup>55</sup> CRICENTI, *Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 4, 203 ss., nega che vi sia un generale diritto all'autodeterminazione distinto dai singoli diritti di libertà come il diritto al consenso informato, il diritto di rifiutare le cure o quello di procreare. Se, continua l'A., talune limitazioni dell'autodeterminazione sono pacificamente accettate (ad es: il divieto di riduzione in schiavitù o di vendita di organi) ed altre sono inammissibili (ad es: divieto di professare una religione), significa che il fondamento dei singoli diritti di libertà «non è nell'autodeterminazione del singolo, ma nella legge» (p. 211). Sulla stessa linea PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 237, il quale sottolinea come il diritto ad autodeterminarsi è strumentale alla protezione di altri valori quali l'integrità, la dignità e l'identità.

<sup>56</sup> MACARIO-LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, cit., 145 ss., ripercorrono efficacemente la complessa e composita riflessione in materia di autonomia privata maturata negli anni Settanta, indagandone il lascito nella nuova disciplina dell'autonomia privata regolamentata. Su ciò cfr. anche le interessanti considerazioni di NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e suoi anni settanta*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, cit., 18 ss.

<sup>57</sup>F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, 274-275, sottolinea come non sia possibile applicare la scriminante dello stato di necessità «rispetto alle attività già giuridicamente disciplinate nella loro portata e limiti da specifiche norme di legge o sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico, per cui eventuali conflitti di interessi sono già previamente risolti dal diritto». Così è per l'attività medico-chirurgica. «L'urgente necessità terapeutica [continua l'illustre A.] può rilevare non come scriminante, ma soltanto per sostituire al consenso reale del malato, in stato di incoscienza, il consenso presunto all'intervento terapeutico a suo beneficio, che è pur sempre, ideologicamente, espressione del principio personalistico del consenso.»

dell'attività del medico di tutelare la salute quale fondamentale diritto della persona<sup>58</sup>.

Naturalmente non sempre occorre procedere immediatamente; in molti casi l'intervento chirurgico o il trattamento farmacologico, nonostante la serietà del quadro clinico, non deve essere praticato senza attendere altro tempo. In queste situazioni, mancando lo stato di necessità, qualora il medico intervenisse senza il consenso del paziente, commetterebbe un illecito. Non si determina però una impasse, giacché vi sono alcune norme che consentono di ripristinare il dualismo medico-paziente: l'art. 357 c.c. (richiamato dall'art. 424 co. 1 c.c.) per l'interdetto e gli artt. 405 co. 4 c.c., 408 co. 1 e 410 co. 1 per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

In particolare l'art. 405 co. 4 c.c., attribuendo al giudice tutelare il potere di adottare anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona (*id est*: della salute), integra la riserva di legge costituzionale cui si accennava<sup>59</sup>. Il medico perciò può eseguire un intervento o un trattamento sanitario nell'interesse del paziente solo se, in attuazione dell'art. 405 co. 4 c.c., il giudice abbia autorizzato l'amministratore di sostegno (o il tutore ex art. 357 c.c.) a esprimere il necessario consenso nel nome e per conto del paziente-beneficiario (o interdetto).

Sempre a proposito del principio di legalità si è già ricordato come esso operi in un quadro ordinamentale più ampio di quello meramente interno. Non occorre indugiare ancora se non per segnalare qualche altra disposizione a conferma del corretto impiego dell'amministrazione di sostegno a tutela della salute. L'art. 6 della Convenzione sui Diritti

Umani e la biomedicina stabilisce che se un maggiorenne è privo della capacità di prestare il consenso a un intervento medico, questo possa essere effettuato «solo con l'autorizzazione del suo rappresentante o di un'autorità designata dalla legge».

Ancora, gli artt. 25 e 12 co. 4 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità stabiliscono, rispettivamente, che i disabili «hanno il diritto di godere del miglior stato di salute possibile, senza discriminazioni fondate sulla disabilità» e che le misure adottate dagli Stati Parti «relative all'esercizio della capacità giuridica [*rectius*: di agire]» devono fornire «adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani». Vi è un nesso funzionale tra le misure protettive - quali l'amministrazione di sostegno e l'interdizione - e la salute del disabile, con particolare riguardo per quella della donna (art. 6) e del minore (art. 7).

L'ampia casistica della giurisprudenza di merito<sup>60</sup> dimostra come l'amministrazione di sostegno sia uno strumento efficace e versatile per salvaguardare la salute di chi non può manifestare un consenso o un dissenso libero e consapevole agli accertamenti e ai trattamenti prospettati dal medico. Naturalmente l'intervento del giudice è assai delicato: egli dovrà valutare la concreta capacità di intendere e di volere, verificando se vi sia un impedimento psichico ad assumere decisioni consapevoli<sup>61</sup>. Capacità in concreto, dunque, e non piena capacità di autodeterminarsi; quel tanto che basta per poter compiere una libera scelta. In questa prospettiva, lontana da ogni astrattezza, si cerca di salvaguardare l'autonomia individuale del disabile, principio, questo, espressamente affermato dalla Convenzione

<sup>58</sup> MONATERI, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in *Trattato di biodiritto, La responsabilità in medicina*, a cura di Belvedere-Riondato, Milano, 2011, 21 ss., afferma giustamente che l'autodeterminazione terapeutica quale principio costituzionale non ha impedito alle Sezioni Unite della Cassazione (n. 2437/2008, cit.) di accogliere la teoria dell'autolegittimazione dell'atto medico, secondo la quale l'attività del medico ha fondamento non in specifiche scriminanti ma nella finalità di tutela del bene-salute quale diritto fondamentale garantito dall'art. 32 Cost. Questi due versanti - continua l'A. - non sono contraddittori ma, osserva l'A., «consentono la giudice di temperare gli estremismi degli opposti orientamenti sulla natura dell'attività medica e di giustificare soluzioni applicative flessibili nei casi in cui il principio di beneficiarietà entra in contrasto con quello di autodeterminazione terapeutica». Difatti le Sezioni Unite penali hanno escluso, come si diceva, la rilevanza penale della condotta consistente nell'effettuare un intervento - con esito fausto e secondo le regole dell'arte medica - diverso da quello assentito o che vada oltre quest'ultimo. Cfr. anche BALESTRA, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 4, 1023, il quale afferma che in presenza di una doverosità dell'intervento medico deve escludersi l'ingiustizia del danno.

<sup>59</sup> Trib. Milano, 5.4.2007, in *Resp. civ.*, 2007, 7, 667 ss., a cura di FACCI.

<sup>60</sup> Trib. Parma, 7.6.2011, in *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 791 ss., con nota di SCALERA, *I trattamenti sanitari dell'interdetto: poteri del tutore e ruolo del giudice*; Trib. Roma, 6.12.2010 (anoressia), in *www.personaedanno.it*; Trib. Roma, 24.3.2010 (terapia sperimentale), in *Fam. e dir.*, 2010, 11, 1021 ss., con nota di FALLETTI, *Amministrazione di sostegno e consenso informato a terapia sperimentale del beneficiario sofferente di Alzheimer*; Trib. Palermo, 9.12.2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 5, 492, con nota di ANDALORO, *L'amministrazione di sostegno come strumento di tutela del consenso informato*; Trib. Genova, 6.4.2009, in *Foro it.on line*; Trib. Genova, 6.3.2009 (trasfusioni), in *De jure on line*; Trib. Milano, 13.12.2007 (assunzione di droghe e disturbo della personalità), in *www.personaedanno.it*; Trib. Milano, 5.4.2007, cit.; Trib. Termini Imerese, 15.1.2007, in *Corr. del merito*, 2007, 5, 558; Trib. Bari, 27.12.2006, in *De jure on line*; Trib. Roma, 22.12.2004 (anziana con disturbo delirante e neoplasia), in *Foro it on line*; Trib. Modena, 15.9.2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 1, 85 ss., con nota di RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*; Trib. Modena, 28.6.2004, in *Leggi d'Italia on line*; Trib. Roma, 19.3.2004, in *Notariato*, 2004, 3, 249 ss., con nota di CALO', *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*.

<sup>61</sup> Trib. Milano, 5.4.2007, cit.



delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 3 let. a)<sup>62</sup>.

Vi può essere il caso in cui l'interessato si opponga fermamente a un'operazione chirurgica reputata necessaria dalla scienza medica. Questa volontà negativa è rilevante solo se consapevolmente e spessa. Il che postula non - come si diceva - la piena capacità di intendere e di volere ma la capacità di valutare le conseguenze del mancato intervento. Alla base del rifiuto vi deve essere una motivazione che, seppur del tutto soggettiva, sia stata espressa in modo cosciente.

Vero è, allora, che se il dissenso non può più essere valutato attraverso la rigida alternativa capacità/incapacità, si viene a creare una zona grigia. La quale non deve affatto irretire il giurista teorico né quello pratico, piuttosto essa deve essere valorizzata allo scopo di far emergere l'autodeterminazione. Del resto è oramai acquisita la consapevolezza che non si possono trasporre sul terreno non patrimoniale gli strumenti della capacità e della volontà, tradizionalmente legati all'ambito contrattuale e al perseguimento di interessi meramente economici. Il nostro ordinamento ha riconosciuto, almeno sul versante degli interessi non patrimoniali, la rilevanza giuridica della concreta capacità di comprensione.

Certamente un dissenso manifestato con deliranti, confusi e contraddittori argomenti rende inesistente la volontà<sup>63</sup>. Il giudice dovrà acquisire tutti gli elementi disponibili, soprattutto scientifici (attraverso la documentazione medica), senza omettere di sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisca (art. 407 co. 2 c.c.). Egli, accertata

<sup>62</sup> Trib. Parma, 7.6.2011, cit., ha giustamente respinto l'istanza con la quale il tutore chiedeva di essere autorizzato a esprimere il consenso, nel nome e per conto dell'interdetto, a un intervento chirurgico. Da una parte il certificato medico non evidenziava né la necessità dell'operazione né il rapporto rischi/benefici. Dall'altra non era stata dimostrata l'incapacità dell'interdetto a manifestare una volontà consapevole con riferimento all'intervento chirurgico prospettato. Del resto, continua il Trib., «non sussiste un principio generale secondo cui al sostituto *ex lege* nell'attività giuridica (cioè al rappresentante legale) va riconosciuto sempre e comunque il potere di esprimere il consenso informato in nome e per conto del rappresentato». Il tutore, in primo luogo, «è tenuto a conoscere e a rispettare la volontà del beneficiario con riguardo alle scelte di cura».

<sup>63</sup> Trib. Modena, 28.6.2004, cit. Nel caso di specie, nonostante la necessità di un'operazione alla gamba sinistra (osteosintesi) per scongiurare prevedibili malformazioni future, l'interessato si dichiarava contrario alla stessa. Il giudice, accertata la mancanza di genuinità del dissenso e ad integrazione del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno (art. 407 co. 4 c.c.), ha autorizzato quest'ultimo ad esprimere nel nome e per conto del beneficiario il consenso informato al trattamento terapeutico proposto dagli ortopedici. Cfr. anche: Trib. Roma, 22.12.2004, cit., in cui il giudice tutelare ha autorizzato l'amministratore di sostegno ad acconsentire ad una operazione di rimozione di una neoplasia mammaria e ai conseguenti trattamenti terapeutici; Trib. Palermo, 9.12.2009, cit.

l'incapacità dell'interessato di decidere consapevolmente, gli nominerà un amministratore di sostegno, attribuendogli il potere rappresentativo di prestare il consenso all'atto medico.

Nonostante il potere rappresentativo, il disabile deve comunque essere coinvolto nel processo decisionale che lo riguarda. Egli dovrà pertanto, nei limiti del possibile, ricevere tutte le informazioni ed avere un contatto diretto con il medico nonostante la presenza dell'amministratore di sostegno<sup>64</sup>.

In due casi particolari - su cui ci si soffermerà brevemente - l'amministrazione di sostegno, essendo un istituto flessibile (*tailored measures*), è apparso una misura appropriata a tutela della salute. Si tratta dell'assunzione di sostanze stupefacenti e delle terapie sperimentali.

## 6. (segue) Assunzione di stupefacenti e ricovero

La dipendenza da stupefacenti, da sola o associata a un disturbo *boderline* della personalità, spesso, priva l'individuo della capacità di provvedere ai propri interessi, spingendolo a rifiutare qualsiasi trattamento medico-assistenziale. In questa condizione la soluzione più efficace appare essere, talvolta, il ricovero presso una struttura residenziale specializzata<sup>65</sup>. Ma se l'interessato si oppone, l'amministrazione di sostegno non sempre consente di superarne il diniego.

L'istituto non sembra applicabile quando la persona, pur presentando disagi caratteriali e assumendo abitualmente sostanze stupefacenti, si mostri al giudice lucida, sufficientemente orientata nello spazio e nel tempo e consapevole della sua contrarietà al ricovero presso una struttura specializzata<sup>66</sup>. In tal caso l'attribuzione all'amministratore del potere rappresentativo di prestare il consenso al ricovero e alle terapie occorrenti violerebbe, dell'individuo, sia

<sup>64</sup> Trib. Palermo, 9.1.2.2009, cit. Nel caso di specie si rendeva necessaria un'operazione cardiaca, rifiutata però dall'interessato affetto da deficit mentale. Secondo il trib., l'amministratore avrebbe dovuto tener conto del rifiuto e aver informato l'organo giudiziario prima di rendere la dichiarazione rappresentativa. E' stata adottata una soluzione prudente sul presupposto che la non piena capacità di intendere e di volere non è sufficiente a confinare nell'irrelevanza la volontà dell'interessato (*amplius infra* nel testo).

<sup>65</sup> Trib. Milano, 13.12.2007, cit., ha affrontato espressamente il caso.

<sup>66</sup> GIARDINA, *Dell'annullabilità del contratto*, Sub. art. 1425, in *Commentario al codice civile. Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta-Orestano, Milano, 2011, 15, osserva che la prodigalità, l'accolismo o la tossicodipendenza non sono sufficienti di per sé a giustificare una pronuncia di inabilitazione; occorre anche che il soggetto sia infermo di mente.



la libertà personale sia il diritto di scegliere a quali trattamenti sottoporsi<sup>67</sup>.

Se, invece, l'assunzione di stupefacenti incide sulle capacità cognitive e volitive del soggetto fino al punto da spingerlo a negare la realtà, può dirsi integrato il presupposto della «menomazione psichica» (art. 404 c.c.)<sup>68</sup>. Il giudice tutelare attribuirà all'amministratore il potere rappresentativo di decidere il percorso di cura più appropriato anche attraverso il ricovero<sup>69</sup>. Tale potere può essere conferito anche qualora l'individuo attraversi un periodo di astinenza dalle droghe se vi è ancora la probabilità di una ricaduta, ovvero in previsione del riaccutizzarsi della patologia psichica. In tale situazione permangono i presupposti dell'art. 404 c.c.

Nella delicata fase di recupero della persona o, *a fortiori*, del riaccutizzarsi della dipendenza, la figura dell'amministratore di sostegno può essere decisiva, soprattutto se vi è già un rapporto significativo con il beneficiario. Egli, con una saggia opera di persuasione, potrà spingere quest'ultimo ad assumere da solo la decisione preferibile, senza necessità di alcuna imposizione. In certi casi può essere pertanto sufficiente attribuire il potere di assistenza, lasciando l'assunzione delle decisioni al beneficiario. Qualora però tale misura dovesse apparire *ex ante* o risultare *ex post* inadeguata, si dovrà ricorrere alla rappresentanza<sup>70</sup>.

Del resto l'individuazione volta a volta dei poteri dell'amministratore di sostegno e il dosaggio del loro esercizio, è il principale tratto distintivo del nuovo istituto. Il cui dinamismo consente al giudice di avvicinarsi il più possibile al fatto storico, sempre

unico nel suo manifestarsi. E' questo un indiscutibile pregio se, di regola, com'è stato ben sottolineato<sup>71</sup>, il «fatto perde la propria individualità e ricchezza di determinazioni» quando è oggetto del giudizio giuridico<sup>72</sup>.

Naturalmente anche sotto il profilo patrimoniale può essere necessario adottare una soluzione elastica, soprattutto quando l'individuo adoperi sostanze stupefacenti. Si può ad esempio attribuire all'amministratore di sostegno, di concerto con i sanitari, il potere di stabilire l'importo massimo che possa essere lasciato alla gestione autonoma dell'interessato. Attraverso, quindi, una *relatio* sostanziale, tecnica già prevista in materia contrattuale (art. 1349 c.c.) e successoria (artt. 631 co. 2, 632 co. 1, 653, 665, 733 co. 2 c.c.), il giudice può demandare a un terzo - nella specie: all'amministratore e al personale medico - il compito di precisare quale livello di autonomia possa essere concessa al beneficiario per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> Trib. Trani, 17.5.2011, in *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 799 ss., con nota di AMENDOLAGINE, *La ricerca del "best interest del beneficiario nell'amministrazione di sostegno"*.

<sup>68</sup> Secondo il dizionario della lingua italiana Devoto-Oli, ed. 2002, «nella psicologia moderna e nell'uso comune, [il termine psiche] indica il complesso dei fenomeni e delle funzioni che consentono all'individuo di formarsi un'esperienza di sé nel mondo, e di agire in conseguenza». La menomazione della psiche interrompe questo rapporto tra maturazione dell'esperienza e assunzione di decisione conseguente, rendendo necessaria l'applicazione di un istituto di protezione come l'amministrazione di sostegno.

<sup>69</sup> Trib. Milano, 13.12.2007, cit., ha ritenuto che l'amministratore di sostegno potesse, in rappresentanza del beneficiario, «[assumere ogni valutazione di cura della sua persona quando dovesse ripresentarsi un'acuzie patologica che, incidendo sulle sue capacità cognitive e volitive, la portasse a negare la malattia stessa e le correlate esigenze terapeutiche, ovvero comunque ad assumere valutazioni e condotte gravemente pregiudizievoli alla stessa (...)]. Il fatto che il tossicodipendente viva un periodo in cui non assume stupefacenti, può, come nel caso di specie, far ritenere che la patologia non sia stata ancora superata.

<sup>70</sup> Trib. Milano, 13.12.2007, cit. Se il potere di assistente dovesse rivelarsi insufficiente, l'amministratore di sostegno può chiedere al giudice tutelare di modificare il decreto di nomina (art. 407 co. 4 c.c.).

<sup>71</sup> IRTI, *Norme e fatti*, Milano, 1984, 53 (dal saggio Rilevanza giuridica), sottolinea come il dualismo tra fatto e norma sia ineliminabile. Nel senso che il fatto (naturale o storico), nella sua genesi, non è mai giuridico; esso diventa tale per effetto di un procedimento logico. Ne consegue che «il diritto non conosce il significato del fatto nella sua complessità, ma quel tanto di significato che è riconducibile alla norma». Cfr. dello stesso A. anche, *Significato giuridico dell'effettività*, Editoriale scientifica, 2009, 18, in cui egli afferma che il criterio di giudizio scelto dal giurista porta a sovrapporre un significato giuridico alla verità effettuale.

<sup>72</sup> Da questo punto di vista anche le clausole generali, norme senza fattispecie, consentono di individuare una regola in grado di cogliere la specificità del fatto. Non si tratta, com'è noto, di norme che aprono alla etero integrazione da parte da giudice, giacché il criterio di integrazione della norma deve essere ravviato nella interpretazione sistematica, cioè attraverso il «ricorso a fonti, e in particolare a disposizioni di principio, di diritto positivo». Valorizzando in ruolo dell'argomentazione per principi nell'interpretazione e applicazione delle norme giuridiche si consente, si rende controllabile la decisione giudiziale che ha fatto applicazione della clausola generale (cfr. *amplius* LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv., crit. dir. priv.*, 2011, 3, 355-357 e 371-376.

<sup>73</sup> Trib. Milano, 13.12.2007, cit., ha distinto tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, stabilendo che «in assenza di redditi o disponibilità personali [dell'interessata], che riceve solo ciò che le proviene dai genitori, sarà comunque compito dell'A.d.S. valutare (di concerto con i sanitari) quale importo lasciare all'autonomia della parte interessata, subordinando all'autorizzazione specifica del G.T. il compimento di atti eventuali di straordinaria amministrazione (in funzione dell'entità della spesa o della tipologia dell'atto, ex artt. 374 e/o 375 c.c., quali atti di riscossione di capitali, vendita, transazione, divisione patrimoniale, accettazione di eredità, donazioni ... ».



## 7. (segue) Terapia sperimentale

| 304

La flessibilità dell'amministrazione di sostegno si coglie anche con riguardo alle sperimentazioni cliniche su adulti incapaci di darvi il consenso. L'istituto contribuisce a rendere effettiva la rilevanza che la normativa speciale sulle sperimentazioni<sup>74</sup> attribuisce alla volontà della persona nonostante la sua incapacità.

L'art. 5 co. 1 let. b) del d. lgs. n. 211/2003 prevede, quale condizione per intraprendere una sperimentazione, che l'incapace «abbia ricevuto informazioni *adeguate alla sua capacità di comprendere* la sperimentazione ed i relativi rischi e benefici». Non vi è dunque alcun automatismo tra incapacità (legale e naturale) e impossibilità di comprendere il significato delle informazioni che lo sperimentatore deve fornire<sup>75</sup>. Emerge, dunque, quella zona grigia di cui si scriveva poc'anzi, in cui l'ordinamento promuove l'autodeterminazione attraverso l'obbligo informativo.

Occorrerà pertanto compiere una valutazione caso per caso delle facoltà mentali del malato al fine di accertare se egli abbia la capacità di formarsi un'opinione propria. In caso di risposta positiva, l'art. 5 co. 1 let c) d. lgs. n. 211/2003 prescrive che lo sperimentare debba «[tener] conto del desiderio esplicito (...) di rifiutare la partecipazione o di ritirarsi dalla sperimentazione clinica in qualsiasi momento»<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> D. lgs. 24.6.2003, n. 211. *Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico.*

<sup>75</sup> Alla luce delle peculiarità di un trattamento in fase sperimentale, il legislatore ha dettato una disciplina analitica del consenso informato. Gli artt. 2 co. 1 let l) e 3 co. 1 lett. b) e d) del d. lgs. n. 211/2003 contengono disposizioni sul contenuto, sul momento in cui deve essere reso e sulla forma del consenso informato. Da sottolineare la previsione secondo cui ai fini della validità della procedura di rilascio del consenso non è sufficiente che quest'ultimo sia stato reso per iscritto. Del resto è noto come la sottoscrizione di un documento predisposto integralmente da un altro non garantisce affatto la conoscenza e la comprensione del suo contenuto. Opportunamente allora l'art. 3 co. 1 let. b) d.lgs. n. 211/2003, cit. statuisce che chi partecipa alla sperimentazione o il suo rappresentante legale deve aver avuto la possibilità «in un colloquio preliminare con uno degli sperimentatori, di comprendere gli obiettivi, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione, le condizioni in cui sarà realizzata». Egli deve inoltre essere stato informato «del suo diritto di ritirarsi dalla sperimentazione in qualsiasi momento». L'art. 4 d.lgs cit. contiene disposizioni specificamente dedicate alla sperimentazione clinica su minori.

<sup>76</sup> *La convenzione sui diritti umani e la biomedicina*, cit., nel capitolo V, intitolato alla Ricerca scientifica, detta alcune disposizioni sulla persona che si presta a una ricerca. L'art. 17 co. 1, V, sancisce che la ricerca su una persona che non ha la capacità di dare il consenso non può essere iniziata se ella opponga un rifiuto.

Ora poiché l'ampiezza dei poteri dell'amministratore di sostegno è strettamente connessa al grado d'infermità o di menomazione, è possibile, in caso di malattie a decorso progressivo, prevedere una modulazione di siffatti poteri. Stabi- lendo, ad esempio, che l'amministratore sostenga la volontà del beneficiario di sottoporsi alla terapia sperimentale e che la sostituisca quando l'avanzamento della patologia precluda ogni forma di espressione<sup>77</sup>.

Se dunque residua una qualche capacità di intendere, l'amministrazione di sostegno è senz'altro la misura protettiva più idonea ad assicurare adeguata protezione<sup>78</sup>. Naturalmente non è facile temperare l'obbligo di valorizzare questa residua capacità, con la necessità di garantire anche al soggetto disabile l'esercizio del diritto alla salute. E' evidente che confidando eccessivamente sulla prima si rischia di pregiudicare la salute, ma, all'opposto, imponendo la cura si rischia di ledere la libertà di autodeterminarsi.

Il giudice, quindi, per un verso potrà attribuire all'amministratore di sostegno il potere di prestare il consenso a un intervento chirurgico o a una misura terapeutica anche contro la volontà del beneficiario, qualora quest'ultimo non sia assolutamente in grado di valutare con sufficiente coscienza le conseguenze di una determinazione contraria<sup>79</sup>. Per altro verso

<sup>77</sup> Trib. Roma, 24.3.2010, cit. Il caso riguardava una donna anziana malata di Alzheimer incapace di prestare autonomamente il consenso alla sperimentazione clinica prevista per tale patologia. L'interessata aveva accettato la terapia diversa ma la volontà era stata valutata non pienamente cosciente. Il Trib. allora ha configurato i poteri dell'amministratore di sostegno in modo perfettamente congeniale al caso di specie. In una prima fase l'amministratore avrebbe dovuto limitarsi a sostenere la volontà positiva della beneficiaria e solo quando e se sarebbe stata preclusa ogni comunicazione tra quest'ultima e il medico, egli avrebbe dovuto intervenire comunicando al medico stesso, nell'esercizio del potere rappresentativo, la volontà di proseguire nella sperimentazione. Naturalmente - ha precisato il trib. - lo sperimentatore avrebbe dovuto fornire tutte le informazioni previste dalla legge con riguardo alla specifica terapia che si intendeva praticare.

<sup>78</sup> L'interdizione, infatti, come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità, è diventato un istituto residuale, applicabile soltanto quando oltre alla grave e abituale infermità mentale vi siano talune circostanze di fatto che inducano a ritenere indispensabile l'interdizione per assicurare adeguata protezione (per le indicazioni giurisprudenziali cfr. *infra* nota 171). Neppure l'inabilitazione è adatta consentire i trattamenti medici, avendo il curatore solo poteri di assistenza. E' la rigidità degli istituti tradizionali che fa prediligere, anche con riguardo all'esercizio del diritto alla salute, l'amministrazione di sostegno.

<sup>79</sup> Trib. Roma, 6.12.2010, cit. Nel caso di specie una ragazza anoressica si mostrava inconsapevole della propria malattia pur avendo sottoscritto il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno. Il Trib. ha autorizzato l'amministratore «a compiere ogni attività volta a sostenere, persuadere ed indirizzare la beneficiaria, con lo specifico obiettivo di realizzare il ricovero e la permanenza presso un centro specializzato nella cura dei di-



egli attribuirà un potere di sola assistenza qualora il soggetto, pur non pienamente capace, sia in grado di comprendere gli eventuali benefici ed effetti collaterali della terapia sperimentale.

Insomma - giova ancora ripetere - al disabile, menomato o infermo, deve essere garantito l'accesso alle cure mediche e il rispetto della dignità in condizioni di uguaglianza<sup>80</sup>. Ciò vale anche nel caso di incapacità naturale; il fatto che non operi una misura di protezione non esime certo il medico dall'instaurare un rapporto con il paziente volto ad informarlo e a raccogliergli le volontà. Di recente la Corte Costituzionale con una sentenza additiva ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 245 c.c. nella parte in cui non estende all'incapace naturale, che sia abituale e grave infermo di mente, la sospensione della decorrenza del termine annuale di proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità prevista dall'art. 245 c.c. soltanto per l'interdetto<sup>81</sup>.

## 8. Il coinvolgimento dell'incapace nelle decisioni sulla salute

La «menomazione psichica» (art. 404 c.c.) o, più in generale, la disabilità (art. 1 co. 2 Conv. N.U.)<sup>82</sup> non precludono la rilevanza della volontà di colui che ne è affetto. Rilevanza che emerge chiaramente dai primi due commi dell'art. 410 c.c. Da qui il pro-

sturbi dell'alimentazione». In caso di opposizione della beneficiaria e di diminuzione del peso sotto i 35 Kg, avendo il trattamento ad oggetto proprio la patologia mentale, sarebbe stato necessario attivare il trattamento sanitario obbligatorio.

<sup>80</sup> L'art. 10 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* protegge la vita stabilendo che «Gli Stati Parti riaffermano che il diritto alla vita è connaturato alla persona umana ed adottano tutte le misure necessarie a garantire l'effettivo godimento di tale diritto da parte delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri». L'art. 3 della stessa Convenzione enuncia tra i principi generali la dignità e la non discriminazione.

<sup>81</sup> Corte Cost., 25.11.2011, n. 322 (Red. P. Grossi), in *Leggi d'Italia on line*, ha argomentato dalla violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) - determinandosi una irragionevole equiparazione del soggetto capace a quello di fatto incapace, «ovvero (specularmente) [un']irragionevole diversità di trattamento riservata a soggetti che versino in un'identica situazione di abituale grave infermità di mente, che preclude in entrambi i casi la conoscenza dei fatti costitutivi dell'azione» - e del diritto di azione (art. 24 Cost.). Naturalmente - soggiunge la Consulta - l'estensione della garanzia della sospensione vale fino a quando non sia stato provato il venir meno dello stato di incapacità.

<sup>82</sup> L'art. 1 co. 2 della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, cit. stabilisce che «Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni psichiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri».

blema sotteso a queste pagine del rapporto tra amministratore di sostegno, medico e beneficiario con riferimento alla formazione del consenso o del dissenso ai trattamenti sanitari.

Sul terreno della salute le fonti normative segnalano l'inadeguatezza della capacità legale - categoria tradizionalmente legata soprattutto al contratto e agli interessi economici<sup>83</sup> - a costituire il *discrimen* di validità dell'atto: nella specie del consenso o del dissenso informato all'intervento medico. Le Convenzioni di Oviedo e delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità pongono l'accento su un principio: il riconoscimento al disabile dell'autonomia individuale e della libertà di compiere le proprie scelte nonostante la disabilità. Il che implica, nei limiti del possibile, l'obbligo di coinvolgerlo in tutti i processi decisionali che lo riguardano<sup>84</sup>.

Quest'obbligo, desumibile anche dalle fonti di diritto interno, rappresenta un notevole progresso del diritto, una conquista di civiltà frutto di un difficile percorso. E' utile ripercorrerne le tappe fondamentali, propedeutiche al ribaltamento della primitiva concezione secondo cui il malato di mente è un soggetto alienato che, per ragioni di sicurezza sociale, va emarginato e rinchiuso in un manicomio. Una prima incrinatura di tale impostazione si è avuta con la legge n. 431/1968, la quale, prevedendo il ricovero volontario anche in caso di trattamento sanitario

<sup>83</sup> VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in *Trattato di biodiritto, I diritti in medicina*, a cura di Lenti-Fabris-Zatti, Milano, 2011, 831; MONATERI, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico*, in *Trattato di biodiritto, Le responsabilità in medicina*, a cura di Belvedere-Riondato, Milano, 2011, 25; CENDON, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno*, cit., 154, parla di «declino delle categorie onnicomprensive dell'incapacità, legale o naturale, anche nei settori non toccati esplicitamente dalla riforma» che ha introdotto l'amministrazione di sostegno. Già in questo senso FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 489 ss.

<sup>84</sup> L'art. 6 della *Convenzione di Oviedo*, cit., prevede che la persona cui è diretto l'intervento sanitario «deve, per quanto possibile, aver parte alla procedura di autorizzazione». L'art. 3 let a) della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, cit., indica tra i principi generali «l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte e l'indipendenza delle persone». Ciò in piena coerenza con la let. n) e la let. o) del Preambolo. Quest'ultima lettera sottolinea l'opportunità di coinvolgere attivamente i disabili «nei processi decisionali relativi alle politiche e ai programmi, inclusi quelli che li riguardano direttamente». Inoltre l'art. 12 co. 4 della Conv. in parola pone quale finalità preminente delle misure «relative all'esercizio della capacità giuridica» [*rectius* nel nostro ordinamento: di agire] il rispetto dei «diritti», della «volontà» e delle «preferenze della persona». Il che postula il rifiuto di ogni automatismo tra disabilità e irrilevanza della volontà dell'interessato. Ancora e incoerenza con quanto appena ricordato, l'art. 25 let d) vincola gli Stati Parti a far sì che gli specialisti sanitari «otten[gano] il consenso libero e informato della persona con disabilità coinvolta».

obbligatorio (TSO), ha rigettato l'equazione tra malattia mentale e totale inettitudine a prestare il proprio consenso.

Occorre tuttavia attendere qualche anno per veder tradotte in prescrizioni normative le nuove conquiste della più moderna psichiatria. Queste possono riassumersi nella preferenza della cura sulla custodia, della volontarietà sulla coattività, della socializzazione sull'emarginazione e, non ultimo, nell'importanza di favorire la volontà del soggetto malato, fragile, attraverso l'instaurazione di una relazione con lo stesso.

La legge n. 180/1978 («*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*»), ispirata dagli studi innovativi del Prof. Franco Basaglia, ha rappresentato una netta cesura nella storia del trattamento delle malattie mentali, ribaltando, come si è appena accennato, diverse anacronistiche convinzioni<sup>85</sup>. La vecchia psichiatria riduceva il malato a una serie di sintomi trascurando - e con l'ingresso in manicomio annientando - la sua individualità. L'articolato normativo era retto, invece, da un preciso convincimento radicato nell'impostazione cosiddetta fenomenologica<sup>86</sup>: anche il malato di mente ha una più o meno estesa capacità di consentire<sup>87</sup>. E l'ordinamento deve promuoverla.

<sup>85</sup> VINCENZI AMATO, *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*, in *Un altro diritto per i malati di mente*, Napoli, 1988, a cura di Cendon, 178 ss., e ivi cfr. CASTRONOVO, *La legge 180 la Costituzione e il dopo*, 189 ss., sottolinea come la legge 180/1978 consegua ad una visione della malattia mentale opposta rispetto a quella che aveva dato vita alla legge n. 36/1904 («*Disposizioni sui manicomi e sugli alienati*»). Quest'ultimo Autore, come emerge fin dal titolo del suo saggio, rivolge giuste critiche alla legge 180, critiche in parte superate dall'evolversi della normativa interna, comunitaria e internazionale. Su alcune di queste, ancora attuali, ci soffermeremo nel § successivo.

<sup>86</sup> Secondo l'impostazione fenomenologica, in contrapposizione a quella positivista che oggettivizza il malato, chi soffre di disturbi mentali deve essere curato non soltanto analizzando i sintomi ma anche cercando di instaurare una relazione con la persona sofferente. Fu così che Franco Basaglia (1924-1980) iniziò a sperimentare il modello della comunità terapeutica e della cooperativa di lavoro per i pazienti, nel tentativo di favorire quanto meno l'emersione di quelle attitudini e capacità che anche il sofferente è in grado di esprimere. Tendendo nella migliore delle ipotesi al reinserimento della persona nell'ambiente sociale dal quale è stata allontanata. Questi esperimenti porteranno Basaglia a sostenere la necessità di chiudere i manicomi, per fare posto a servizi esterni volti a curare le persone affette da disturbi mentali. Le idee di Basaglia furono influenzate da eminenti filosofi come E. Husserl, M. Heidegger, M. Merleau-Ponty e Jean-Paul Sartre.

<sup>87</sup> Tant'è che l'art. 11 della legge n. 180/1978 ha abrogato coerentemente l'art. 420 c.c., il quale stabiliva che il tribunale poteva disporre la nomina del tutore provvisorio «con lo stesso provvedimento col quale autorizza[va] in via definitiva la custodia dell'infermo di mente in un manicomio o in un altro istituto di cura o in una casa privata».

La legge n. 180/1978 aveva, com'è noto, carattere transitorio in attesa del completamento della normativa istitutiva del servizio sanitario nazionale. Essa fu così abrogata e sostituita, conservandone alcune disposizioni, dalla legge n. 833/1978 («*Istituzione del servizio sanitario nazionale*»). La quale, oltre a porsi come obiettivo nuovo il recupero funzionale e sociale del disabile<sup>88</sup>, ribadisce e rafforza il principio fondamentale della volontarietà degli accertamenti e dei trattamenti sanitari (art. 33 co. 1 l. n. 833/1978).

Tale principio ha notevoli ricadute proprio in materia di trattamenti sanitari obbligatori. L'obbligatorietà dovrebbe, come tale, escludere ogni rilevanza della volontà del malato di mente; così come il procedimento del TSO dovrebbe avere a oggetto l'individuo, disinteressandosi completamente della sua volontà.

L'art. 33 co. 5 l. n. 833/1978 stabilisce, invece, che i trattamenti in parola «devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato». L'obbligatorietà non esclude affatto la rilevanza della volontà dell'interessato<sup>89</sup>, anzi quest'ultima va ricercata per espressa disposizione di legge.

La dottrina<sup>90</sup> ha subito rilevato che l'importanza di questa disposizione risiede nell'aver segnalato «l'intima natura» del consenso informato «e la necessità dell'uso di ogni strumento concretamente utilizzabile per conseguirlo». Naturalmente la «partecipazione» all'atto medico implica un'attività di informazione del malato, le cui modalità espositive non possono prescindere dalle effettive capacità recettive del malato stesso<sup>91</sup>. Esse devono adeguarsi a

<sup>88</sup> L'art. 1 co. 3, l'art. 2 let. g) e l'art. 26 l. n. 833/1978 pongono l'accento sul recupero della salute psichica del malato. Il quale, pertanto, è visto non più come soggetto da emarginare ma da reinserire nella società (cfr. ZANA, *Sub. art. 26 l. n. 833/1978*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 1236).

<sup>89</sup> L'art. 33 co. 2 l. n. 833/1978 stabilisce che il TSO deve consentire, «per quanto possibile, il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura».

<sup>90</sup> BRUSCUGLIA, *Sub. art. 1 l. n. 180/1978*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 180; tale disposizione è confluita nell'art. 33 co. 5 l. n. 833/1978.

<sup>91</sup> In questo senso si è orientato, sia pur con qualche chiaroscuro, il Codice di deontologia medica. L'art. 33 co. 2 CDM stabilisce che «Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche». Questa disposizione deve essere letta con l'art. 35 co. 2 CDM secondo cui «Il consenso, espresso informa scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33». Emerge la decisività del contatto diretto tra medico e paziente per far maturare una consapevole volontà da parte del paziente. L'art. 37



queste ultime, il che implica l'individuazione, talvolta non semplice, della "chiave" di volta per volta per comunicare col paziente. Una comunicazione che può essere dialogica, ma anche gestuale o tramite strumenti tecnici.

La legislazione successiva<sup>92</sup> ha continuato su questo solco, riconoscendo l'autonomia delle persone handicappate come diritto e promuovendone il più elevato livello possibile. Al raggiungimento di quest'ultimo obiettivo ha senz'altro contribuito l'introduzione nel nostro ordinamento dell'amministrazione di sostegno; istituto incentrato sul dialogo con il beneficiario, come si evince chiaramente dagli artt. 407 co. 2 e 410 co. 1 e 2. Il beneficiario (così come l'interdetto) deve essere per quanto possibile coinvolto nella procedura del consenso informato.

S'impongono allora alcuni interrogativi: può il diritto entrare in uno spazio non più regolato dalla rigida alternativa capacità-incapacità, ma da un criterio elastico che opera nello svolgersi del rapporto tra medico, paziente e rappresentante legale? Può il diritto imporre di promuovere la volontà del disabile, ma soprattutto di saperla cogliere e conseguentemente prescrivere un rimedio in caso d'inosservanza dell'imposizione?

## 9. (segue) Capacità di autodeterminarsi e profilo rimediabile

Quando una categoria giuridica mostra i segni del tempo, può aprirsi una fase feconda per lo sviluppo del diritto. L'incapacità legale di agire, come già rilevato, non riesce a governare i problemi posti dall'autodeterminazione nel campo del consenso al trattamento medico<sup>93</sup>. Non foss'altro perché le decisioni da assumere in tale ambito sono spesso legate alla parte più profonda del Sé, alla stessa identità della persona<sup>94</sup>.

Il concetto di identità che qui viene in rilievo non si riferisce al diritto di essere rappresentati correttamente, ma al diritto di essere ciò che si è<sup>95</sup>. Quest'accezione di identità ha un sicuro fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost. ove si parla di "svolgimento della personalità" e nell'art. 13 co. 1 Cost. così come interpretato dalla Consulta<sup>96</sup>. Ma il diritto di essere ciò che si è non postula la piena capacità di intendere e di volere, perché anche la persona priva in tutto o in parte di autonomia può, nonostante la propria condizione, saper scegliere cosa sia preferibile per sé.

Naturalmente spesso occorrerà favorire la capacità di decidere del disabile e cogliere ciò che egli vuole. Chi soffre è senza maschera, cioè non ha un'identità che appare; «ogni suo gesto o parola o smorfia sono in funzione di una verità da interpretare»<sup>97</sup>. E questa "verità" emerge nella relazione col

---

CDM («Consenso del legale rappresentante»), però, non fa alcun riferimento alla volontà dell'incapace - e sul punto la norma andrebbe riformulata - stabilendo che se si tratta di minore o di interdetto «il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale». Qualora, invece, sia stato nominato un amministratore di sostegno, il medico «deve debitamente informarlo e tenere in massimo conto le sue istanze».

<sup>92</sup> Legge 5.2.1992, n. 104, *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*. Le finalità espresse dall'art. 1 di garantire il rispetto della dignità e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata si specificano nei due momenti preventivo-sanitario e integrativo sociale disciplinati dalla legge. Fondamentale è la promozione dell'autonomia, perseguita dalla legge 104 attraverso taluni obiettivi indicati dall'art. 4. Ma l'autonomia, l'integrazione e l'inserimento sociale sono favorite anche attraverso la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità, condizioni, queste, indispensabili per garantire il pieno godimento dei diritti civili, politici, economici e sociali dei disabili. La legge 1.3.2006, n. 67 (*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*) prevede all'art. 3 una specifica tutela giurisdizionale per chi è vittima di una discriminazione, la quale può essere diretta o indiretta secondo quanto disposto dall'art. 2. Il rimedio è la risarcibilità del danno anche non patrimoniale. Cfr. *amplius* VENCHIARUTTI, *I diritti delle persone disabili*, in *Trattato di biodiritto, il governo del corpo*, tomo I, cit., 77 ss.

<sup>93</sup> ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita* (ivi saggio *Oltre la capacità*), Milano, 2009, 120, constatata come «il territorio dominato dalla capacità legale si restringe[a] gradualmente (...) nelle zone in cui emerge l'implicazione diretta degli interessi personali: dal contratto di lavoro, agli atti di disposizione del proprio corpo, al consenso al trattamento medico, ai consensi familiari, agli atti di disposizione degli interessi personali».

<sup>94</sup> Vasta è la letteratura sull'identità personale. Tra gli scritti recenti cfr.: PINO, *L'identità personale*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di Rodotà-Tallacchini, Milano, 2010, 297 ss.; BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 7 ss.; A. GORGONI, *I limiti alla critica, alla satira e all'esercizio dell'arte*, in *Obbligaz. e contr.*, 2010, 7, 525 ss. (e in *Persona e mercato*, 2010, 1, 41 ss.); D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 4, 547 ss.

<sup>95</sup> PINO, *op ult. cit.*, 301 ss., sottolinea come il paradigma del diritto ad essere ciò che si è - diritto fondamentale di rilevanza costituzionale (p. 316) - abbia «dimostrato una forza espansiva notevole». Egli tratta dei rapporti dell'identità personale con il nome, con la «verità biologica», con le scelte sul corpo, con la libertà di coscienza.

<sup>96</sup> Corte Cost., 22.10.1990, n. 471, cit.

<sup>97</sup> PIZZORNO, *Sulla maschera*, Bologna, 2008, 86-87, ha studiato, mostrando un percorso affascinante, la funzione della maschera in alcune civiltà e popoli antichi. Essa ha scisso l'uomo quotidiano dall'uomo del culto o del mistero. Quest'ultimo, in quanto portatore della maschera, vede l'abolizione della verità interna a sé, identificandosi agli altri mostrando un'identità forte «immutabile e fatale». In seguito con la messa al bando della

malato. Relazione che diviene pertanto il mezzo per promuovere la capacità di autodeterminarsi.

E' questo un terreno scivoloso sul quale il legislatore ha cominciato a muoversi, compiendo passi significativi che hanno tagliato i ponti col passato. Passi preparati dal rinnovamento della cultura giuridica. Da una parte il superamento della concezione kantiana del soggetto dotato di ragione e volontà. La quale ha costituito il fondamento della teorizzazione della soggettività da parte della Scuola storica e della Pandettistica<sup>98</sup>. Dall'altra l'attenuarsi del predominio della generalità e dell'astrattezza nella costruzione degli istituti a tutela degli incapaci.

Quest'evoluzione costituisce, insieme con gli sviluppi della psichiatria, il retroterra culturale dell'amministrazione di sostegno. Strumento di protezione che valorizza la persona concreta senza isolarla nell'incapacità. La sua disciplina consente di dare una risposta di tutela modellata sulle condizioni di salute (nell'accezione soggettiva), perciò adeguata alle esigenze del singolo.

Tutto questo movimento ha determinato una nuova consapevolezza del legislatore: non vi può più essere una soglia preconstituita di lucidità sulla cui base valutare la validità delle decisioni sulla propria salute<sup>99</sup>. Se la capacità è «un'idea deformata»<sup>100</sup> perché rifiuta la complessità insita nella sofferenza, si impongono concetti elastici<sup>101</sup> come ad esempio la capacità di discernimento da valutarsi caso per caso.

---

maschera da parte del Cristianesimo, l'uomo del fare quotidiano e l'uomo dell'essere identico a se stesso tendono a coincidere. Riprende campo l'identità interna, la quale però, non apparendo, deve essere svelata nel rapporto con l'altro.

<sup>98</sup> Il razionalismo illuministico e il sapere psicologico dell'Ottocento e del Novecento sono alla base dell'idea di valutare tutti gli atti sulla base dell'esistenza o meno di un intelletto pienamente integro e perciò dotato di ragione. Il limite di quest'impostazione risiede nell'astrazione, ossia nell'irrigidimento dei caratteri dell'uomo in sé: ragione e volontà. Ma questi ultimi possono essere presenti - naturalmente non sempre - anche nella persona minore di età, disabile o sofferente.

<sup>99</sup> In verità tale soglia non è stata del tutto accolta neppure sul terreno patrimoniale. ZATTI, *op. loc. ult. cit.*, sottolinea come il passaggio dalla nullità all'annullabilità abbia eroso il modello ottocentesco del soggetto «senza uso di ragione» quale unica realtà in opposizione all'uomo kantiano come essere morale dotato di volontà e ragione.

<sup>100</sup> ZATTI, *op. ult. cit.*, 127.

<sup>101</sup> RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83 ss., nella sua prolusione maceratese ragionava sulle tecniche legislative più opportune per regolare la complessità dei fatti nella realtà sociale, caldeggiando, in certi settori, la legislazione per principi e per clausole generali. Una legislazione che espandesse i principi costituzionali. Il che non implica, continua l'A., favorire il «più spinto decisionismo irrazionalistico» da parte dei giudici aprendo all'incertezza del diritto (p. 96). Cfr. anche FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, 347 ss.

Diverse disposizioni di diritto interno, comunitario e internazionale segnalano il passaggio, denso di significato, efficacemente sintetizzato con la locuzione «dal soggetto alla persona»<sup>102</sup>. Esse spaziano in vari ambiti<sup>103</sup>, ma è preferibile soffermarsi soltanto su quelle che interessano più da vicino il tema di queste pagine. La Convenzione di Oviedo stabilisce che, in campo sanitario, il minore e il maggiorenne affetto da handicap mentale devono, per quanto possibile, «avere parte nella procedura» (art. 6). La stessa esigenza di coinvolgimento è garantita da più disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (lett. n. e o Preambolo, artt. 3, 7, 8, 12, 19).

Conformemente l'Unione europea - secondo cui la salute mentale e il benessere «costituiscono fattori essenziali per la realizzazione dei [propri] obiettivi»<sup>104</sup> - ha più volte<sup>105</sup> posto l'accento sulla necessità di favorire l'autonomia, le potenzialità e l'inserimento sociale di chi è affetto da malattia mentale. L'art. 19 TFUE attribuisce agli organi comunitari il potere di adottare provvedimenti «per combattere le discriminazioni fondate (...) sulla disabilità». Le quali sono vietate dall'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE; disposizione, questa, che in tal modo pone un limite al potere normativo.

La discriminazione del disabile lede diritti e libertà fondamentali o, slegandosi da questi ultimi, può arrecare un pregiudizio autonomo conseguente proprio all'atto discriminatorio. Ma in questi casi si verifica anche una lesione dell'autonomia - *id est*: autodeterminazione e indipendenza dagli altri - e del diritto di partecipare e di essere incluso nella società. Questo legame tra autonomia e socialità è ben rappresentato dall'art. 26 della Carta dei Diritti

---

<sup>102</sup> RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2007, 1 ss.; ID., *Antropologia dell' "Homo dignus"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 4, 551.

<sup>103</sup> Corte Europea diritti dell'uomo, 2.11.2010, ric. n. 36168/09, *Piazzi c. Italia*, in *Fam. e dir.*, 2011, 7, 653 ss., con nota di R. Russo, *La Cedu censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate e automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione europea*, e ivi cfr. anche Trib. Varese, decr. 3.2.2011, in cui il giudice - che richiama la sentenza Cedu appena citata - adotta, per garantire l'esercizio del diritto di visita, un provvedimento non espressamente previsto dall'art. 155 ma ricavabile dalla locuzione «ogni altro provvedimento relativo alla prole» (art. 155 co. 2 c.c.).

<sup>104</sup> Risoluzione Parlamento europeo, 19.2.2009, *Sulla salute mentale*, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>105</sup> Libro verde, 14.10.2005, Commissione europea, *Migliorare la salute mentale della popolazione. Verso una strategia sulla salute mentale per l'Unione europea*; Risoluzione Parlamento europeo, 6.9.2006 *Migliorare la salute mentale della popolazione. Verso una strategia sulla salute mentale per l'Unione europea*; Risoluzione Parlamento europeo, 19.2.2009, *Sulla salute mentale*, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).



Fondamentali dell'UE. Il quale promuove misure che perseguono due obiettivi: l'autonomia del disabile e la sua partecipazione alla vita sociale. Così realizzandosi altresì lo scopo ulteriore dell'uguaglianza sostanziale.

La volontà dell'incapace è valorizzata anche dal diritto interno. L'art. 13 della legge n. 194/1978 stabilisce che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza possa provenire anche dall'interdetta. E che comunque detta richiesta, pur formulata dal marito o dal tutore, debba essere confermata dalla stessa interdetta (co. 2). In caso di contrasto decide il giudice entro cinque giorni dal ricevimento della relazione del medico, sentiti gli interessati se lo ritenga opportuno (co. 4)<sup>106</sup>. Ancora, in materia di sperimentazioni cliniche, l'art. 5 co. 1 let. b) della legge n. 211/2003 attribuisce all'incapace (legale e naturale) il diritto di ricevere «informazioni adeguate alla sua capacità di comprendere la sperimentazione ed i relativi rischi e benefici».

La grave infermità mentale non esclude, dunque, la rilevanza della volontà dell'incapace sebbene quest'ultima diverga da quella del tutore o del marito.

Anche la volontà del minore ha acquisito un importante rilievo nelle questioni che lo riguardano, qualora egli sia capace di discernimento, ossia in grado di formulare un giudizio e di scegliere conformemente alle esigenze della situazione. Tra le disposizioni generali dell'adozione l'art. 7 co. 3 l. n. 184/1983 stabilisce che il minore di anni dodici «deve essere sentito in considerazione della sua capacità di discernimento»<sup>107</sup>. La medesima regola è

espressa dall'art. 155-*sexies* c.c. nel procedimento di separazione giudiziale. In definitiva la maturità del minore orienta la decisione del giudice, così come previsto nel giudizio di ammissione al matrimonio del sedicenne (art. 84 co. 2 c.c.).

Ancora in tema di sperimentazioni cliniche, secondo l'art. 4 let. b) l. n. 211/2003 il minore deve aver ricevuto «informazioni commisurate alla sua capacità di comprensione sulla sperimentazione, i rischi e i benefici»; tale informativa deve provenire «da personale esperto a trattare» con lo stesso. E' evidente l'obiettivo di incentivare la decisione del minore, la quale, se consapevole e matura, dovrà ragionevolmente prevalere su quella del rappresentante legale<sup>108</sup>.

Egli, di conseguenza, non può che essere parte sostanziale e processuale quando vengono in gioco i suoi diritti o interessi<sup>109</sup>, come si evince anche dalla Convenzione di New York e dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli. Diritti e interessi oggi maggiormente tutelati per effetto della recente istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza<sup>110</sup>.

---

attraverso la previsione dell'audizione nelle sperimentazioni cliniche (art. 4 let. b l. n. 211/2003).

<sup>108</sup> L'art. 4 let. c) l. n. 211/2003 prevede tra le condizioni della sperimentazione che «lo sperimentatore o lo sperimentatore principale tenga in considerazione la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento, se il minore stesso è capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni di cui alla let. b)» di cui si diceva nel testo.

<sup>109</sup> Corte Cost., 11.3.2011, n. 83 (Rel. Criscuolo), in *Fam. e dir.*, 2011, 6, 545 ss., con nota di TOMMASEO, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, ha affermato, in base a un'interpretazione sistematica e coordinata dell'art. 250 c.c., la necessità della nomina di un curatore speciale qualora, nel giudizio di opposizione ex art. 250 co. 4 c.c., vi sia un conflitto di interessi tra il minore e il genitore che lo ha già riconosciuto. Sulla qualità di parte sostanziale e processuale del minore cfr. anche: Cass. 19 maggio 2010, n. 12290, in *Guida al dir.* 2010, 29, 60; Cass., 17.2.2010, n. 3804 e Cass., 17.2.2010, n. 3805, entrambe in *Fam. e dir.*, 2010, 6, 550 ss., con nota di FIGONE, *Sulla rappresentanza del minore nel procedimento di adottabilità*; Cass. Sez. un. 21.10.2009, n. 22238, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 4, 254, con nota di FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*.

<sup>110</sup> L. 12.7.2011, n. 112, pubb. in Gazz. Uff. 19.7.2011, n. 166, ha istituito l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, la quale ha la finalità di «assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età, in conformità a quanto previsto dalla Convenzione di New York, ...dalla CEDU... dalla Convenzione fatta a Strasburgo... nonché dal diritto dell'Unione europea e dalle norme costituzionali e legislative nazionali vigenti». Tra i compiti dell'Autorità garante di più specifica tutela e garanzia della minore età si segnalano la let. h) e i commi 9, 10 e 11 dell'art. 3. Essa ha un potere di segnalazione alle autorità competenti; non ha invece poteri sanzionatori.

---

<sup>106</sup> L'art. 13 della l. n. 194/1978 (*Interruzione volontaria della gravidanza*) pone chiaramente in luce che in caso di contrasto sull'interruzione della gravidanza tra i genitori (o il tutore) e la figlia non prevale *sic et simpliciter* la volontà dei primi. Il co. 2 stabilisce infatti che «il giudice tutelare, entro cinque giorni [dal ricevimento della relazione del consultorio o della struttura socio-sanitaria], sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza».

<sup>107</sup> Cass., 26.3.2010, n. 7282, in *Fam. e dir.*, 2011, 3, 268 ss., con nota di QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*; con nota di A. GORGONI, *Capacità di discernimento del minore e incapacità legale nell'adozione*, cit., 55 ss., dopo aver affermato che il minore, per effetto della riforma del 2001, non è più semplice destinatario di una decisione presa da altri nel suo interesse, ma «soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili», ha concluso che l'audizione del minore, avendo lo scopo di consentire allo stesso di esprimere il proprio pensiero scevro da condizionamenti, non può essere qualificato né atto di accertamento né atto istruttorio. Di conseguenza il tribunale può adottare, tra le opportune cautele dell'audizione, il divieto di interlocuzione con i genitori e/o con i difensori. L'esigenza di favorire la manifestazione della volontà del minore è stata garantita

Le disposizioni appena richiamate - ma anche altre ancora<sup>111</sup> - dimostrano come, con riguardo alle decisioni sulla salute, non sia affatto decisivo sapere che un soggetto è, per l'ordinamento giuridico, in tutto o in parte privo di autonomia. Difatti il medico deve comunque colloquiare e interagire con il paziente a prescindere dal fatto che gli sia stato nominato un tutore, un curatore o un amministratore di sostegno. E non si tratta semplicemente di offrire informazioni, ma di assicurarsi, ove possibile, che esse siano state comprese.

Il bene giuridico che viene in rilievo è l'autodeterminazione del disabile, da promuovere attraverso la relazione con l'altro<sup>112</sup>. Lo strumento è la comunicazione, la quale può avvenire non soltanto con le parole ma anche attraverso i segnali del corpo<sup>113</sup>. La difficoltà e la specificità di questa relazione ha giustamente indotto il Parlamento europeo a proporre «che la salute mentale sia inserita nei programmi di studio di tutti i professionisti della sanità e che siano previste una formazione e un'istruzione continue in tale settore»<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> L'art. 1 della legge 15.3.2010, n. 38 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*), prevede tra i principi fondamentali la «tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione». L'art. 95 della legge 22.12.1975, n. 685 (*Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*) prevede che il minore di età o l'incapace di intendere possa chiedere personalmente «al servizio pubblico per le tossicodipendenze di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di definire un programma terapeutico e socio-riabilitativo». L'art. 3 co. 2 l. 22.10.2005, n. 219 (*Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati*) stabilisce che «La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato».

<sup>112</sup> ZATTI, *Oltre la capacità*, cit., 124, ha giustamente sottolineato la necessità di un nuovo paradigma incentrato su quattro connotati: 1) «interdipendenza tra singoli e tra singoli e gruppo, anziché sul rapporto di separazione tra monadi individuali e ambiente-oggetto»; 2) «guardare all'esperienza psichica degli uomini come ad una continuità di stati che procedono [dalla] sofferenza (...) [al] benessere»; 3) ne consegue che le decisioni si devono analizzare *non come atti ma come processi* «in cui domina l'interazione tra i protagonisti e il contesto»; 4) eliminazione della relazione tra protezione e incapacità. Su quest'ultimo punto, il nostro ordinamento ha compiuto significativi passi in avanti: l'introduzione dell'amministrazione di sostegno impedisce di considerare il beneficiario come un incapace *tout court*.

<sup>113</sup> CENDON, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno*, cit., 170, sottolinea come nella relazione con il soggetto debole oltre al prestare ascolto alle parole, «non meno cruciale è, abitualmente, un altro tipo di riscontro, quello in ordine alla mimica del corpo, ai segni del linguaggio non verbale. Sospiri, occhiate in tralice, dita sulle labbra ... agitarsi di braccia, espressioni incredule...». Cfr. ID., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, 2009, 172 ss.

<sup>114</sup> Risoluzione Parlamento europeo, 19.2.2009, *Salute mentale*, cit., § 29; Risoluzione Parlamento europeo, 6.9.2006, *Migliorare la salute mentale della popolazione*, cit., § 39.

Se alcune norme stabiliscono il diritto di ricevere informazioni adeguate alla propria capacità, se si richiede il coinvolgimento del disabile nella decisione che lo riguarda, significa che l'accento è posto sulla residua - fosse anche tenue - capacità di comprendere o anche solo di intuire le conseguenze di una determinazione volitiva<sup>115</sup>. Certo ci muoviamo su un terreno difficile, ma pur sempre - è bene ribadirlo - giuridico. Con tutte le conseguenze sotto il profilo della responsabilità civile a carico di chi abbia colpevolmente travisato o ignorato il volere di un disabile o di un minore di età capace di autodeterminarsi.

Del resto se l'autodeterminazione del disabile (o del minore), ricostruita nel quadro normativo appena richiamato, è un diritto fondamentale giacché strettamente connesso allo svolgimento della personalità (art. 2 Cost.), alla libertà individuale (art. 13 Cost.) e alla dignità sociale<sup>116</sup>, ne deriva una inderogabile conseguenza in caso di lesione. La risarcibilità del danno, la quale «costituisce la forma minima di tutela»<sup>117</sup>, non suscettibile di essere limitata se non si intenda rifiutare la tutela.

Alla luce delle cose dette si impone una considerazione: il diritto postmoderno ha relativizzato il paradigma del soggetto se le norme appena ricordate valorizzano la limitata (o la crescente nel caso del minore) capacità di intendere e di volere. Il che è avvenuto con tecniche diverse ma con un tratto comune: il rifiuto della logica proporzionalista e generalizzante su cui si è basata per molto tempo la risposta ordinamentale al problema dell'incapacità e della limitata capacità.

Diversamente il nuovo approccio può essere così sintetizzato: la capacità non è un requisito del soggetto, una «grandezza previa»<sup>118</sup> rispetto alla rela-

<sup>115</sup> ZATTI, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, cit.,

<sup>116</sup> RODOTA', *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1, 5, e ivi DE SANCTIS, *Riflessioni sull'Homo dignus*, 9 ss.; ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1, 21 ss.; MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67 ss.

<sup>117</sup> Cass., 31.5.2003, n. 8827 e Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 227 ss., con nota di NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*

<sup>118</sup> ZATTI, *op. ult. cit.*, 138, sottolinea come la capacità - non soltanto la volontà - sia una grandezza interna alla relazione. Limpido e profondo il pensiero dell'A. in queste parole: «La capacità è la presenza della persona a sé stessa in un contesto dato: essa non è là, come un dato che "riguarda il soggetto", un soggetto avulso dalla relazione, influenzato al più dall'impatto con l'oggettività dell'evento vissuto. Come ogni aspetto della psiche, la capacità è immersa nella relazione, si riscontra e vive nella relazione, è accesa, mantenuta, sopita, spenta anche dalle parole, dai gesti, dai silenzi, dalle azioni e reazioni di chi

zione. Essa è concepibile e si manifesta nella relazione attraverso uno scambio virtuoso con la persona - medico, amministratore di sostegno, rappresentante legale - deputata a verificare o a far maturare una decisione.

Questa diversa lettura della capacità, immersa nella relazione, apre una fruttuosa prospettiva rimediabile - come si è appena accennato - che consentirebbe di valutare la condotta al di là degli stretti confini dei vizi del consenso<sup>119</sup>.

### 10. Trattamento sanitario obbligatorio e amministratore di sostegno

Gli artt. 33-35 della legge n. 833/1978 disciplinano i trattamenti sanitari volontari e obbligatori (TSO). Questi ultimi sono disposti quando il malato di mente rifiuti, pur necessitandone, accertamenti e cure riguardanti la propria patologia psichica. Essi hanno dunque ad oggetto proprio la malattia mentale.

Alla situazione appena descritta non è applicabile l'amministrazione di sostegno. Istituto, questo, al quale si può ricorrere qualora la persona, pur necessitando di cure o di interventi chirurgici per fatti diversi dalla patologia della mente, si opponga reciprocamente ad essi.

Il fatto che l'amministratore di sostegno non entri nel merito della procedura di TSO non esclude che egli possa svolgere comunque un ruolo significativo nella stessa e nell'esecuzione della misura coattiva. Innanzi tutto egli può adoperarsi per evitare la degenza ospedaliera, può favorire inoltre l'esercizio di alcuni diritti riconosciuti dalla legge n. 833 in seno alla procedura di TSO o, infine, può cercare di promuovere quest'ultima nell'interesse della salute del beneficiario.

Quanto al primo aspetto si deve preliminarmente constatare che, in applicazione del principio di volontarietà dell'intervento sanitario, il trattamento sanitario dell'infermo di mente in condizioni di degenza ospedaliera è previsto dalla legge come inter-

vento eccezionale<sup>120</sup>. L'art. 34 co. 4 l. n. 833/1978, nel dettarne le condizioni, prevede infatti che ove vi sia il consenso dell'interessato debba escludersi il trattamento in condizioni di degenza ospedaliera<sup>121</sup>.

Ma allora l'amministratore di sostegno già nominato<sup>122</sup>, stante la sua funzione preminente di cura della persona, potrebbe prodigarsi per convincere il beneficiario ad accettare volontariamente l'intervento medico obbligatorio, evitando così la degenza ospedaliera. Non foss'altro perché il dialogo con il beneficiario è uno dei tratti salienti che connotano l'ufficio dell'amministratore di sostegno (artt. 407 co. 2 e 410 coo. 1 e 2 c.c.).

Anche qualora dovesse essere impossibile evitare la degenza ospedaliera, permanendo il rifiuto del malato di sottoporsi alle misure sanitarie proposte, vi sarebbe ancora spazio per l'amministratore di sostegno. Egli può adoperarsi per rendere effettivi diritti che la normativa prevede a favore del soggetto coartato al trattamento. La legge n. 833/1978 afferma che la disposizione del TSO da parte dell'autorità sanitaria<sup>123</sup> deve avvenire «nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura» (art. 33 co. 2 l. n. 833/1978). Inoltre le attività sanitarie da praticare «devono essere accompagnat[e] da iniziative rivolte ad assicurare *il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato*».

<sup>120</sup> BRUSCUGLIA, *Sub. art. 2 l. n. 180/1978*, cit.192, confluito nell'art. 34 l. n. 833/1978. Il co. 4 stabilisce, affinché possa disporsi il TSO, le seguenti condizioni: 1) «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici» (*id est*: alterazioni gravi); 2) rifiuto dei trattamenti da parte dell'infermo di mente; 3) mancanza delle «condizioni» e delle «circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere». La residualità del TSO si evince anche da altre disposizioni: art. 33 co. 5 l. n. 833/1978.

<sup>121</sup> Il legislatore ha dunque attribuito rilevanza alla volontà del malato di mente anche in fase di attuazione dello specifico TSO, pertanto l'alterazione psichica non comporta necessariamente incapacità naturale.

<sup>122</sup> Se l'amministratore di sostegno non è stato ancora nominato, l'art. 35 co. 6 l. n. 833/1978 stabilisce che «Qualora ne sussista la necessità il giudice tutelare [cui deve essere notificato il provvedimento con cui il sindaco dispone il TSO] adotta i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo».

<sup>123</sup> In sintesi la procedura del TSO si articola nel modo seguente: 1) proposta motivata di un medico qualsiasi di un accertamento o trattamento sanitario obbligatorio (art. co. 3 l. n. 833/1975); 2) convalida di tale proposta da parte di un medico dell'Unità sanitaria locale (art. 34 co. 4); 3) provvedimento del sindaco che dispone il TSO in condizioni di degenza ospedaliera (art. 33 co. 3), da emanarsi entro 48 ore dalla predetta convalida (art. 35 co. 1); notifica, tramite messo comunale, del provvedimento del sindaco al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune entro 48 ore dal ricovero (art. 35 co. 1); 4) decreto motivato del giudice tutelare di convalida o meno del provvedimento del sindaco, da emanarsi entro le successive 48 ore e da comunicare al sindaco stesso (art. 35 co. 2).

sta di fronte alla persona e con cui la persona attraversa l'evento» [corsivo mio].

<sup>119</sup> ZATTL, *Il tragico caso di Carmelo P.*, cit., p. 139, apre questa prospettiva riferendo il caso di un anziano che subisce trattamenti medici e un intervento chirurgico senza che essere stato messo in condizione di esprimere il suo pensiero al riguardo. Qui la minaccia ad esempio potrebbe venire in considerazione sotto il profilo non della volontà ma della capacità accertata. Ciò al fine di valutare se la minaccia, sebbene sprovvista dei caratteri propri della violenza (art. 1435 c.c.), «abbia inciso, e quanto, sulla presenza a sé medesima della persona minacciata e sulla sua possibilità di fare uso delle proprie risorse di intendimento e di determinazione».



Nel disegno legislativo, come si può facilmente rilevare, l'obbligatorietà non esclude il dialogo tra medico e paziente, anzi esso è promosso attraverso la previsione di obblighi a carico dei sanitari e della struttura. Il paziente ha diritto di conoscere il trattamento, al fine di potervi partecipare, nonostante l'abbia rifiutato. Si tratta di una regola che presidia la dignità umana, come quella contenuta nell'art. 33 co. 6 l. n. 833/1978, secondo cui «Nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno».

Vi sono infine norme volte a garantire più in generale la libertà personale del malato di mente, come gli artt. 33 co. 7 e 35 co. 8 l. n. 833/1978. La prima attribuisce a chiunque il potere di «rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato [art. 35 co. 4] il trattamento sanitario obbligatorio». La seconda legittima colui che è sottoposto al TSO e chiunque vi abbia interesse a «proporre al tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare». Questo procedimento si svolge secondo le regole del rito sommario di cognizione, come ha stabilito recentemente l'art. 21 del d. lgs. n. 150/2011<sup>124</sup>.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle giuste critiche che all'epoca dell'entrata in vigore della legge n. 833 furono rivolte al procedimento del TSO<sup>125</sup>. Se non per sottolineare che la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia, integra la legge n. 833/1978, in particolare sotto il profilo del rispetto del contraddittorio; principio, questo, con riferimento al quale la legge italiana si mostrava, all'epoca, carente<sup>126</sup>.

L'art. 13 di della Convenzione N.U. garantisce la «partecipazione effettiva» del disabile in tutte le fasi del procedimento giudiziario. Per effetto di questa disposizione il tribunale, in sede di ricorso contro il provvedimento del sindaco convalidato dal giudice tutelare, deve assicurarsi che sia rispettato il principio del contraddittorio nei confronti del mala-

to di mente e che quest'ultimo, se del caso, sia adeguatamente rappresentato<sup>127</sup>.

L'amministratore di sostegno potrebbe, si diceva, promuovere il TSO rivolgendosi a un medico affinché ne valuti la praticabilità. Il tribunale di Roma, in un caso di anoressia, ha stabilito che l'amministratore di sostegno, nella specie un medico, avrebbe dovuto attivare l'autorità sanitaria (il sindaco) ai sensi dell'art. 33 l. n. 833/1978, qualora egli non fosse riuscito, nell'esercizio del potere di assistenza, a favorire un ricovero volontario della beneficiaria in un centro specializzato per la cura dei disturbi alimentari<sup>128</sup>.

### 11. Atto di designazione e incapacità di agire nel sistema delle fonti

L'art. 408 co. 1 c.c. sancisce che «l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità».

Designare, com'è noto, non significa nominare e istituire l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Potere, questo, che compete esclusivamente al giudice tutelare come si evince dagli artt. 405 c.c. e 348 c.c., i quali distinguono chiaramente designazione e nomina<sup>129</sup>. La designazione tuttavia preclude al giudice la scelta di un amministratore diverso da quello designato, salvo che ricorrano «gravi motivi» da esplicitare nel provvedimento di nomina.

La disposizione a tutta prima è chiara nel suo dettato letterale, volta com'è a regolare un caso preciso. Essa in realtà ha generato consistenti dubbi interpretativi, dovuti alla laconicità del testo, ma soprattutto all'interazione con il sistema delle fonti. L'evoluzione dell'ordinamento ne ha sollecitato significative applicazioni ben oltre la singola fattispe-

<sup>127</sup> Tra l'altro, a tutela della parte della parte cui il procedimento di riferisce, l'art. 21 co. 5 d. lgs. n. 150/2011 stabilisce che, in sede di opposizione alla convalida, il Presidente del tribunale, «acquisito il provvedimento che ha disposto il trattamento sanitario obbligatorio e sentito il pubblico ministero, può sospendere in trattamento medesimo [anche] d'ufficio». Ciò costituisce un'importante novità rispetto all'art. 5 l. n. 180/1978 che richiede la domanda di parte.

<sup>128</sup> Trib. Roma, 6.12.2010, cit.

<sup>129</sup> La disposizione contenuta nell'art. 408 co. 1 c.c. (designazione) innova profondamente rispetto alla previsione di cui all'art. 348 co. 1 c.c. Quest'ultima, applicabile anche in materia di interdizione (art. 424 co. 1 c.c.), attribuisce il potere di designazione al genitore che ha esercitato per ultimo la potestà, ma non alla persona su cui eserciterà i propri poteri il tutore. Tuttavia, per effetto della legge n. 6/2004, l'art. 408 co. 1 si applica anche all'interdizione e all'inabilitazione: l'art. 424 co. 3 stabilisce che «Nella scelta del tutore dell'interdetto e del curatore dell'inabilitato il giudice tutelare individua di preferenza la persona più idonea all'incarico tra i soggetti, e con i criteri, indicati nell'art. 408 c.c.».

<sup>124</sup> Il d. lgs. n. 150/2011 contiene «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69».

<sup>125</sup> CASTRONOVO, *La legge 180 e il dopo*, cit., 196 ss., ha criticato la legge n. 833/1978 sotto diversi profili argomentando dagli artt. 32 co. 2 e 13 co. 2 Cost.: 1) non perfetta attuazione della riserva di legge di cui all'art. 32 co. 2 Cost., non essendo stati indicati dal legislatore i requisiti di fatto ai quali l'obbligatorietà deve essere collegata; 2) illegittima previsione di un modello prevalentemente amministrativo in luogo di un procedimento giurisdizionale caratterizzato dal rispetto del contraddittorio. Al giudice è attribuito un potere di controllo; solo eventualmente egli esercita una funzione giurisdizionale.

<sup>126</sup> CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 206.



cie astratta tipizzata. Il che è avvenuto, più precisamente, per effetto di alcune norme sovranazionali e di un'attenta e coraggiosa (non certo spregiudicata) giurisprudenza teorica e pratica.

Prima di soffermarsi su queste recenti applicazioni dell'art. 408 co. 1 c.c. - riguardanti la salute e il più controverso ambito delle direttive anticipate di trattamento - assume valenza preliminare un problema ermeneutico di non poco conto: l'interpretazione della locuzione «in previsione della propria eventuale futura incapacità».

Solo una premessa metodologica: l'interpretazione «se vuole stabilizzarsi come modello di decisione» deve garantire «la razionalità globale dell'ordinamento» (c.d. dogmatica giuridica)<sup>130</sup>. Applicando quest'autorevole insegnamento si fa presto a constatare che l'interpretazione letterale non raggiunge affatto questa finalità di giustezza dell'interpretazione nel sistema dogmatico del diritto positivo.

Il significato della disposizione in esame appare inequivocabile soltanto a una prima lettura: la designazione avviene in previsione di un evento futuro, l'incapacità. Chi designa, quindi, deve essere pienamente capace di intendere e di volere; magari egli diventerà incapace, ma qualora ciò dovesse accadere, vi è già stata una legittima designazione. Si ha una manifestazione della volontà ora per allora. Ma l' "ora" deve, in questa prospettiva, essere governato dalla piena capacità di intendere e di volere.

Del resto - si potrebbe aggiungere - la necessità della piena capacità per designare sarebbe suffragata dalla previsione della forma solenne richiesta dall'art. 408 co. 1 c.c. Il che implica una verifica da parte del pubblico ufficiale della capacità di chi chiede di effettuare la designazione (art. 54 regolamento notarile e art. 47 legge notarile). Si dovrebbe pertanto concludere che chi sia affetto da infermità o da menomazione psichica non possa designare.

Questa conclusione stride con il principio - di diritto interno e sovranazionale - di *favor* per l'autonomia e l'indipendenza delle persone con disabilità, compresa la libertà di compiere le proprie scelte. Tale principio è alla base della disciplina dell'amministrazione di sostegno. Istituto che, com'è noto, subordina ogni intervento protettivo alla «minore limitazione possibile della capacità d'agire» (art. 1 legge n. 6/2004). Il che implica una selettività dell'intervento protettivo con riferimento a determinati atti (artt. 405 co. 5 nn. 3 e 4 e 411 co. 4 c.c.), rispetto ai quali la capacità di agire può esse-

re eliminata (potere rappresentativo esclusivo) o ridotta (potere di assistenza).

Ne consegue che una persona in grado di comprendere gli effetti di un determinato atto deve essere libera di compierlo, non potendo essere destinataria, con riferimento a tale atto, di una limitazione della propria capacità di agire<sup>131</sup>. L'amministrazione di sostegno, rispetto agli istituti di protezione tradizionali, ha il pregio di evitare riduzioni della capacità di agire sovradimensionate rispetto alle condizioni di salute<sup>132</sup>. Essa ha respinto l'equazione infermità = incapacità, non equiparando gli infermi di mente nella stessa condizione giuridica. Finanche l'incapacità di agire dell'interdetto e dell'inabilitato deve essere modulata dal giudice se il caso concreto lo esige (art. 427 co. 1 c.c.).

Il nostro problema interpretativo si avvia allora a una soluzione richiamando quelle disposizioni attuative del principio della minore limitazione possibile della capacità di agire. L'art. 407 co. 2 c.c. stabilisce che il giudice «deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona (...) delle richieste di questa». Ora una di tali richieste può essere quella di volere una determinata persona come amministratore di sostegno<sup>133</sup>.

Il giudice, verificata la consapevolezza del richiedente e accertata l'idoneità della persona indicata a ricoprire l'ufficio di amministratore, deve nominare quest'ultima. Ma allora se chi è privo in tutto o in parte di autonomia può vincolare il giudice nella nomina dell'amministratore di sostegno, egli deve pur essere legittimato a intervenire in un atto pubblico per effettuare la designazione. Altrimenti non si capirebbe perché ciò che può essere fatto dopo non si possa realizzare prima. Del resto il beneficiario può orientare perfino l'attività dell'amministratore di sostegno, come si desume dai commi 1 e 2 dell'art. 410 c.c.

Il punto saliente diventa se il designante o il richiedente sia capace - nonostante l'infermità o la menomazione - di scegliere consapevolmente la

<sup>131</sup> PATTI, *L'amministrazione di sostegno: continuità e innovazione*, in *Famiglia - Quaderni, L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano, 2005, n. 4, p. 221, ha esattamente posto in luce che le limitazioni della capacità di agire hanno carattere eccezionale.

<sup>132</sup> Prima della riforma del 2004 l'interdizione e l'inabilitazione avevano creato un sistema che presentava profili d'incostituzionalità (artt. 2 e 3 Cost.) perché, non consentendo di graduare l'intervento giudiziale sulla capacità d'agire, finivano con l'equiparare situazioni diverse. Sul punto mi permetto di rinviare ad A. GORGONI, *L'amministrazione di sostegno: profili sostanziali*, cit., 10 ss.

<sup>133</sup> Richiesta che può essere rivolta al giudice tutelare anche a seguito della rimozione dell'amministratore di sostegno per intervenuti contrasti con il beneficiario (cfr. artt. 410 co. 2, 411 co. 1 che richiama l'art. 384).

<sup>130</sup> MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 87, osservava che «l'ermeneutica è soltanto un metodo di ricerca di ipotesi di decisione razionalmente fondate e quindi socialmente plausibili, non anche un procedimento di verifica della loro giustezza».



persona nella quale ripone fiducia. Se lo è si deve ritenere che l'interessato abbia una capacità sufficiente, sebbene non piena, per compiere un valido atto di designazione.

L'inciso «in previsione della propria futura incapacità» presuppone, dunque, non la piena capacità di intendere e di volere, ma la capacità di comprendere l'importanza per sé di designare una determinata persona quale amministratore di sostegno. Ne consegue che il notaio cui sia richiesto di ricevere un atto di designazione non possa richiedere la piena capacità d'agire, ma solo quel tanto di capacità sufficiente a esprimere consapevolezza dei propri bisogni e delle qualità della persona che s'intende scegliere come amministratore di sostegno<sup>134</sup>. In questo caso, non essendovi obbligo di assistenza né di rappresentanza, il notaio non incorre nel divieto di cui all'art. 54 del regolamento notarile.

L'interpretazione qui sostenuta trova conferma nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (art. 3 let. a), nella Convenzione di Oviedo (art. 6) e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (artt. 21 e 26) che proclamano e invitano gli Stati a favorire l'autonomia individuale del disabile, quale condizione imprescindibile per garantirne la dignità umana.

Le disposizioni sopra ricordate sull'autonomia individuale e sulla libertà di compiere le proprie scelte sono altresì appropriate per sciogliere positivamente i dubbi sulla cosiddetta designazione in sostituzione o in negativo e sulla nomina del co-amministratore di sostegno<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> BONILINI, *La designazione dell'amministrazione di sostegno*, in *Studium iuris*, 2004, 9, 1052, afferma che «(...) data la materia sulla quale la designazione (...) è destinata ad incidere, deve reputarsi troppo severa l'applicazione dei requisiti di capacità e volontà prescritti per i consueti negozi giuridici, sicché gioverebbe considerare sufficiente, al fine di una adeguata designazione, la mera capacità di discernimento di chi l'abbia manifestata». Cfr. anche CALO', *Designazione dell'amministratore di sostegno*, quesito n. 5988/C, Ufficio studi – settore civilistico. In giurisprudenza cfr. Trib. Parma, 2 aprile 2004, in *Notariato*, 2004, 4, 399, che ha nominato amministratore di sostegno la persona designata da un soggetto menomato nella psiche. L'interessato, nel corso dell'esame ex art. 407 co. 2 c.c., era apparso «sufficientemente orientato nel tempo e nello spazio» anche se non in grado di gestire autonomamente il suo patrimonio.

<sup>135</sup> La designazione in sostituzione consiste nella facoltà di sostituire alla persona designata come amministratore di sostegno un'altra persona nell'eventualità in cui la prima non possa assumere l'ufficio perché, ad esempio, al tempo in cui inizia il procedimento per la nomina, è deceduta, scomparsa o è divenuta incapace. La designazione in negativo, invece, si ha quando il designante dichiara, nella forma prevista dall'art. 408 co. 1, che una o più persone specificamente indicate non dovranno assumere l'ufficio di amministratore di sostegno. Ancora, la figura del co-amministratore di sostegno interviene quando il giudice nomina due amministratori con poteri identici (ipotesi

## 12. Il contenuto ulteriore dell'atto di designazione: decisioni e regole sui trattamenti medici

L'atto di designazione consiste nell'indicazione della persona su cui si ripone fiducia per svolgere l'ufficio di amministratore di sostegno. L'art. 408 co. 1 c.c. si limita a prevedere tale atto, mentre tace sulla possibilità che quest'ultimo possa contenere anche determinazioni aggiuntive rispetto a quella tipica della designazione. Da qui il dubbio sulla legittimità di una designazione che abbia un contenuto più ampio.

Sulle determinazioni di natura patrimoniale la dottrina si è espressa favorevolmente, argomentando soprattutto dall'art. 407 co. 2 c.c. in cui si afferma che il giudice tutelare deve tener conto dei bisogni e delle richieste della persona interessata alla nomina dell'amministratore di sostegno. Queste volontà potrebbero essere anticipate nell'atto di designazione e il giudice, pur non obbligato a recepirle, dovrà tenerne conto ove gli appaiano idonee ad assicurare adeguata protezione al beneficiario<sup>136</sup>.

Indubbiamente una volta ammesso un contenuto ulteriore dell'atto di designazione - nella specie patrimoniale - sembra aperta la via anche a quello non patrimoniale riguardante la salute e le direttive anticipate di trattamento<sup>137</sup>. Ma questo parallelismo suggerisce molto poco rispetto ai complessi problemi sollevati dal contatto tra amministrazione di

---

ritenuta giustamente non ammissibile) oppure quando ai due amministratori sono attribuiti poteri diversi. Ad esempio non vi sono ostacoli ad ammettere la nomina di due amministratori di sostegno: il primo con il compito di assistere il beneficiario negli atti di natura patrimoniale e il secondo (co-amministratore) con compiti attinenti esclusivamente alla cura e alla realizzazione delle esigenze esistenziali e di vita quotidiana del beneficiario stesso. Per approfondimenti cfr. BONILINI, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2008, 237 ss.

<sup>136</sup> L'atto di designazione potrebbe contenere una dettagliata descrizione di aspetti essenziali dell'amministrazione di sostegno, quali ad esempio: la durata dell'incarico dell'amministratore (a tempo determinato o indeterminato); gli atti o le categorie di atti (straordinaria amministrazione) su cui esercitare il potere rappresentativo da parte dell'amministratore di sostegno; l'elenco degli atti che il futuro beneficiario intenderà compiere soltanto con l'assistenza dell'amministratore; la fissazione sia di un limite di spesa, in relazione ad un certo periodo di tempo (mensile, trimestrale o annuale), cui l'amministratore dovrà attenersi, sia della periodicità con cui il designato, nominato dal giudice tutelare, dovrà riferire a quest'ultimo in ordine all'attività svolta nonché alle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.

<sup>137</sup> CENDON, *Amministrazione di sostegno*. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche, cit., 176, afferma che «nulla vieta di utilizzare [l'atto di designazione] per indicare anche le modalità con le quali il futuro, nominando AdS debba esercitare i suoi poteri di cura della persona, con particolare riferimento ai trattamenti non desiderati, anche se ritenuti necessari dagli operatori sanitari».

sostegno, tutela della salute e decisioni sulla fine della vita. Per ammettere ad esempio che l'amministratore di sostegno possa garantire l'osservanza di tali decisioni, occorre prima stabilirne il grado di rilevanza giuridica, poi accertare se, nel caso di specie, possa operare l'amministrazione di sostegno sussistendo i presupposti di cui all'art. 404 c.c.

Proprio con riguardo alle scelte di fine vita sono emerse diffuse resistenze da parte della giurisprudenza pratica ad applicare l'amministrazione di sostegno. Esse sono state originate soprattutto dall'art. 404 co. 1 c.c. e probabilmente anche dalla mancanza di una legge sul c.d. testamento biologico (*recitius*: direttive anticipate di trattamento).

Si può fin da subito rilevare che queste difficoltà appaiono superabili, adottando la tecnica dell'interpretazione sistematica. La quale deve tener conto non solo della Costituzione, ma anche, e in ossequio a quest'ultima, delle disposizioni comunitarie e internazionali (art. 117 co. 1 Cost.), nonché della giurisprudenza di legittimità. Da tale quadro di riferimento può senz'altro desumersi la rilevanza della volontà contraria a determinati trattamenti sanitari che dovessero rendersi necessari in futuro.

Si è già osservato come sulla base dell'interpretazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., il diritto di decidere sulla propria salute si sia distaccato dall'orbita esclusiva del diritto alla salute per entrare in quella, più vasta, della libertà dell'individuo. Il cui corollario è il consenso informato<sup>138</sup> previsto da numerose leggi speciali oltre che a livello comunitario e internazionale<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.; cfr. anche Cass., 31.1.2009, n. 2468, in *Danno e resp.*, 2009, 4, 446.

<sup>139</sup> Art. 1 della l. n. 180/1978 (*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*); art. 33 della l. n. 833/1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*); artt. 2 let. 1) e 3 del D. Lgs. 24.6.2003, n. 211 sulle sperimentazioni, cit.; art. 3 della l. n. 219/2005 (*Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati*); art. 6 della l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*); l'art. 1 della l. n. 38/2010 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*) afferma che l'autonomia del malato è un principio fondamentale; art. 35 del *Codice di deontologia medica* (2006). L'art. 5 della *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina* (Oviedo 4.4.1997), resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28.3.2001, n. 145, posta al comma 1° la regola del consenso libero e informato, al comma 2° ne precisa il contenuto: l'informazione deve essere adeguata con riguardo «sia allo scopo e alla natura dell'intervento, che alle sue conseguenze e ai suoi rischi». L'art. 3 co. 2° della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (Carta, questa, che per effetto dell'art. 6 TUE «ha lo stesso valore giuridico dei trattati») stabilisce che «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge». L'art. 5 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo* (1997) stabilisce che in tutti i casi in cui si intenda

Ma è bene precisare che dalle norme costituzionali non sembra potersi desumere il diritto di morire, almeno allo stato dell'attuale «*dinamica evolutiva dei rapporti sociali, che attualizza il precetto costituzionale*»<sup>140</sup>. Tale diritto implicherebbe il diritto di ricevere un trattamento eutanasi o di ricorrere al suicidio assistito. Pratiche, queste, che nel nostro ordinamento assumono, com'è noto, rilevanza penale<sup>141</sup>.

Piuttosto dalla Carta Fondamentale può ricavarsi, come ha esattamente chiarito la Cassazione<sup>142</sup>, l'incoercibilità del vivere quale principio fondamentale. Il che implica il diritto di rifiutare le cure quale norma precettiva desumibile dalla Costituzione. Un diritto che, come ha affermato sempre la Suprema Corte, può essere oggetto di rappresentanza legale qualora non sia esercitabile direttamente dal titolare<sup>143</sup>.

Esiste dunque il diritto di rifiutare determinati trattamenti, diritto spettante al malato cosciente, a chi perderà certamente la coscienza e a chi, perfettamente sano, vuole formalizzare le proprie dichiarazioni anticipate di trattamento. Il diverso stadio della patologia o il fatto di essere sani o malati non

---

svolgere una ricerca, una cura o una diagnosi che verta sul genoma di un individuo «sarà raccolto il consenso preliminare, libero e informato dell'interessato». La lettera c) del medesimo articolo sancisce altresì il diritto di non essere informato dei risultati di un esame genetico, mentre l'art. 9 circoscrive rigidamente le limitazioni al principio del consenso informato.

<sup>140</sup> Corte Cost., 18.12.2009, n. 335 (red. P. Grossi), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, 657, con nota di A. GORGONI, *La commutazione e la compatibilità con i membri della famiglia legittima*.

<sup>141</sup> GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1997, 74 ss., esclude che il lasciar morire possa essere ricondotto all'eutanasia o al suicidio assistito. Cfr. però CRICENTI, *Il diritto di rifiutare le cure. Critica delle distinzioni rilevanti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 3, 710, il quale, muovendo dal consenso del paziente quale fondamento dell'attività medica, si chiede «perché esso dovrebbe avere un diverso rilievo a seconda che la condotta acconsentita sia attiva o omissiva». La Suprema Corte federale tedesca, nella sentenza del 25.6.2010, ha affermato che la volontà del malato è il criterio in base al quale distinguere tra atti che danno luogo all'eutanasia passiva (ammessa dall'ordinamento tedesco) e atti che integrano invece l'eutanasia attiva (sanzionata dal codice penale). Se tale volontà, anche presunta, è nel senso di interrompere (o di rifiutare) il trattamento medico, quest'ultimo deve essere interrotto anche mediante una condotta attiva, senza che ciò costituisca un illecito penale.

<sup>142</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.

<sup>143</sup> Così Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit., la quale ha richiamato, a sostegno, oltre all'art. 405 co. 4 c.c. e l'art. 357 c.c. cui rinvia l'art. 424 co. 1 c.c., anche altre disposizioni già qui ricordate quali: gli artt. 3 e 4 d. lgs. n. 211/2003 (*sperimentazioni cliniche*), l'art. 13 l. n. 194/1978 (*norme sull'interruzione volontaria della gravidanza*) e l'art. 6 *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina*.

giustifica affatto una diversa regola sulla rilevanza dell'autodeterminazione.

Il diritto di rifiutare le cure esiste non solo quando la persona già malata deve scegliere se accettare un trattamento salvavita o se chiederne la sospensione, ma anche nell'eventualità o nella certezza che in futuro insorga uno stato di incoscienza. Opinando diversamente si determinerebbe una palese violazione del principio di uguaglianza<sup>144</sup> e del divieto di discriminazione.

Naturalmente quando la decisione sui trattamenti si proietta in un futuro non vicinissimo o solo ipotizzato si pone il problema degli strumenti volti a garantirne il rispetto. In Germania una legge del 2009, intervenendo sull'impianto del BGB, ha individuato l'amministratore di sostegno quale soggetto garante (§ 1901)<sup>145</sup>.

In Italia, in mancanza di una normativa specifica, è stata una parte della giurisprudenza pratica a ritenere, con non poche difficoltà ermeneutiche, che l'amministrazione di sostegno sia strumento idoneo a garantire l'osservanza delle direttive anticipate di trattamento. Esso è stato applicato a diversi casi su cui occorre soffermarsi.

### 13. L'amministrazione di sostegno in caso di malattia progressivamente invalidante

L'art. 404 co. 1 c.c. subordina la nomina dell'amministratore di sostegno a una infermità o menomazione fisica o psichica che determini l'impossibilità di provvedere ai propri interessi. Quest'effetto preclusivo della cura dei propri interessi, originato dalla condizione patologica, sembra dover sussistere al momento della richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno. La norma adopera infatti l'indicativo presente «si trova» e non il condizionale presente «potrebbe trovarsi».

<sup>144</sup> RODOTA', *La vita e le regole*, 2006, Milano, 254, ha posto il problema dell'«uguaglianza nel morire». E proprio sotto questo profilo va affrontato il problema dell'inquadramento giuridico del cosiddetto «distacco della spina». Segnatamente se il distacco del ventilatore meccanico da parte del medico integri, cagionando la morte del paziente, la fattispecie penale dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.c.). Secondo alcuni autori si impone un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 579 c.p. secondo la quale sebbene tale norma «si riferisca a qualunque azione che determina la morte dell'individuo, l'interruzione del trattamento sanitario costituisce un diritto di chi consapevolmente la chiede, garantito dalla Costituzione» (così MORACE PINELLI, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 5, 724 e ivi altri riferimenti bibliografici).

<sup>145</sup> PATTI, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 12, 964 ss.; VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco: Patientenverfügung und Sterbehilfe*, in *Fam. e dir.*, 2011, 12, 1167 ss.

E' sorto così il problema dell'applicabilità dell'istituto qualora l'individuo, pienamente capace di intendere e di volere, sia affetto da una malattia che in un futuro più o meno prossimo condurrà inesorabilmente alla perdita di coscienza. Qui l'interesse in rilievo è quello di poter esprimere subito le proprie determinazioni sui trattamenti sanitari che si desiderano o che si rifiutano quando sopraggiungerà l'incoscienza. Ma per garantire l'effettività di siffatte determinazioni è decisivo affidarsi a un soggetto munito del potere di trasmetterle al medico.

Non vi è una legge specifica che individui tale soggetto o che prescriva una determinata forma<sup>146</sup> per la validità delle determinazioni sulla fine della vita. Ciononostante non si può ravvisare un vuoto normativo. I principi e le regole su cui ci siamo soffermati, riconducendo la salute alla libertà e all'identità personale, segnalano la rilevanza di tali determinazioni. Occorre allora verificare se l'amministratore di sostegno possa essere nominato quando la persona non è ancora impossibilitata a curare i propri interessi, essendo la malattia soltanto nella fase iniziale.

Questa ipotesi è ben diversa da quella ampiamente discussa dalla dottrina riguardante la possibilità di nominare un amministratore di sostegno a chi sia menomato solo fisicamente, ma integro mentalmente<sup>147</sup>. Essa infatti si caratterizza per un aspetto: la futura e certa perdita della lucidità o della coscienza. La persona, quindi, non «si trova» ma si troverà sicuramente nell'impossibilità di curare i propri interessi.

<sup>146</sup> La legge tedesca del 2009, al § 1901 a BGB, ha previsto la forma scritta (non l'atto pubblico) per le determinazioni di un maggiorenne capace di volere con cui si autorizzano o si vietano, per il futuro, determinati trattamenti o interventi medici.

<sup>147</sup> DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 38-40, conclude che l'infermità o la menomazione fisica, per quanto gravi possano essere, non sono autonomi presupposti della nomina dell'amministratore di sostegno, ma debbano accompagnarsi «all'annullamento, al mancato sviluppo o ad un'apprezzabile compromissione delle facoltà intellettive dell'individuo». Ciò in quanto chi è capace di intendere e di volere non è impossibilitato a curare i propri interessi patrimoniali, perché potrebbe avvalersi di una procura ovvero concludere un contratto di mandato. D'accordo BONILINI, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., 90-95. Altra parte della dottrina (CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di Ferrando, cit., 63-67; FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 2, 842) e taluni giudici di merito ritengono legittima la nomina dell'amministratore di sostegno a chi sia capace di intendere e di volere ma menomato fisicamente. Si argomenta soprattutto dall'art. 409 co. 1 c.c.: la rappresentanza qualificata esclusiva lascia intendere la possibilità di attribuire una rappresentanza concorrente.



La giurisprudenza<sup>148</sup>, pur non riferendosi espressamente all'interpretazione estensiva dell'art. 404 c.c., ha ammesso la nomina dell'amministratore di sostegno qualora il soggetto, affetto da una malattia irreversibile e progressiva, abbia lucidamente espresso volontà contraria a certi trattamenti. In un caso specifico all'amministratore è stato attribuito il potere di negare, in nome e per conto del beneficiario, il consenso alla ventilazione forzata con tracheostomia, qualora l'evolversi della malattia avesse richiesto tale trattamento<sup>149</sup>.

Non si è ragionato - si può osservare - in termini di stretta attualità come invece sembra esigere l'art. 404 c.c. Al momento della nomina dell'amministratore potrebbe anche mancare il presupposto dell'impossibilità di curare i propri interessi, sebbene esso si verificherà. Ma la giurisprudenza ha valorizzato soprattutto il diritto fatto valere, allargando le maglie dell'art. 404 c.c., pur nel rispetto della finalità protettiva dell'amministrazione di sostegno. Essa ha fatto leva sugli argomenti addotti dalla Cassazione sul caso Englaro.

In sintesi: 1) dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. si è dedotto che il consenso informato del paziente costituisce il fondamento che legittima l'attività del medico. Il paziente può anche rifiutare o decidere di interrompere la terapia e tale volontà deve essere rispettata, altrimenti si avrebbe uno Stato etico senz'altro ripudiato dai costituenti<sup>150</sup>; 2) il rifiuto o

l'interruzione delle cure non dà luogo all'eutanasia, non determinandosi alcuna accelerazione del percorso biologico naturale della malattia. Del resto - ha osservato sempre la giurisprudenza di merito - se la Cassazione ha riconosciuto rilevanza giuridica alla volontà sulla fine della vita ricostruita sulla base di elementi probatori, *a fortiori* deve essere rilevante la dichiarazione anticipata di trattamento che invece è stata formalizzata ai sensi dell'art. 408 co. 1<sup>151</sup>.

Si può dunque ritenere che l'art. 404 c.c. comprenda anche l'ipotesi della malattia degenerativa progressivamente invalidante. Si deve valorizzare il fatto che l'invalidità, pur non necessariamente presente al momento del ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno, si manifesterà certamente, rendendo attuale l'impossibilità di curare i propri interessi. *Nulla quaestio* naturalmente se la malattia abbia già cagionato al momento del ricorso una menomazione fisica e/o psichica che renda impossibile la cura dei propri interessi.

Il problema interpretativo appena esposto ritorna con più forza in un altro caso, molto discusso e abbastanza diffuso nella giurisprudenza pratica. Esso può così sintetizzarsi: la persona, perfettamente sana, richiede la nomina dell'amministratore di sostegno al fine di far conoscere al medico le proprie determinazioni sui trattamenti medici che si accettano o si rifiutano, qualora dovesse verificarsi la perdita di coscienza. In questo caso, diversamente dal precedente, manca l'ineluttabile: la persona prefigura una o più situazioni eventuali, anticipando fin da subito quali saranno le proprie decisioni riguardo ad esse. Diventa allora più problematico giustificare l'applicazione dell'amministrazione di sostegno.

Vengono in rilievo le direttive anticipate di trattamento, un tema, questo, ancora oggetto di vivace discussione. Nel nostro Paese la mancanza di una specifica normativa ha favorito un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 404 c.c. - non unanimemente condivisa né in dottrina né in giurisprudenza - sul presupposto della rilevanza giuridica di tali direttive. Sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha costituito il fondamento di

tà che gli permettono di accompagnarsi liberamente verso la fine. Un morente ben accudito, ma privo di diritti, è *più oggetto che persona*; lenisce angosce sociali, ma può segnare l'abbandono nel patimento individuale; *corrisponde a un modello, non a una soggettività*» [corsivo mio].

<sup>151</sup> Trib. Modena, 13.5.2008, cit., ha sottolineato come alle luce del quadro normativo descritto e dell'art. 408 co. 1 c.c. «appare di difficile confutazione la conclusione dell'assoluta superfluità di un intervento del legislatore volto a introdurre e disciplinare il testamento biologico». In verità una legge che chiarisca taluni aspetti che rafforzino la rilevanza - senz'altro già esistente della dichiarazione anticipata di trattamento - dovrebbe essere vista con favore.

<sup>148</sup> Trib. Modena, 23.12.2008, in *Dir. fam. e delle pers.*, 2009, 699; Trib. Modena, 13.5.2008, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 889, con nota di CACACE, *Consenso informato: novità sul fronte giurisprudenziale. Rappresentazione in tre atti*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, 11, 910, con nota di A. LANDINI, *Amministrazione di sostegno e autodeterminazione terapeutica*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 11, 1299, con nota di PICCINI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita.*; in *Fam. e dir.*, 2008, 10, 923, con nota di FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate*; in *Foro it.*, 2008, 2692, con nota di BANACCORSI, *Amministrazione di sostegno e disposizioni di fine vita.*

Il caso deciso da Trib. Modena 13.5.2008, riguardava una persona affetta da sclerosi laterale amiotrofica, con un quadro clinico che avrebbe richiesto, all'insorgere di una diagnosticata crisi respiratoria, una ventilazione forzata con tracheotomia. Trattamento, questo, lucidamente rifiutato dalla paziente per iscritto (in un documento sottoscritto) e oralmente in un incontro con lo psichiatra (che l'ha riportata nella sua relazione) e con giudice tutelare (art. 407 co. 2 c.c.).

<sup>149</sup> Naturalmente la volontà espressa dall'amministratore di sostegno deve essere osservata dal medico se, nel frattempo, non è intervenuta una diversa determinazione, espressa in qualsiasi forma, da parte del beneficiario.

<sup>150</sup> RODOTA', *La vita e le regole*, cit., 261, afferma giustamente che non basta assicurare al morente «l'accoglienza in ambienti adeguati (...) e la vicinanza degli affetti»; occorre soprattutto assicurarli «il possesso di sé. Un possesso preventivo, garantito dal rispetto pieno di quel che in precedenza ha deciso. Un possesso attuale, che gli mette a disposizione tutte le opportuni-



questa rilevanza ci siamo già soffermati. Preme piuttosto rilevare che l'applicazione dell'amministrazione di sostegno ha consentito di passare dalla rilevanza all'effettività delle direttive anticipate di trattamento.

#### 14. Dichiarazioni anticipate di trattamento nell'atto di designazione e nomina dell'amministratore di sostegno.

Con le direttive anticipate di trattamento l'individuo decide sulla propria salute prima che sopravvenga una malattia o un evento traumatico che gli impedisca di esprimersi. Esse consistono soprattutto nel rifiuto di interventi sanitari quali la ventilazione, l'idratazione e l'alimentazione artificiali o, più in generale, di quelle tecniche che tengono vivi impedendo la vita di relazione<sup>152</sup>. L'individuo, generalmente in perfetta salute, esprime la volontà di non essere mantenuto in vita in caso di irreversibile perdita di coscienza o di definitiva immobilità<sup>153</sup>.

Le direttive anticipate di trattamento differiscono dall'eutanasia e dal suicidio assistito<sup>154</sup>. Con esse non si chiede al medico un comportamento attivo che cagioni la morte né di collaborare nel porre fine alla propria esistenza, ma si pretende il rispetto della libertà di non sopravvivere<sup>155</sup>. Il rifiuto della so-

pravvivenza non costituisce esercizio del diritto di morire, ma esprime la propria concezione della dignità della vita umana nella sua fase finale. Si tratta di una volontà che per evidenti ragioni deve apparire certa e frutto di un'adeguata ponderazione. Ecco perché per esprimerla validamente le normative di altri paesi hanno previsto la forma solenne.

In Italia la mancanza di una legge e la necessità di rispondere adeguatamente a chi chiede la sicurezza di poter governare l'ultimo periodo della propria vita hanno reso indispensabile una supplenza da parte della giurisprudenza. La quale ha ammesso in primo luogo che l'atto formale di designazione - l'art. 408 co. 1 c.c. richiede l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata - possa contenere anche decisioni sulla fine della vita (c.d. contenuto facoltativo).

Ma questo semplice atto non è sufficiente per garantire la sicurezza cui si è appena fatto cenno. Compiuta la designazione, il designante, soggetto sano e capace di intendere e di volere, deve rivolgersi al tribunale competente chiedendo la nomina quale amministratore di sostegno della persona già designata. Il giudice tutelare, sentito personalmente il ricorrente, dà seguito a tale nomina - potendo discostarsene solo per gravi motivi<sup>156</sup> - attribuendo all'amministratore designato il potere di negare il consenso a quei trattamenti medici indicati nella stessa designazione.

Si potrebbe obiettare che se le direttive anticipate di trattamento fossero giuridicamente rilevanti, sarebbe sufficiente l'atto di designazione che le contiene. Ebbene la nomina dell'amministratore di sostegno è sì qualcosa in più, ma non è superflua. Essa precostituisce un soggetto legittimato a interloquire con il medico, impedendo prontamente che al beneficiario vengano praticati trattamenti dallo stesso non voluti.

Diversamente, negando la nomina, il medico, all'oscuro delle volontà del paziente, gli praticerà quei trattamenti dallo stesso rifiutati in attesa che l'amministratore di sostegno sia nominato e assuma le proprie funzioni<sup>157</sup>. Ciononostante una parte della

<sup>152</sup> Nella Premessa del parere del Comitato Nazionale per la bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18.12.2003, in [www.Governo.it/bioetica](http://www.Governo.it/bioetica), si afferma che con tale locuzione si intende un «documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»

<sup>153</sup> Molti autori tra cui P. Zatti e G. Cricenti hanno giustamente distinto tra vita in senso meramente «biologico» (corpo che vive immobilizzato con o senza coscienza di sé) o e vita senso «biografico». Le versioni laiche del principio della sacralità della vita fanno scaturire da quest'ultimo il dovere di protezione delle vite in senso biografico e non in senso puramente biologico.

<sup>154</sup> FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia*, in *Contr. e impr.*, 2007, 266.

<sup>155</sup> La liceità della condotta del medico che interrompe l'alimentazione o la respirazione artificiale, dando seguito alle volontà del paziente, non si spiega tanto sotto il profilo del nesso causale. In base a quest'ultimo ragionamento si osserva che nell'eutanasia passiva la morte sopraggiunge a causa della condotta umana commissiva (ad esempio: iniezione letale). Nell'eutanasia cosiddetta passiva (*id est*: interruzione dei trattamenti) la morte sarebbe cagionata non dalla condotta attiva dell'uomo ma dalla stessa malattia. Si tratta di una distinzione basta sull'intenzione degli agenti non del tutto solida. Più convincente appare un'altra ricostruzione. La contrarietà del paziente preclude qualunque trattamento medico; dunque se quest'ultimo è già in essere deve essere interrotto, altrimenti si

preclude l'esercizio di una libertà personale inviolabile (artt. 32 e 23 Cost.).

<sup>156</sup> Cass., 26.9.2011, n. 19596, in *Fam. e dir.*, 2011, 12, 1085 ss., con nota adesiva di TOMMASEO, *Un principio di diritto nell'interesse della legge sui criteri di scelta dell'amministrazione di sostegno*, ha affermato che, in mancanza di designazione, l'ordine legale - contenuto nell'art. 408 co. 1 c.c. - dei soggetti tra cui il giudice sceglie l'amministratore di sostegno non determina un ordine rigoroso da rispettare necessariamente. Ciò emerge non solo dal tenore letterale della norma - «ove possibile» - ma soprattutto dal fatto che il criterio fondamentale che orienta la scelta giudiziale è quello attento a realizzare la cura e gli interessi del beneficiario.

<sup>157</sup> L'amministratore di sostegno nominato dal giudice tutelare, prima di assumere l'ufficio, deve prestare davanti allo stesso il



giurisprudenza<sup>158</sup> ha negato l'applicabilità dell'amministrazione di sostegno quando l'interessato sia persona sana e capace. Le motivazioni meritano senz'altro attenzione, segnalando, sostanzialmente, una forzatura nell'interpretazione opposta.

La prima muove dal tenore letterale dell'art. 404 c.c. che, come si è già osservato, sembra richiedere, quale presupposto per la nomina, l'attualità dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi. Non varrebbe obiettare che i commi 2 e 3 dell'art. 405 c.c. prevedono casi di scissione tra l'emanazione del provvedimento e la sua efficacia. Essi, infatti, non si basano sulla mancanza dell'attualità, ma sull'operatività di un altro istituto di protezione<sup>159</sup>, costituendo un'eccezione alla regola dell'immediata esecutività del decreto di nomina dell'amministratore.

Un altro argomento considera che dalla legittimazione ad agire anche per chi abbia piena capacità di agire (arg. ex art. 406 co. 1 c.c.)<sup>160</sup> non possa de-

---

giuramento. L'art. 411 co. 1 c.c. richiama infatti l'art. 349 c.c. Non è richiamato, invece, l'art. 362 c.c. che obbliga il tutore a procedere all'inventario dei beni del minore (o dell'interdetto) nei dieci giorni successivi a quello in cui ha avuto legalmente notizia della sua nomina. L'amministratore, quindi, per assumere le proprie funzioni deve prestare il giuramento ma non deve procedere all'inventario, salvo che quest'ultimo sia stato espressamente previsto e motivato dal giudice tutelare nel decreto di nomina, in applicazione dell'art. 411 co. 4 c.c.

<sup>158</sup> Corte App. Firenze, 3.7.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, 436 ss., con nota di MASONI-FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*; Trib. Pistoia, 8.6.2009, in *Foro it.*, 2011, 608 ss.; Trib. Firenze, 8.4.2009, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 1277 ss.; Trib. Roma, sez. I bis, 1.4.2009, in *Fam. dir.*, 2010, 1, 51, con nota di BUSI, *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*; Trib. Pistoia, 1.4.2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 1, 52 ss., con nota di BUSI, *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*; Trib. Roma, 3.4.2009, in *De jure on line*; Trib. Verona, 4.1.2011, in *www.persoanedanno.it*.

<sup>159</sup> L'art. 405 co. 2 c.c. consente la nomina dell'amministratore di sostegno nell'ultimo anno della minore età di un minore non emancipato, prevedendo ovviamente che il decreto di nomina «diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta». La finalità è quella di assicurare continuità di tutela al minore di età, infermo o menomato, il quale al raggiungimento della maggiore età sarà immediatamente destinatario della protezione giuridica fornita dall'istituto dell'amministrazione di sostegno (cfr. anche art. 416 c.c.). Sarebbe, questo, un caso eccezionale di scissione tra nomina e assunzione delle funzioni e come tale non suscettibile di interpretazione analogica. Analogo ragionamento può essere svolto con riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 405 co. 3.

<sup>160</sup> Dalla congiunzione «anche» contenuta nell'art. 406 c.c. si potrebbe desumere che legittimato ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno sia, in primo luogo, una persona diversa dal minore dall'interdetto o dall'inabilitato, dunque una persona capace di intendere e di volere. La dottrina più che altro ha sottolineato la novità di aver attribuito la legittimazione attiva allo stesso beneficiario, ossia anche alla persona in tutto o in parte priva di autonomia. Disposizione, questa, specularmen-

sumersi l'ammissibilità dell'amministrazione di sostegno ora per allora. La disposizione significherebbe soltanto che per accedere alla misura protettiva non occorre trovarsi nelle situazioni descritte dagli artt. 414 e 415 c.c.<sup>161</sup>.

Ma questi e altri argomenti<sup>162</sup> - si può replicare - sono meramente letterali, tutti rigidamente confinati nella normativa dell'amministrazione di sostegno. E per questa ragione non convincono. Vi è la necessità, come più volte rilevato, che l'interprete tenga conto di un quadro normativo più ampio; non più soltanto interno, ma anche comunitario e internazionale, come pure della giurisprudenza di legittimità, prediligendo un'interpretazione sistematica.

Questa tecnica interpretativa, oramai ineludibile nell'attuale sistema delle fonti, è stata attuata da un'altra parte della giurisprudenza<sup>163</sup> che ha, invece, ammesso la nomina dell'amministratore di soste-

---

te prevista anche in materia di interdizione e di inabilitazione (art. 417 c.c.), a dimostrazione che «i procedimenti limitativi della capacità d'agire (...) non sono costruiti contro l'incapace, bensì a suo favore ed è appunto per il proprio interesse che questi domanda la misura di protezione» (così TOMMASEO, *La legittimazione attiva*, in *Dell'amministrazione di sostegno*, *Comm.*, cit., 174-175).

<sup>161</sup> Trib. Verona, 4.1.2011, cit.

<sup>162</sup> La Corte App. Firenze, 3.7.2009, cit., a sostegno della tesi contraria alla nomina dell'amministratore di sostegno, ha addotto anche i seguenti argomenti: 1) l'obbligo imposto al giudice di sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce (art. 407 co. 2 c.c.), essendo volto a verificare lo stato di incapacità, sarebbe del tutto inutile se tale condizione non fosse attuale; 2) anche l'obbligo imposto sempre al giudice di indicare la durata dell'incarico sarebbe insequibile, essendo nel caso in esame «incerti sia l'an che il quantum dell'eventuale operatività futura dello strumento di tutela»; 3) l'obbligo di comunicare all'ufficiale dello stato civile il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno (art. 405 co. 8 c.c.) risulterebbe incongruo in caso di persona pienamente capace; 4) l'atto di designazione (art. 408 co. 1 c.c.) postula un più o meno ampio lasso di tempo tra designazione e nomina, altrimenti la stessa designazione formale apparirebbe inutile, essendo sufficiente indicare nel ricorso introduttivo il nominativo di colui che si vuole come amministratore di sostegno.

<sup>163</sup> Trib. Firenze, 22.12.2010, (g.t. Palazzo) in *Guida al dir.*, 2011, 23, 61 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 6, 483 ss., con nota di INFANTINO, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno*; Trib. Cagliari, 22.10.2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 2, 161, con nota di BUGETTI, *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace e autonoma: oltre i confini dell'istituto?*; Trib. Modena, 14.5.2009, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 4, 1837 ss.; Trib. Prato, 8.4.2009, in *www.persoanedanno.it*; Trib. Modena, 5.11.2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 3, 277 ss., con nota di FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*. Sull'attribuzione all'amministratore di sostegno del potere di negare il consenso alle trasfusioni di sangue cfr.: Trib. Vibo Valenzia, sez. dist. Tropea, 30.11.2005 e Trib. Roma, 21.12.2005, entrambe in *Fam. e dir.*, 2006, 5, 523 ss., con nota di CAMPIONE, *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*; Trib. Modena, 16.9.2008, in *Dir. pers. e fam.*, 2009, 1, 261 ss.; Trib. Bologna, sez. dist. Imola, 4.6.2008, in *Giur. mer.*, 2011, 1, 245 ss.



gno, quale soggetto deputato a trasmettere e a garantire l'osservanza delle direttive anticipate di trattamento formalizzate nell'atto di designazione.

### 15. (segue) L'effettività del diritto di rifiutare trattamenti medici.

| 320

Secondo una parte della giurisprudenza di merito è possibile nominare l'amministratore di sostegno alla persona sana e in salute al fine di garantire l'effettività delle sue dichiarazioni anticipate di trattamento. Non vi sarebbero ostacoli normativi, neppure, a ben guardare, quello rappresentato dall'attualità dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi desunto dall'art. 404 c.c. La delicatezza della questione impone di procedere con ordine.

Nelle motivazioni delle pronunce giudiziali, la rilevanza giuridica del rifiuto delle cure è ben argomentata. In esse si pone in luce come tale rilevanza debba essere riconosciuta non soltanto quando la persona già malata esprime volontà contraria a certi trattamenti, ma anche quando la stessa, pur in perfetta salute, rifiuta i medesimi trattamenti nell'eventualità che sopravvenga una determinata patologia. Del resto perché mai distinguere i due casi? Se il rifiuto delle cure è un diritto come tutta la giurisprudenza ha ammesso, esso deve potersi esercitare anche nei casi di ipotizzata perdita di coscienza o immobilità.

Vi sarà indubbiamente un problema di permanenza dell'attualità della volontà espressa tempo addietro qualora il soggetto si trovi davvero in stato di incoscienza<sup>164</sup>. E' senz'altro vero che fatti sopravvenuti possono incidere sull'efficacia vincolante delle direttive anticipate di trattamento, ma si tratta di una mera eventualità che attiene comunque

<sup>164</sup> BALESTRA, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, cit., 1028, osserva esattamente che il discostarsi dalla scelta del malato qualora manchi l'attualità, «lungi dall'introdurre un qualsiasi profilo di autonomia nell'attività del medico, risponde unicamente all'esigenza di tutelare la stessa volontà del malato, il quale, qualora fosse stato in condizione di farlo, avrebbe espresso un diverso volere e, comunque, modificato le scelte precedenti». Cfr. in tal senso BRANDANI-NAVONE, *Il consenso ai trattamenti sanitari delle persone incapaci*, in *Persona e mercato*, 2011, 3, 217, i quali tra l'altro argomentano la rilevanza delle dichiarazioni anticipate contenute nell'atto di designazione dall'art. 410 co. 1 c.c. in forza del quale «deve riconoscersi [a tale atto], quantomeno, il valore di fonte di cognizione privilegiata da cui poter attingere informazioni circa le convinzioni e le aspirazioni dell'amministrato». Se però le direttive del beneficiario sono state recepite nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, quest'ultimo deve senz'altro osservarle, salvo che motivi sopravvenuti - sottolineati dal medico o dallo stesso amministratore - le rendano non più confacenti agli interessi del beneficiario (sul punto cfr. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. e dir.*, 2008, 4, 407 ss.).

a un piano diverso da quello della rilevanza<sup>165</sup>. La verifica dell'attualità e della specificità delle determinazioni è connaturata alla fattispecie e correttamente induce a negare incondizionata efficacia al c.d. «living will».

Sui riferimenti normativi posti a fondamento di questa impostazione che sostiene la rilevanza delle direttive anticipate di trattamento ci siamo già soffermati. Essi sono stati richiamati dai giudici tutelari e sono: gli artt. 2, 13, e 32 Cost., gli artt. 1 e 33 legge n. 833/1978 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), l'art. 3 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, gli artt. 5, 6 e 9 della Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina. Così come è stata ampiamente citata la giurisprudenza sia della Cassazione sul caso Englaro<sup>166</sup> e su quello dei Testimoni di Geova<sup>167</sup>, sia della Corte Costituzionale<sup>168</sup> che ha legato il tema del consenso alla libertà personale e all'autodeterminazione.

Si devono però richiamare altri importanti passaggi del ragionamento giudiziale. Soprattutto quelli volti a negare che la mancanza di attualità sia elemento preclusivo della nomina dell'amministrazione di sostegno. Se - è stato rilevato - sul piano del diritto sostanziale emerge il diritto di rifiutare le cure, l'amministrazione di sostegno è lo strumento più adatto ad attuarlo. Specialmente se si considerano i tratti peculiari del diritto coinvolto, il pregiudizio che questo subirebbe negando la nomina dell'amministratore di sostegno e il regime giuridico dell'istituto.

Sotto i primi due profili è stato posto in luce come il solo atto di designazione contenente le direttive anticipate di trattamento, senza che ad esso segua la nomina dell'amministratore di sostegno, non sia sufficiente a garantire l'effettività del diritto di rifiutare le cure. Difatti i tempi occorrenti per la nomina sono incompatibili con l'urgenza del trattamento. Solo l'amministratore già nominato potrà agire prontamente, impedendo che al beneficiario sia praticato il trattamento non voluto<sup>169</sup> con conseguente

<sup>165</sup> L'art. 9 della *Convenzione sui Diritti Umani e la biomedicina* postula la consapevolezza che il passare del tempo possa rendere inattuali le dichiarazioni anticipate di trattamento: ma se, nel caso concreto, ciò non è accaduto, non vi sono motivi per disattenderle. L'art. 9 stabilisce che «Al riguardo di un intervento medico concernente un paziente che al momento dell'intervento non è in grado di esprimere il proprio volere, devono essere presi in considerazione i desideri da lui precedentemente espressi».

<sup>166</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.

<sup>167</sup> Cass., 15.9.2008, n. 23676, cit.; Cass., 23.2.2007, n. 4211, cit.;

<sup>168</sup> Corte Cost., 22.10.1990, n. 471; Corte Cost., 23.12.2008, n. 438, cit.

<sup>169</sup> Secondo Trib. Pistoia, 8.6.2009, cit., la nomina dell'amministratore di sostegno che segua alla designazione non garantirebbe l'attuazione del diritto di rifiutare le cure, es-



lesione del diritto di rifiutare qualsiasi intervento sanitario.

Vero è che il godimento reale ed effettivo di un diritto è coesistente alla sua stessa esistenza. Trascorrere questa dimensione significa proclamare diritti, anche fondamentali, soltanto sulla carta<sup>170</sup>. Ne è ben consapevole la Corte di Giustizia<sup>171</sup> che, in un caso riguardante la cittadinanza dell'Unione di due minori, ha affermato che per non vanificare i diritti collegati ad essa occorreva rilasciare al genitore i permessi di soggiorno e di lavoro, superando così le difficoltà tecniche esistenti nella normativa interna

sendo comunque necessario un controllo da parte del giudice tutelare del rifiuto dei trattamenti che l'amministratore intenda manifestare al medico. Il Tribunale basa quest'asserzione sul fatto che la Cassazione, nella sent. n. 21748/2007, cit., abbia ritenuto necessario il controllo di legittimità da parte del giudice dell'autenticità della volontà che il curatore speciale riporta al medico quale volontà del rappresentato (v. punto 8 motivazione Cass.). Ma il Trib. erra nell'accostare due casi diversi. Il controllo del giudice si giustifica perché quando il tutore ricostruisce una volontà mai formalizzata. In tal caso è evidente che vi debba essere un controllo per valutare se il rappresentante legale abbia valutato correttamente i desideri espressi oralmente prima della perdita della coscienza, ovvero abbia inferito correttamente la volontà del rappresentato da una serie di elementi (quali la personalità, lo stile di vita, le inclinazioni, i valori, le convinzioni etiche e religiose). Il caso di cui discutiamo nel testo è del tutto diverso giacché vi è una precisa volontà espressa nell'atto di designazione; di conseguenza non vi è necessità di alcun controllo da parte del giudice, salvo l'insorgenza di contrasti tra l'amministratore di sostegno e i medici nell'interpretare tale volontà con riguardo alla situazione concreta in cui si trovi il beneficiario. E' evidente che il decorso del tempo può rendere la volontà espressa all'epoca, nell'atto di designazione, non più attuale; il che accade se muta il contesto tecnico scientifico cui era riferita quella volontà. La legge tedesca del settembre 2009 riguardante le «disposizioni del paziente» stabilisce che l'amministratore di sostegno verifica se le decisioni scritte all'epoca dal paziente «sono adeguate rispetto all'attuale situazione di vita e di trattamento».

<sup>170</sup> TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, parte prima, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 35 ss.; ID, parte seconda, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 439 ss.; D. MESSINETTI, *La sistematica rimediaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1 15 ss.; MAZZAMUTO, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo-Mazzamuto, Milano, 2007, vol II, 739 ss.

<sup>171</sup> Corte di giustizia, C-34/2009, *Zambrano/Office National de l'emploi*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). La *ratio decidendi* si incentra sull'effettività dei diritti attribuiti dall'art. 20 TFUE. Questa disposizione, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte, deve essere interpretata nel senso che ad essa osta che «a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione». Ed è evidente che tale privazione si verificherebbe poiché il genitore costretto a lasciare lo Stato di cui i figli minori sono cittadini porterà questi ultimi con sé.

al rilascio di tali permessi. Del resto l'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE sancisce il diritto ad un rimedio effettivo.

Spostando ora l'attenzione sul terzo profilo accennato poc'anzi attinente alla disciplina specifica dell'amministrazione di sostegno, non si può che constatare la mancanza di una norma espressa sulle direttive anticipate di trattamento. Ciononostante una parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto l'amministrazione di sostegno strumento idoneo a garantirne l'attuazione. Essa ha in primo luogo negato che l'attualità dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi fosse un presupposto indispensabile per la nomina dell'amministratore di sostegno.

I giudici hanno fatto leva sulla congiunzione «anche» di cui all'art. 406 co. 1 c.c. per desumere che pure un soggetto con piena capacità di agire è legittimato a presentare il ricorso. Ma v'è di più: dalla stessa lettera dell'art. 404 c.c. si desume che l'attualità sia un presupposto per la produzione degli effetti non anche requisito per la istituzione dell'amministrazione di sostegno. La norma infatti collega l'assistenza e non la nomina all'impossibilità di curare i propri interessi. Sicché pur mancando tale impossibilità, si potrà nominare l'amministratore di sostegno il quale, ovviamente, non eserciterà alcun potere<sup>172</sup>.

Il nuovo istituto appare tra l'altro maggiormente idoneo, nel caso in esame, rispetto all'interdizione e all'inabilitazione, ad assicurare adeguata protezione. Se così è, sono inapplicabili gli istituti tradizionali alla luce degli artt. 404 e 414 c.c. come interpretati dalla giurisprudenza di legittimità<sup>173</sup>.

<sup>172</sup> Si aggiunga che la locuzione «cura e interessi della persona» di cui all'art. 408 co. 1 c.c. nonché il termine «bisogni» dell'art. 410 co. 1 c.c., su cui ci siamo già soffermati, fanno sì che l'amministrazione di sostegno sia la misura protettiva «maggiormente orientata [rispetto all'interdizione e all'inabilitazione] al rispetto della dignità umana ed alla cura complessiva della persona e della sua personalità, e non già del solo suo patrimonio». Il Trib. Firenze, 22,12,2010, cit., ha ritenuto che il contenuto dell'art. 408 co. 1 c.c. sull'atto di designazione, alla luce della *ratio* dell'amministrazione di sostegno, consenta di affermare che quest'ultimo «è l'istituto più appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per le ipotesi di incapacità che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico».

<sup>173</sup> Corte Cost., 9.12.2005, n. 440, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 2, 136 ss., con nota di PATTI, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 4-5, 851, con nota di ROMA, *Sunt certi denique fines? La Corte costituzionale definisce parzialmente i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*; Cass., 12.6.2006, n. 13584, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, 281 ss., con nota di ROMA, *La Cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*; in *Fam. e dir.*, 2007, 1, 31 ss., con nota di SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniale e personali?*; Cass., 29.11.2006, n. 25366, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 1, 15, con nota di CHIZZINI, *Amministrazio-*

Non si può negare tuttavia che, nel caso in esame, la nomina dell'amministratore di sostegno prescinde dal requisito dell'infermità e della menomazione richiesto dall'art. 404 c.c. E' anche vero però da un lato che l'amministratore nominato non esercita - come si diceva - alcun potere, proprio perché non vi è menomazione né infermità. Dall'altro l'esercizio del diritto di rifiutare taluni trattamenti postula un amministratore già nominato al momento in cui sopravviene la menomazione o l'infermità. Altrimenti essi verranno attuati in attesa che la volontà del paziente sia comunicata al medico da un soggetto munito dei poteri specifici. Da qui la necessità della previa nomina che, in definitiva, non sembra preclusa dall'attuale normativa.

Ciò nonostante si deve ammettere che il quadro normativo allora non è del tutto limpido. Occorre un intervento legislativo, anche perché la presenza di orientamenti giurisprudenziali contrapposti e di opinioni dottrinali divergenti<sup>174</sup> non garantiscono adeguatamente l'autodeterminazione, l'identità e la dignità della persona coinvolta<sup>175</sup>.

---

*ne di sostegno e difesa tecnica: una prima (non risolutiva) decisione della Cassazione; Cass., 22, 4, 2009, n. 9628, in Nuova giur. civ. comm., 2009, 10, 966, con nota di BUGETTI, L'attitudine dell'amministrazione di sostegno a realizzare l'adeguata protezione degli interessi patrimoniali del beneficiario; Cass., 24.7.2009, n. 17421, in Fam. e dir., 2009, 12, 1085, con nota di R. RUSSO, Interdizione misura residuale ma a volte necessaria; Cass., 1.3.2010, n. 4866, in Foro it. on line.*

<sup>174</sup> Contrari all'utilizzo dell'amministrazione di sostegno quando la richiesta di nomina provenga da una persona sana: BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in Riv. dir. civ., 2011, 2, 169, non solo perché manca la condizione di attualità dell'infermità, ma per il «travisamento della finalità dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno, chiaramente enunciata dall'art. 1 della legge 9 gennaio 2004, n. 6, nella tutela di persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente»; PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in I diritti in medicina (trattato di bio-diritto), cit., 409; BALESTRA, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, cit., 1026.

Favorevoli: FERRANDO, *Fine della vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in Trattato di biodiritto, tomo II, cit., 892 ss.; SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, cit., 415; ROSSI, *Cura della persona e compimento degli atti di natura personale*, in Amministrazione di sostegno, di Cendon-Rossi, cit., 345 ss.; INFANTINO, *Direttive anticipate a amministrazione di sostegno*, in Nuova giur. civ. comm., 2011, 490.

<sup>175</sup> FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, cit., 1896-1897, si sofferma sulle conseguenze positive di una legge. Cfr. anche ZATTI, *Le "disposizioni del paziente": ci vorrebbe un legislatore*, in Nuova giur. civ. comm., 2009, II, 313 ss.; BELLELLI, *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in Nuova giur. civ. comm., 2011, 85 ss.

## 16. Determinazioni sulla fine della vita ricostruite dall'amministratore di sostegno: legittimazione e limiti

Se di una persona in stato vegetativo permanente (SVP) non si conoscono le volontà sui trattamenti medici che avrebbe desiderato o rifiutato in tale condizione, il nostro ordinamento non ha una norma che regoli espressamente questo caso. Il medico di conseguenza praticherà l'alimentazione e l'idratazione artificiali, tecnica essenziale per tenere in vita il paziente.

Questa semplice descrizione pone in rilievo due questioni strettamente connesse. La prima: se la situazione debba essere fronteggiata esclusivamente dal medico - libero nella scelta dell'*an* e della durata di qualsiasi intervento - dai parenti più prossimi o dal coniuge del paziente o, infine, da quest'ultimo attraverso un rappresentante<sup>176</sup>. La seconda riguarda le modalità di ricostruzione del consenso - ove ciò sia possibile - qualora si ammetta che è solo il diretto interessato a poter decidere sui trattamenti sanitari che lo coinvolgono.

Prima di svolgere il discorso è utile precisare che non può sempre invocarsi l'accanimento terapeutico, perché l'idratazione e l'alimentazione artificiali non integrano di per sé tale circostanza. L'accanimento costituisce una mera eventualità che, nel nostro caso, si avrebbe qualora il corpo non assimilasse più il composto nutritivo preparato dal medico, divenendo intollerante allo stesso. La nutrizione artificiale, inoltre, non è un supporto vitale ordinario che, in quanto tale, il medico non può negare ma, essendo un trattamento sanitario, è assoggettato alla regola del consenso. In questo senso si è espressa la Suprema Corte nel caso Englaro<sup>177</sup>.

Questa oramai notissima pronuncia ha affrontato due nodi cruciali: la configurabilità della rappresentanza anche per diritti personalissimi come la salute e la possibilità di ricostruire le volontà di un soggetto che non abbia lasciato direttive anticipate di trattamento.

Sul primo la Cassazione ha riconosciuto il tutore (artt. 424 e 357 c.c.) e l'amministratore di sostegno (artt. 408 co. 1 e 405 co. 4 c.c.) come i soggetti preposti a interloquire con il medico quanto ai trattamenti da praticare al paziente, rispettivamente in-

---

<sup>176</sup> Negare la possibilità della rappresentanza nell'esercizio del consenso o del dissenso al trattamento medico comporta la negazione di un diritto fondamentale e del principio di uguaglianza.

<sup>177</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit., § 4, a sostegno della configurazione dell'idratazione e alimentazione artificiali come trattamento medico richiama l'opinione della comunità scientifica internazionale nonché la giurisprudenza sul prelievo ematico.

terdetto o beneficiario<sup>178</sup>. La soluzione è condivisibile, poiché opinando diversamente si violerebbe il principio di uguaglianza e si avrebbe una discriminazione sulla base di una condizione personale.

Ma è il secondo nodo a essere più problematico; esso riguarda più esattamente l'individuazione di limiti che conformino la dichiarazione resa dal terzo al medico di continuare il nutrimento artificiale o di interromperlo. Qui si profilano due diversi approcci. Uno, denominato *best interest*, prescinde necessariamente dalla volontà del paziente, non essendovi di questa alcuna traccia nella vita dello stesso. L'altro, incentrato sul cosiddetto *substituted judgment test*, è proteso a far emergere la presunta volontà del paziente, traendola da una molteplicità di fatti - suscettibili di essere provati - che ne connotano l'esistenza.

Il primo è quello inglese applicato dalla House of Lords nel caso Bland<sup>179</sup>. Costui era un adolescente che, prima di trovarsi in stato vegetativo persistente, non aveva espresso alcuna direttiva anticipata di trattamento («*any indication of his wishes*»). Si è invocato il *best interest* dell'interessato, avuto riguardo sia all'impossibilità di recuperare la coscienza che connota il *persistent vegetative state* (P.V.S.), sia alla conseguente futilità del «*life support system*»<sup>180</sup>.

Il miglior interesse è stato ravvisato nell'interruzione del trattamento, posto che la con-

dizione del paziente era «*in reality no more than a living death*»<sup>181</sup>. Non si è trattato però di una valutazione soggettiva, bensì oggettiva, incentrata su circostanze attentamente soppesate dal medico.

La Suprema Corte italiana ha preso le distanze da quest'impostazione, ricostruendo la regola di giudizio attraverso una rigorosa interpretazione sistematica che ha attinto da principi costituzionali e sovranazionali, da norme di legge e dalla giurisprudenza anche straniera. Il rappresentante legale, nel trasmettere la volontà del rappresentato, è assoggettato a limiti ben precisi. I quali devono essere desunti dallo stretto legame tra salute, consenso informato, libertà, identità e dignità della persona.

Questa è la strada maestra percorsa dalla Cassazione, secondo la quale «la libertà di rifiutare le cure presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi *squisitamente soggettive*»<sup>182</sup>; nel senso di riferibili al paziente.

Se le decisioni sulla salute, soprattutto quelle sulla fine della vita, esprimono un atto di libertà e un tratto dell'identità della persona, allora il rappresentante legale (tutore o amministratore di sostegno) deve decidere non «al posto dell'incapace né per l'incapace, ma con l'incapace»<sup>183</sup> (ecco il primo limite). Egli non può comunicare al medico una decisione che rispecchi la sua personale concezione della vita in stato d'incoscienza. Questa volontà è prima che inefficace giuridicamente irrilevante.

Piuttosto l'amministratore di sostegno (o il tutore) dovrà ricostruire - se ne è in grado - la presunta volontà del paziente-beneficiario (o interdetto), tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita di coscienza, ovvero inferendo quella volon-

<sup>178</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.; v. anche Cass., Sez. un., 13.11.2008, n. 27145, in *Fam. e dir.*, 2008, 12, 1085 ss., con nota di TOMMASEO, *Procedimenti camerali e impugnazioni del Pubblico ministero: davvero inammissibile il ricorso in Cassazione proposto nel caso Englaro? Contra* Cass., 21.7.2000, n. 9582, in *Fam. e dir.*, 2000, 6, 622, ha escluso la rappresentanza per gli atti c.d. personalissimi, salvo nelle ipotesi tassative previste dalla legge.

<sup>179</sup> House of Lords (dal 2009 Supreme Court), 4.2.1993 (Airedale NHS trust v. Bland), in *www.parliament.uk*. Anthony David Bland era un ragazzo di 17 anni che, a seguito dei fatti catastrofici avvenuti sugli spalti dello stadio Hillsborough a Sheffield, fu ridotto in stato vegetativo persistente.

<sup>180</sup> La House of Lords, 4.2.1993 (Airedale NHS trust v. Bland), cit., nell'opinione di Lord Goff of Chieveley dopo aver chiarito che non si discute di possibilità di uccidere il paziente né di accelerarne la morte, si è soffermata con attenzione sull'individuazione del punto essenziale della vicenda, riassunto nella seguente domanda ossia se «*is in his [del paziente] best interest that treatment which has the effect of artificially prolonging his life should be continued*». Il giudice reca alcuni esempi di malattie gravissime in cui la scelta di praticare o no un trattamento dipende da una molteplicità di valutazioni che soppesano questa o quella conseguenza. Ma nel caso Bland, continua il giudice, «*there is in reality no weighing operation to be performed. Here the condition of the patient, who is totally unconscious and in whose condition there is no prospect of any improvement, is such that life-prolonging treatment is properly regarded as being, in medical terms, useless*». Anche Lord Mustill lega il venir meno della giustificazione del trattamento invasivo allo svanire dell'interesse di Bland a essere mantenuto vivo.

<sup>181</sup> House of Lords, 4.2.1993 (Airedale NHS trust v. Bland), cit., così Lord Goff of Chieveley.

<sup>182</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit. In dottrina tuttavia non si è mancato di sottolineare la vaghezza e la suscettibilità di plurime letture dei criteri indicati dalla Suprema Corte: personalità, stile di vita, inclinazioni, convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche. La forma scritta sarebbe l'unico modo per garantire l'esistenza di una volontà certa e ponderata (cfr. D'AVACK, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo II, cit., 1927). Critici nei confronti della sent. n. 21748/2007 della Cass.: CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 4, 1060 ss.; ID., *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1, 105 ss.; NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1, 33 ss.; NIVARRA, *Autonomia biogiuridica e tutela della persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, 740 ss.

<sup>183</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit. ha tratto dal legame tra salute e identità personale la seguente conseguenza giuridica. Il carattere personalissimo della salute impedisce di trasferire al tutore (o all'amministratore di sostegno) un potere incondizionato di disporre della stessa.



tà «dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalla sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalla sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»<sup>184</sup>.

In questa ricostruzione rilevano sia le dichiarazioni rese oralmente prima di cadere in stato di incoscienza, sia i convincimenti più profondi - naturalmente conosciuti da terzi - sul significato della vita in tale condizione. Da questi elementi di prova devono potersi presumere, in modo chiaro, univoco e convincente, le determinazioni circa i trattamenti in condizione d'incoscienza<sup>185</sup>. E la presunta contrarietà a questi ultimi impedisce al medico di praticarli o lo obbliga a interromperli<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit., ha indicato due norme specifiche a sostegno dell'opinione secondo cui il rappresentante deve trasmettere la presunta volontà del rappresentato. L'art. 6 della *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina* impone di correlare la scelta terapeutica espressa dal rappresentante al beneficio diretto del rappresentato. L'art. 5 co. 1 let. a) d. lgs., n. 211/2003 (sperimentazioni cliniche) stabilisce che il consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica deve corrispondere alla presunta volontà del rappresentato.

<sup>185</sup> La ricostruzione della volontà dell'incapace è stata effettuata dalla giurisprudenza anche con riguardo alla domanda di separazione personale presentata in nome e per conto del beneficiario dall'amministrazione di sostegno. Il quale può essere autorizzato dal giudice tutelare a compiere tale atto solo se dimostra che il beneficiario, prima che insorgesse la malattia, era già determinato a chiedere la separazione. Il che è senz'altro esatto poiché, essendo la separazione un diritto personalissimo, il suo esercizio non può essere rimesso alla decisione autonoma del rappresentante legale. In questo senso si è espresso il Trib. Cagliari, 15.6.2010, cit., il quale ha affermato che l'attribuzione all'amministratore di sostegno del potere di presentare domanda di separazione è subordinata alla «ricostruzione del vissuto dell'incapace (ossia delle opinioni espresse e delle scelte compiute durante il periodo anteriore alla condizione psico-fisica incapacitante) che, fornendo un quadro degli «orientamenti esistenziali» manifestati dal soggetto in condizione di piena capacità, consenta per tale via un accertamento della (presumibile permanente) volontà dello stesso sulla scorta di argomentazioni logico-presuntive (dalla prova storica di fatti noti si risale, cioè, al presunto contenuto della volontà che il soggetto avrebbe espresso se non fosse sopravvenuta la incapacità)».

<sup>186</sup> Corte d'App. Milano, 9.7.2008, in *Foro it.*, 2009, 4, 1, 983, con nota di CAPONI-PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*. Cfr. anche AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto delle cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 331 ss. Questa pronuncia com'è noto ha concluso, su rinvio della Cassazione, il caso Englaro. La Corte doveva verificare se le dichiarazioni rese oralmente da E. Englaro prima che sopravvenisse lo svp, unitamente a quegli elementi indicati dalla Suprema Corte formativi della personalità e del modo di concepire la dignità della persona, facessero emergere una volontà contraria ai trattamenti che mantengono in vita in stato di incoscienza. La Corte, accertato il giudicato interno sull'irreversibilità dello Stato vegetativo permanente, ha verificato (nel c.d. giudizio rescissorio) la corrispondenza tra la scelta del tutore (padre di Eluana) di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiali e la presunta volontà della figlia interdetta. I giudici hanno rilevato come fosse già stato appurato per testi nella precedente fase processuale che la paziente aveva dichiarato di preferire la

Ed è - si diceva - l'amministratore di sostegno (o il tutore) il soggetto deputato a comunicare la voce del beneficiario<sup>187</sup> in stato d'incoscienza; a indicare quelle volontà che lo stesso beneficiario avrebbe espresso se ne fosse stato capace<sup>188</sup>. Queste determinazioni (ricostruite), tuttavia, non possono essere eseguite se prima non sono state sottoposte al vaglio del giudice tutelare, il quale, attraverso l'istruttoria, ne verifica l'attendibilità<sup>189</sup>.

Il giudice deve accertare anche un altro elemento: l'irreversibilità dello stato vegetativo secondo «un rigoroso apprezzamento clinico» (ecco il se-

morte piuttosto che vivere artificialmente in coma. Il che non basta, occorrendo altresì chiarire i tratti fondamentali della personalità dell'incapace. A tal proposito la Corte d'App. ha sentito il padre, tutore della ragazza in svp, dal cui racconto è emerso un ritratto della figlia assolutamente incompatibile con una condizione di vita in stato vegetativo. Ma un ruolo decisivo ha svolto la posizione convergente del curatore speciale, nominato per eliminare ogni possibile rischio di conflitto di interessi. Questi e altri elementi hanno indotto al Corte d'App. a escludere che la scelta del tutore «[potesse] essere inquinata o appannata da interessi o fini secondi, piuttosto che essere stata dettata semplicemente da affetto e rispetto». Dunque le deposizioni testimoniali unitamente alle informazioni fornite dal tutore e dal curatore speciale avrebbero dimostrato in modo chiaro, univoco e concordante che la E. Englaro aveva espresso una personalità assolutamente incompatibile con il vivere in stato di incoscienza. Si legge nella sentenza che «le condizioni di sopravvivenza meramente biologica non po[tevano] considerarsi “degne di lei”, per come lei stessa concepiva la dignità e una vita dignitosa». Così la Corte ha autorizzato a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale.

<sup>187</sup> ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, cit., 406, osserva acutamente che nell'ottica ricostruttiva della concezione della propria dignità e identità, la volontà del rappresentante legale non appare sostitutiva nei termini propri del potere di rappresentanza. Essa appare piuttosto «il veicolo che unico consente alla “concezione di sé” del paziente di farsi dinamica e dispositiva quando la persona è imprigionata nel suo definitivo silenzio». Si ha quindi una figura che si avvicina più a quella del *nuncius*, il quale si limita a veicolare l'altrui manifestazione di volontà.

<sup>188</sup> Se non è possibile ricostruire la volontà presunta del paziente, si prospetta una situazione davvero complessa, mancando qualsivoglia ragione legittima per giustificare l'interruzione del trattamento che mantiene in vita. Il che può accadere in due casi: 1) quando la persona attualmente incapace non abbia in precedenza espresso alcuna volontà né concezione etica o filosofica da cui inferire un convincimento sul valore della vita in stato di incoscienza; 2) quando la persona incapace non sia mai stata capace. In questi due casi, seguendo il *decisum* della Cassazione sul caso Englaro, si dovrebbe praticare il trattamento salva vita senza mai interromperlo (salva la valutazione sull'accanimento terapeutico). Abbiamo però rilevato che in Inghilterra, anche in questi casi, la giurisprudenza, pur invocando più volte l'intervento di una legge, ha indicato il *best interest* del paziente quale criterio che può portare anche all'interruzione di un trattamento medico, determinando la morte del paziente (cfr. su questi casi le considerazioni di ANZANI, *Capacità di agire e interessi della personalità*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, agg., 518-520).

<sup>189</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.; Corte d'App. Milano, 9.7.2008, cit.

condo limite). Il che postula la verifica della mancanza di «alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno a una vita fatta anche di percezione del mondo esterno»<sup>190</sup>.

Dimostrata la volontà contraria del paziente e l'irreversibilità della patologia, il giudice autorizza l'amministratore di sostegno (o il tutore) a negare, in nome e per conto del beneficiario (o dell'interdetto), il consenso al trattamento che tiene in vita in stato d'incoscienza. In definitiva il giudice svolge, nell'interesse dell'incapace, un controllo di legittimità della scelta effettuata dal rappresentante legale. Scelta che - si ribadisce - deve corrispondere, in base ad una rigorosa ricostruzione, a quella che avrebbe assunto il rappresentato.

E' bene precisare che i predetti limiti enucleati dalla Cassazione non valgono quando la volontà è espressa, oralmente o per iscritto, direttamente dall'interessato. Ad esempio se vi sono convincimenti profondi come quelli religiosi<sup>191</sup>, la persona può rifiutare un trattamento salva vita anche qualora non via sia irreversibilità della patologia<sup>192</sup>. In que-

sto caso si deve prescindere sia dal rappresentante legale sia dall'autorizzazione giudiziale.

Se invece manca una dichiarazione espressa, inequivoca, attuale e informata, prendono campo i limiti individuati dalla Cassazione. I quali assurgono a presupposti di rilevanza della volontà - ricostruita sulla base di testimonianze e presunzioni - contraria a ricevere certi trattamenti.

L'autodeterminazione insomma governa qualunque intervento medico. Essa può spingersi fino al rifiuto del mantenimento in vita, senza che ciò integri un atto di disposizione di sé, bensì esercizio della libertà individuale<sup>193</sup>. E' evidente che questa prospettiva comporta una rilettura costituzionale dell'art. 5 del codice civile alla luce degli articoli 13 e 32 della Costituzione strettamente collegati tra loro. Se il paziente chiede l'interruzione di un trattamento, atto da cui consegue una lesione della propria integrità fisica o la morte, non viola l'art. 5 c.c.<sup>194</sup>, ma esercita la propria libertà di non curarsi; libertà la cui esistenza garantisce l'inviolabilità della persona.

Chi non desidera sopravvivere in un corpo sofferente, immobilizzato, sconnesso dalla coscienza chiede - anche tramite un fiduciario più che un rappresentante - il «riconoscimento della oggettualità del corpo che vive, nel quale "non c'è più nessuno" e [il] riconoscimento dell'avvenuta separazione tra corpo e Io»<sup>195</sup>. Sostenere, pur in mancanza di una legge specifica, che questa decisione debba essere rispettata è del tutto congruente con l'evoluzione dei concetti di salute, di infermità e d'incapacità, nonché con i principi e le regole di diritto interno, comunitario e internazionale.

Anche chi è in stato di incoscienza o impossibilitato a parlare deve poter dar voce alle proprie determinazioni sulla fine della vita espresse in precedenza o desumibili dalla sua complessiva personalità. Altrimenti - si ribadisce - la propria condizione fisica diviene fattore di disuguaglianza e occasione

del beneficiario trovi espressione e venga realizzata»; il co. 3 chiarisce, invece, che il comma 1, ma anche il comma 2 sulla rilevanza della presunta volontà del beneficiario, «si applichino indipendentemente dal tipo e dallo stadio della malattia del beneficiario». Se vi è disaccordo tra l'amministratore di sostegno e il medico su quale sia la reale volontà del beneficiario occorre l'autorizzazione del tribunale dell'amministrazione di sostegno (cfr. § 1904 BGB). Autorizzazione che, ai sensi del § 1904 co. 3, «deve essere concessa se il consenso, il diniego del consenso o la revoca del consenso [da parte dell'amministratore di sostegno] corrisponde alla volontà del beneficiario».

<sup>193</sup> FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, cit., 1892.

<sup>194</sup> MORACE PINELLI, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, cit., 711-712, sostiene un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.c.

<sup>195</sup> ZATTI, *Principi e forme del "governo" del corpo*, cit., 119.

<sup>190</sup> Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit. Secondo D'AVACK, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo II, cit., 1925, il requisito della certa irreversibilità della malattia del paziente deve essere inteso in senso debole, ossia tenere conto «della natura e delle ragioni della condizione vegetativa del paziente e in considerazione di parametri statistici e scientifici verificare l'utilità o meno dell'attesa di altro tempo per ritenere irreversibile uno stato vegetativo». Altrimenti - continua l'A. - stante l'attuale mancanza di protocolli che possano diagnosticare con certezza l'irreversibilità della SVP, si rischia di annullare la volontà del paziente.

<sup>191</sup> Cass., 15.9.2008, n. 23676, cit., ha ritenuto insufficiente il mero sintagma «niente sangue» al fine impedire al medico di praticare la trasfusione qualora il paziente sia in pericolo di vita. Il medico, infatti, dovrebbe presumere (dato che il tesserino dei Testimoni di Geova non lo specifica) che l'affermazione «niente sangue» debba valere anche in casi estremi, ma ciò è incompatibile con la protezione del valore della vita. La Suprema Corte non ha però escluso che il soggetto in stato di incoscienza possa pretendere il rispetto della sua volontà. Occorre che il dissenso al trattamento trasfusionale sia stato espresso dallo stesso paziente «che rechi con sé un'articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerge la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita». Oppure è necessario che un diverso soggetto indicato dallo stesso paziente quale rappresentante *ad acta*, «dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari». Seguendo questo assunto, il Testimone di Geova potrebbe chiedere la nomina anticipata dell'amministratore di sostegno (sul punto v. § 11) per far rispettare la sua volontà contraria alle trasfusioni.

<sup>192</sup> Il § 1901 BGB tutela fortemente le determinazioni del maggiorenne capace riguardanti esami, trattamenti o interventi medici espresse in forma scritta. Il co. 1 stabilisce infatti che «l'amministratore di sostegno deve fare in modo che la volontà

per violare l'identità, la libertà e la dignità<sup>196</sup> della persona.

Forse è difficile credere che questa sia una verità «necessaria e inderogabile» del diritto<sup>197</sup>. Ma è ancora più arduo ritenere giusta e compatibile con l'attuale evoluzione dell'ordinamento una regola che precluda la libertà di rifiutare o di far cessare cure mediche anche fino alle estreme conseguenze.

Certamente le problematiche e i conflitti sollevati dalla salute e dalle scelte di fine vita richiedono il contributo di saperi diversi, ma è altrettanto vero che al diritto spetta, forse, il compito più difficile: dettare regole sicure, adeguate all'evoluzione e alle conquiste del nostro tempo.

| 326



<sup>196</sup> L'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* stabilisce che la dignità non deve essere solo «rispettata» ma anche «tutelata». Proprio il principio di dignità consente di replicare a coloro che sottolineano l'incompatibilità tra un individualismo fondamentale e il principio di solidarietà. Afferma ZATTI, *Principi e forme del "governo" del corpo*, cit., 125, che «la sovranità di ciascuno su ciò che è costitutivo dell'identità e da essa non distinguibile – su ciò che è “mio” nel senso che è il luogo in cui sono me – ha fonte nella dignità dell'uomo, che è anche in radice sovranità dell'uomo riguardo a sé. La dignità come condizione in cui non si può essere fatti strumento di scopi e interessi altrui è fondativa di un principio di sovranità nello spazio dell'identità».

<sup>197</sup> IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 11; BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di Scalisi, Milano, 2004, 1287, attraverso la critica al positivismo giuridico, condotta anche attraverso il richiamo dell'Antigone e soprattutto del pensiero del Prof. Giuliano Vassalli, riapre efficacemente il problema «del diritto nei termini fondazionali, secondo i criteri di verità e giustizia». Criteri, questi, che postulano l'unione dello Stato con la società, quindi con la storia, come ha più volte sottolineato GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2011, 1, 12. La separazione tra Stato e società dà luogo a «un risultato perverso», perché «porta a un distacco dalle esigenze in basso circolanti e a una sordità dell'apparato potestativo» (p. 17).

# L'INCIDENZA DELLA CARTA DI NIZZA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE CIVILE: RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE.

**Di Mario Mauro**

**Dottorando di ricerca in Diritto civile**

**SOMMARIO:** 1. *La rilevanza normativa della Carta di Nizza ed il problema del suo ingresso nel sistema normativo italiano.* – 2. *Le relazioni dei Primi presidenti della Corte di Cassazione.* - 3. *Esame di alcune fattispecie concrete.* – 4. *Il danno non patrimoniale ed il problema dell'interesse giuridico protetto.* – 4.1. *Il consenso informato.* - 4.2. *Il danno da demansionamento.* – 5. *Tutela di stranieri, minori, anziani e disabili.* – 5.1. *La tutela dello straniero e del minore.* – 5.1.1. *Adozione e tutela del superiore interesse del minore.* - 5.2. *La tutela del disabile.* – 5.2.1. *Carta di Nizza ed integrazione del disabile.* - 5.3. *La protezione dell'anziano.* – 6. *Carta di Nizza e processo civile.* – 7. *Profili conclusivi.*

## 1. La rilevanza normativa della Carta di Nizza ed il problema del suo ingresso nel sistema normativo italiano.

Il contributo prende le mosse dalla novità introdotta dall'articolo 6 del TUE e l'introduzione di una tutela tripartita dei diritti fondamentali dell'Uomo<sup>1</sup>:

- alla Carta dei diritti fondamentali firmata nel 2000 a Nizza è attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati;
- l'UE aderisce alla CEDU;

- i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Relativamente al valore normativo della Carta di Nizza, due aspetti vanno subito messi in evidenza: il rapporto tra competenze dell'UE e l'introduzione della Carta di Nizza; l'interpretazione di quest'ultima.

Sotto il primo profilo, l'adesione non implica un ampliamento delle competenze dell'UE quanto piuttosto un dovere di emanare ed interpretare gli atti dell'UE coerentemente e conformemente a quanto previsto nella Carta stessa.

Da qui ne consegue -passando al secondo profilo- il problema dell'interpretazione. Questo dovrebbe

<sup>1</sup> Secondo, invece, la previgente formulazione dell'art. 6 TUE, "L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri"

be essere risolto tramite il rinvio alle disposizioni generali del titolo VII della Carta stessa nonché alle spiegazioni.

Il richiamo è rivolto all'art. 52 il quale fissa un punto importante per l'indagine che in questa sede interessa: le disposizioni normative ivi contenute possono essere invocate dinanzi ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di atti comunitari.

La norma deve essere integrata anche dalle spiegazioni, espressamente richiamate dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza stessa. Queste mettono in luce che l'art. 52 distingue tra diritti e principi: mentre i primi possono essere direttamente invocati davanti al Giudice nazionale, i secondi non danno adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri.

La distinzione pone un significativo problema esegetico che, per il momento, si può solo indicare senza risolvere. Le spiegazioni, infatti, pur indicando le differenze sotto il profilo operativo, non forniscono criteri sufficienti a distinguere i diritti dai principi sotto un profilo ontologico. Per tale motivo, i tentativi di distinzione tra i due sono giunti ad esiti aporetici<sup>2</sup>.

Tornando all'art. 6, tra le fonti che tutelano i diritti fondamentali vi è la stessa CEDU alla quale l'UE dichiara espressamente di aderire nonché i principi fondamentali che comprendono i diritti CEDU e quelli risultanti dalle Tradizioni comuni degli Stati membri<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Al tema si sono interessati G. PINO in due volumi, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008 e *Diritti ed interpretazione*, Bologna, 2010; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 31, t. II, p. 865 e ss.; V. ONIDA, il problema della giurisdizione, in E. PACIOTTI (cur.), *La Costituzione europea*, Roma, 2003, p. 137; V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010; E. SCODITTI, *Il Giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sopranazionale*, in *foro it.*, 2010, V, 42; G. VETTORI, *Dialogo fra le Corti e tecnica rimediabile*, in *Persona e Mercato*, 2010, 4, p. 280.

<sup>3</sup> L'importanza dell'art. 6 TUE si coglie esaminando il tema della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo nell'ambito del diritto dell'Unione in una prospettiva storica. I trattati istitutivi delle Comunità europee del 1957 non contenevano alcuna norma relativa alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Naturalmente si prevedevano alcune libertà, quali la libertà di circolazione di merci, servizi e capitali; tuttavia, si trattava di libertà funzionali e strumentali alla realizzazione di un mercato comune.

Se, da un lato, tale assenza era da imputare a ragioni di scelte politiche, dall'altra parte tale mancanza si è fatta sentire sotto un profilo più strettamente giuridico. Infatti, mentre gli Stati firmatari del trattato riconoscevano e tutelavano un certo numero di diritti umani nell'ambito nazionale, tali diritti non trovavano tutela qualora un atto comunitario si fosse posto in contrasto con essi.

Il punto merita un chiarimento. Nel testo in vigore fino al 30 novembre 2009 si stabiliva al paragrafo 2 che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) e quali risultano dalle tradizioni comuni agli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario".

In base a tale disposizione, che recepiva un indirizzo adottato dalla Corte di giustizia fin dal 1970, tanto la CEDU quanto le "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri non assumevano rilievo come tali, ma in quanto da essi si traevano "i principi generali di diritto comunitario" che l'Unione era tenuta a rispettare. Sicchè, la fonte della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione eu-

---

Sul punto la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in una serie di sentenze risalenti agli anni '50 e '60, aveva sottolineato che le norme costituzionali dei singoli stati membri non hanno efficacia nell'ordinamento comunitario e che possono trovare tutela nell'ordinamento comunitario solo quei diritti che sono espressamente riconosciuti nei trattati e nelle norme da essi derivate (CGUE, 4 febbraio 1958, C-1/58, *Storck et Co. c. Alta Autorità CECA*; CGUE, 15 luglio 1969, C-36/59, *Uffici vendita Carbone Ruhr*).

Il primo riconoscimento dei diritti umani ad opera della CGUE avviene solo nel 1969 (*Stauder c. Ulm-Sozialmut*, C-29/69) ove si afferma che questi "fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza".

Tuttavia, l'affermazione non soddisfaceva le Corti costituzionali nazionali, in particolar modo quelle italiana e tedesca. La prima, nel caso *Frontini* (C. Cost., 27 dicembre 1973, n. 183) affermava che il trasferimento di competenze alla CEE e le conseguenti limitazioni di sovranità non può comportare per gli organi comunitari il potere di violare i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano ed i diritti inalienabili della persona. Qualora ciò si dovesse verificare -prosegue la Corte- è sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale sulla compatibilità del trattato con i principi fondamentali.

Sulla stessa lunghezza d'onda si collocava anche la Corte Costituzionale tedesca nel caso *Solange* (29 maggio 1974) la quale specificava che, in ipotesi di contrasto tra norme comunitarie derivate e norme costituzionali relative ai diritti umani, verranno applicate queste ultime.

Lentamente, la CGUE arriverà ad affermare nel 1975 (C36/75, *Rutili c. Ministre de l'Interieur*) che essa garantisce l'osservanza dei diritti fondamentali i quali trovano il proprio fondamento nelle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri e della CEDU.

Quest'ultima affermazione sarà poi ripresa, a livello normativo, soltanto con il Trattato di Maastricht (art. F), il quale affermava quanto segue: "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione di Roma del 1950 sui diritti dell'Uomo e le libertà fondamentali, oltre che dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come principi generali di diritto comunitario".

Con il Trattato di Amsterdam, all'art. 6 par. 1, si è aggiunto che l'Unione "si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri".

Il passo più significativo in tema di tutela dei diritti umani è stato realizzato grazie al Trattato di Lisbona, il quale realizza un sistema tripartito di tutela dei diritti fondamentali.



ropea era unica, risiedendo nei “principi generali del diritto comunitario”, mentre la CEDU e le “tradizioni costituzionali comuni” svolgevano solo un ruolo strumentale all’individuazione di quei principi<sup>4</sup>.

L’entrata in vigore del nuovo trattato di Lisbona modifica il sistema appena delineato, trasformandolo -come indicato in apertura del contributo- in tripartito.

Si tratta, quindi, di un apparato di protezione assai più complesso ed articolato del precedente, nel quale ciascuna delle componenti è chiamata ad assolvere ad una propria funzione<sup>5</sup>.

In particolar modo, il riconoscimento alla Carta di Nizza di un valore giuridico uguale a quello dei trattati “mira a migliorare la tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del sistema dell’Unione”<sup>6</sup>.

Le parole sono della Corte costituzionale, la quale ha sentito l’esigenza di mettere in luce il passaggio positivo, tratto essenziale e necessario per una ermeneutica dei diritti fondamentali<sup>7</sup>.

E tale passaggio positivo si distingue per una formulazione per principi anziché per regole. Tuttavia, guardando al dato sostanziale, non si tratta di principi frutto di giusnaturalistiche deduzioni razionali né il derivato di fideistiche credenze trascendentali o di imperativi etici o morali<sup>8</sup>. Piuttosto, in questi c’è il riflesso della intrinseca storicità del diritto, con le conseguenze che comporta: “nel principio c’è implicito il senso di una incompletezza e quindi la proiezione dinamica verso il futuro”<sup>9</sup>.

Quest’ultimo spunto consente di inquadrare il problema affrontato nel presente lavoro: poiché “il primato della legge oggi passa necessariamente at-

traverso l’attività del Giudice”<sup>10</sup> e poiché “la funzione di rendere di volta in volta attuale un principio nella specificità di una situazione particolare non può che spettare al Giudice”<sup>11</sup>, l’intenzione è costruire una rassegna giurisprudenziale per esaminare quali sono state le prime risposte della Cassazione in punto di attuazione e vincolatività della Carta di Nizza.

L’indagine si concentrerà, in primo luogo, sulle indicazioni programmatiche ricavate dalle relazioni dei Primi Presidenti della Cassazione ed, in seconda battuta, sulle applicazioni concrete che di tali indicazioni programmatiche sono state fatte<sup>12</sup>.

## 2. Le relazioni dei Primi presidenti della Corte di Cassazione.

Nel 2008, quando il Trattato di Lisbona non era ancora in vigore ma se ne conosceva già il contenuto, il Primo Presidente della Cassazione prendeva comunque atto dell’ingresso di un nuovo ordine, “la moltiplicazione delle fonti del diritto, sia all’interno che all’esterno dell’ordinamento nazionale, produce una nuova ed inedita regolazione, caratterizzata da asimmetrie, da ampi spazi di scelta, ma anche da rilevanti incertezze”. E, sulla base di questo panorama, delineava la posizione delle Corti le quali “tendono ad assumere un ruolo fondamentale come attori che garantiscono l’unità dell’ordinamento nazionale e che controllano la circolazione di norme, regole ed istituti provenienti dall’esterno”<sup>13</sup>.

L’entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona è indiscutibilmente un evento storico, soprattutto per la formale equiparazione del valore giuridico della Carta di Nizza a quello dei trattati<sup>14</sup>: “la carta di Nizza non è da apprezzare solo come un grande atto di ricognizione storica di un patrimonio di diritti già esistente nell’ordinamento dell’Unione europea”. Il suo significato -proseguendo con la citazione- è più profondo: “la Carta dei diritti fondamentali sposta di nuovo l’asse dal piano dell’interpretazione a quello delle fonti, dopo che per diversi anni la giurisprudenza, nazionale, comunitaria e persino della Corte per la salvaguardia dei

<sup>4</sup> Il sistema è ben descritto in C. Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. int.le*, 2001, 2, p. 578; *Giur. cost.*, 2011, 2, p. 1224

<sup>5</sup> I commenti sul nuovo assetto delle fonti e la tutela dei diritti umani sono vastissimi. Per una visione generale cfr. il terzo numero del 2009 della rivista *Il diritto dell’Unione europea* con i contributi di L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*; A. GIANNELLI, *L’adesione dell’Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*; A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: una straordinaria occasione per lo sviluppo e la tutela dei diritti umani in Europa*; S. AMADEO, *Il protocollo n. 30 sull’applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela “asimmetrica” dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*; P.L. SIMONE, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il protocollo n. 30 sull’applicazione della Carta dei diritti fondamentali a Polonia e Regno Unito*.

<sup>6</sup> C. Cost., 11 marzo 2011, n. 80, cit.

<sup>7</sup> Ex multis cfr. sul punto cfr. V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell’Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 145.

<sup>8</sup> V. SCALISI, *op. ult. cit.*

<sup>9</sup> N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 5, p. 635.

<sup>10</sup> Cfr. G. VETTORI, *Dialogo fra le Corti e tecnica rimediale*, in *Persona e Mercato*, cit.

<sup>11</sup> N. LIPARI, *op. cit.*, p. 641

<sup>12</sup> Per una disamina della giurisprudenza anteriore all’equiparazione della Carta di Nizza ai Trattati cfr. B. CARUSO – M. MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 2, p. 147

<sup>13</sup> V. CARBONE, *Relazione sull’amministrazione della Giustizia*, 2008, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>14</sup> V. CARBONE, *Relazione sull’amministrazione della Giustizia*, 2009, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

diritti dell'Uomo si era adoperata per "anticiparne" in qualche modo l'effettività"<sup>15</sup>.

Nel 2010 la relazione del nuovo Primo Presidente conferma l'interpretazione dell'impianto concettuale e le indicazioni programmatiche.

Sotto il primo profilo, si prende atto della nuova complessa attività del Giudice, "chiamato a confrontarsi con una realtà che, pur constando, nel lungo periodo, di un prevedibile ampliamento di tutele, supera i confini interni in un sistema assai complesso ed articolato"<sup>16</sup>. L'affermazione è inserita in un apposito capo della relazione destinato ai rapporti con gli ordinamenti sovranazionali e la prima sezione è destinata proprio alla Carta di Nizza: in questo nuovo ordine, il Giudice è sollecitato "a scongiurare il contrasto tra norme – e il conseguente contrasto tra ordinamenti- in un'ottica di imprescindibile uniformazione del sistema"<sup>17</sup>.

Infine, nel 2011, a distanza di poco più di due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Primo Presidente della Suprema Corte dedica l'intera prima parte che apre la relazione alla dimensione europea della giustizia italiana<sup>18</sup>.

L'intento programmatico è evidente, "occorre impegnarsi seriamente e in concreto per trasformare le indicazioni e i vincoli che ci provengono dalla Corte di giustizia europea e dalla Corte europea dei diritti umani in opportunità e occasioni di riforma del nostro sistema e, insieme, di rilancio di un'Unione effettivamente fondata su libertà, diritti e giustizia, che rappresentano l'essenza del modello europeo di convivenza in uno Stato costituzionale di diritto".

Per realizzare tale obiettivo -prosegue idealmente la relazione- i Giudici svolgono, insieme alle altre istituzioni, un concorso determinante ed efficace al consolidamento dell'Unione: "nel nuovo assetto delle fonti e nonostante che unità dell'ordinamento, coerenza e completezza di esso costituiscano ancora un processo da realizzarsi, la giurisdizione -come strumento di garanzia dei diritti fondamentali e fattore di uno stabile edificio europeo- acquista una rinnovata centralità, che pone responsabilità più impegnative e cogenti ai giudici nazionali, come primi

<sup>15</sup> V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2009, cit.

<sup>16</sup> E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2010, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>17</sup> E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2010, cit.

<sup>18</sup> E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia*, 2011, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), "vogliamo mettere al centro di questa relazione proprio l'esigenza di adeguamento del sistema giudiziario italiano alle indicazioni di contenuto e alle sollecitazioni organizzative che provengono dalle istituzioni sovranazionali."

attuatori del diritto comunitario e di quello convenzionale."

Dovendo trarre delle indicazioni di massima, si possono isolare tre punti chiave che hanno informato le relazioni:

- il diritto italiano fa parte di un sistema sovranazionale "a rete" e non più piramidale; ciò incide sull'individuazione del rimedio, dalla complessità delle fonti deriva un sistema di pluralità di tutele;
- nell'esercizio dell'attività giurisdizionale si assiste ad un fenomeno di globalizzazione dei diritti e la Carta di Nizza è orientata in tal senso;
- la legalità sta assumendo una nuova dimensione e la giurisprudenza svolge un ruolo partecipativo fondamentale nella formazione del rimedio.

Tenendo fermi questi punti, dovrà ora muovere l'analisi dei singoli casi concreti.

Le sentenze riportate sono state scelte quale esempi di come la Suprema Corte abbia preso in considerazione la Carta di Nizza.

### 3. Esame di alcune fattispecie concrete.

In via preliminare, va precisato che la Cassazione si è interessata alla Carta di Nizza ancora prima che questa avesse efficacia vincolante. Solamente con il nuovo art. 6 che la equipara ai Trattati ed in forza dell'art. 117, I comma, Cost. dismette la sua valenza persuasiva ed assume valore giuridico<sup>19</sup>.

Ed è proprio a seguito di questa vincolatività che si pone il problema di quale significato e spazio occupi nell'interpretazione della Corte di Cassazione.

Infatti, sebbene l'art. 6, par. 1 stabilisca che le disposizioni della Carta non estendono le competenze dell'UE definite dai Trattati e sebbene ciò trovi una conferma più forte anche nella dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona<sup>20</sup>, ciò non pone un divieto al Giudice nazionale di richiamare la Carta stessa anche qualora il caso concreto non sia disciplinato da una specifica normativa comunitaria.

Abbiamo visto, infatti, come la Corte di Cassazione prenda atto del passaggio del sistema delle fonti da una struttura piramidale ad una struttura a

<sup>19</sup> Sul punto cfr. G. VETTORI, *I diritti fondamentali dell'Unione europea*, in G. Vettori, *Diritto privato ed ordinamento comunitario*, Torino, 2009

<sup>20</sup> "La carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati".



rete<sup>21</sup>, con conseguenze in punto di complessità, elasticità del sistema ed ampliamento dei rimedi.

Circoscrivendo l'indagine alla Carta di Nizza e muovendo dall'assunto che essa sia ormai entrata a pieno titolo nel sistema delle fonti (art. 6 TUE e 117 Cost.), bisogna ora indagare come tale novità sia stata, nel concreto, recepita dalla Corte di Cassazione.

#### 4. Il danno non patrimoniale ed il problema dell'interesse giuridico protetto.

Con sentenza n. 5770, resa il 10 marzo 2010<sup>22</sup>, la Cassazione affronta il problema della liquidazione del danno non patrimoniale. Il caso riguarda il danno morale subito dagli eredi a seguito della morte di un loro congiunto, investito da una vettura mentre attraversava le strisce pedonali<sup>23</sup>.

Secondo l'orientamento delle Sezioni unite in tema di danno non patrimoniale<sup>24</sup>, la sua risarcibilità è prevista anche nell'ipotesi di lesione di un diritto inviolabile.

Ne deriva che il primo compito dell'interprete per valutare l'esistenza di un danno non patrimoniale, e nel caso che qui interessa di tipo morale, è individuare l'esistenza di un diritto inviolabile/bene giuridico protetto.

Ebbene, secondo la Suprema Corte, il danno morale è un danno diverso rispetto al danno alla salute, in quanto attiene a due beni giuridici differenti<sup>25</sup>. Mentre il danno alla salute trova una specifica previsione nell'art. 32 cost., l'esistenza di un danno morale va sicuramente a ledere un diritto inviolabile della persona differente, nello specifico l'integrità morale (bene giuridico). Questa è da considerarsi come la massima espressione della dignità umana, la quale ha uno specifico fondamento normativo: in primo luogo l'art. 2 della Cost. (la repubblica riconosce i *diritti inviolabili* dell'uomo); in secondo luogo, tali diritti trovano una loro specificazione nella stessa Carta di Nizza, nel caso specifico nell'art. 1 (la dignità umana è inviolabile).

In altri termini, l'esistenza di un bene giuridico è il presupposto logico per ipotizzare e configurare, almeno in astratto, l'esistenza di un danno; tale danno esiste nella misura in cui il bene giuridico cui è collegato sia stato leso.

Nella sentenza citata, il richiamo alla Carta di Nizza -sebbene contenuto in un breve inciso- serve per precisare un precetto costituzionale e descrivere il bene giuridico protetto: il collegamento tra norma costituzionale, disciplina comunitaria ed interpretazione costituzionalmente orientata è evidente<sup>26</sup>.

L'orientamento trova conferma in una serie di altre pronunce.

In particolar modo, si porta all'attenzione la sentenza n. 15373 del 13 luglio 2011<sup>27</sup>. Anche tale caso riguarda un'ipotesi di responsabilità civile. Nello specifico si tratta di una domanda di risarcimento del danno avanzata dai genitori di un figlio minore caduto dal seggiolino della bicicletta, in seguito all'urto con un'autovettura.

Tra i vari motivi di impugnazione, vi è anche la quantificazione del danno risarcibile. Infatti, i giudici di merito, seguendo la prassi giurisprudenziale in vigore antecedentemente la nota pronuncia del

<sup>21</sup> Sul punto cfr. G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 149; A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in *Atti del Seminario su "La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario"*, Roma, Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, 1991 p. 115; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (cur.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, 32, pp. 268-269; G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 93; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I. *Delle fonti del diritto*, Napoli, 2009, p. 257.

<sup>22</sup> Cass., 10 marzo 2010, n. 5770, in *Foro it. online*

<sup>23</sup> In punto di *an debeat*, va precisato che la giurisprudenza è concorde nel ritenere la responsabilità esclusiva e solidale del conducente e del proprietario del veicolo investitore. V. di recente, Cass., 9 marzo 2011, n. 5440, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 11, p. 2265; Cass., 13 ottobre 2010, n. 4154 in *DeJure*; Cass., 11 giugno 2010, n. 14064, in *Resp. cov. E prev.*, 2010, 10, p. 2124.

<sup>24</sup> Cass., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, I, p. 38, n. P.G. MONATERI; *Giust. civ.*, 2009, 4-5, I, 913, n. ROSSETTI; *Obbl. e contr.*, 2009, I, p. 2, n. G. VETTORI; *Contr. e impresa*, 2009, I, n. M. FRANZONI; *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 1, n. F.D. BUSNELLI

<sup>25</sup> Si ricorda che antecedentemente alla sentenza 26972/2008 era prassi dei giudici di merito liquidare il danno morale sulla base di una percentuale della liquidazione del danno biologico, nello specifico 1/3.

<sup>26</sup> Cass., 10 marzo 2010, n. 5770, cit.: "è appena il caso di ricordare che nella quantificazione del danno morale la valutazione di tale voce di danno, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona ovvero all'integrità morale, quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall'art. 2 Cost., in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con L. 2 agosto 2008, n. 190, deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della concreta gravità del fatto, senza che possa quantificarsi il valore dell'integrità morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute, dovendo dunque escludersi la adozione di meccanismi semplificativi di liquidazione di tipo automatico."

<sup>27</sup> Cass., 13 luglio 2011, n. 15373, in *DeJure*



2008 sul danno non patrimoniale, avevano liquidato la voce "danno morale" nei termini di una frazione del danno biologico<sup>28</sup>.

La Corte di Cassazione, invece, esclude tale automatismo sul motivo che i due pregiudizi incidono su un sistema assiologico che si fonda su differenti basi positive<sup>29</sup>.

#### 4.1. Il consenso informato.

Rimanendo nella macro area del *danno non patrimoniale*, la distinzione del danno biologico rispetto ad altri pregiudizi è ancora più evidente alla luce dell'esame di altre pronunce della Cassazione, rese in tema di consenso informato.

La sentenza 2847/2010<sup>30</sup> afferma l'esistenza un diritto al consenso informato e precisa che si tratta di un vero e proprio diritto della persona con fondamento negli articoli 2, 13 e 32 Cost.

Tale aspetto era già stato, peraltro, messo in luce dalla Corte costituzionale nella sentenza 438/2008<sup>31</sup>, che ha il pregio di mettere in risalto la funzione di sintesi di due diritti fondamentali che ha tale consenso: quello all'autodeterminazione e quello alla salute.

La Cassazione svolge l'assunto: "di vero, il diritto al c.d. consenso informato, intanto costituisce uno degli aspetti dell'inviolabile diritto alla libertà personale, in quanto l'homo iuridicus ha acquisito l'identità giuridica di homo dignus"<sup>32</sup>.

L'innovazione, prosegue la sentenza, è positivamente configurata in virtù degli artt. 2, 3, e 32 Cost., attualmente rinforzata dagli articoli 1 e 5 della Carta di Nizza.

In una successiva pronuncia<sup>33</sup>, resa sulla stessa questione, è contenuta un'affermazione importante

<sup>28</sup> Di norma il danno morale corrispondeva al 33% di quanto era stato liquidato a titolo di danno biologico.

<sup>29</sup> Nello stesso senso cfr. anche Cass., 12 settembre 2011, n. 18641 in tema di danno morale subito da un minore nato invalido al 100% .

<sup>30</sup> Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4, p. 781, n. P. ZIVIZ ed in *Foro it.*, 2009, 2010, 7-8, I, c. 2113.

<sup>31</sup> C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, I, c. 1328 e *Giur. cost.*, 2008, 6, p. 4945.

<sup>32</sup> Il richiamo è evidentemente a S. RODOTÀ, *Antropologia dell'Homo dignus*, Lezione tenuta nell'Aula Magna dell'Università di Macerata il 6 ottobre 2010 in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* e consultabile al sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu). L'affermazione è presente anche in Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *DeJure* e Cass., 30 marzo 2011, n. 7237, in *DeJure*.

<sup>33</sup> Cass., 30 marzo 2011, n. 7237, cit. Si riporta un estratto significativo della motivazione relativamente al ruolo dell'interprete in rapporto alla valore *dignità*: "Ne consegue che l'interprete è chiamato ad un suo preciso obbligo nello svolgimento della sua attività ermeneutica, ovvero di non poter più ignorare la soglia della tutela espansiva del principio supremo

sulla Carta di Nizza: questa trascende il diritto dell'Unione ed è da tenere presente "non strettamente collegata alla competenza tipica del diritto comunitario, (...), ma come sfondo assiologico non solo di quelli, ma di *tutti i diritti-doveri* disciplinati e previsti negli ordinamenti degli Stati membri".

#### 4.2. Danno da demansionamento.

Un ulteriore caso da esaminare riguarda il danno da demansionamento: un aiuto primario anziano conveniva in giudizio il primario dell'ospedale presso cui lavorava e domandava la condanna di questo al risarcimento del danno per atti vessatori continuati che avevano impedito al professionista di svolgere attività clinica e di reparto<sup>34</sup>.

Secondo il ricorrente, tali atti sarebbero stati intenzionalmente diretti ad estrometterlo da ogni attività proficua di collaborazione, con la preordinata intenzione di distruggere la dignità, l'immagine professionale e le concrete possibilità di lavoro.

Anche in questa pronuncia, la Cassazione si richiama alla Carta di Nizza per ricostruire il bene giuridico protetto.

Secondo la Suprema corte, lo status di lavoratore professionista è costituzionalmente protetto a livello nazionale dagli artt. 1, 4 e 35 della Costituzione; è anche protetto a livello europeo dall'art. 1 della Carta di Nizza ove il riferimento alla dignità umana comprende anche la dignità professionale e dall'art.

---

contenuto nella Costituzione (della dignità umana, qualunque sia l'oggetto sottoposto al suo esame.

Infatti, nelle norme su indicate della Carta di Nizza, e precisamente sotto il titolo "Dignità", si proclamano la inviolabilità della dignità umana, il diritto alla integrità fisica e psichica con alcune specificazioni relative alle applicazioni della medicina e della biologia.

In altri termini, in virtù del diritto vivente, costituito da statuzioni costituzionali e di questa Corte, nonché dall'osmosi tra attività interpretativa e intuizioni dottrinali, gli interventi sul corpo del paziente obbligano lo Stato e le sue istituzioni, tra cui il giudice, a mantenere al centro la dimensione della persona umana nella sua concreta esistenza, in quanto la sua dignità è l'a priori dei diritti fondamentali, senza il quale essi potrebbero essere soggetti a limiti e possono sviliti ogni loro incisività: valore assiologico che informa la Costituzione interna e viepiù la norma ordinaria.

Ciò posto in via metodologico-interpretativa, come discende dal diritto positivo, si legge nella sentenza del 2010, che questo Collegio pienamente condivide, che per ravvisare il nesso causale tra la lesione di quel diritto e la lesione dell'integrità fisica (nel caso, asportazione totale dello stomaco), pure incolpevole, atteso che il chirurgo si decise ad intervenire a fronte di una situazione refertata drammatica per la vita del paziente ed eseguì l'intervento in modo corretto, come hanno stabilito i giudici del merito, deve ritenersi che il B. si sarebbe potuto rifiutare, ove ne fosse stato informato, come era suo fondamentale diritto."

<sup>34</sup> Cass., 2 febbraio 2010, n. 2352, in *foro it.*, 2010, 4, I, c. 1145.



15, che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà.

L'importanza di tale pronuncia, relativamente al richiamo fatto alla Carta di Nizza, rileva sotto il profilo della dichiarazione programmatica in essa contenuto e si pone in continuità con quanto riportato poco sopra: non solo sotto il profilo della competenza per materia che trascende l'esclusivo ambito comunitario, ma anche di operatività della legge nel tempo.

Sebbene i fatti oggetto del contendere si siano verificati in un tempo anteriore all'adozione stessa della Carta di Nizza, le norme costituzionali si conformano bene ai principi comuni di diritto europeo, i quali "hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati della Unione".

Secondo la Cassazione, infatti, l'attività di filonomachia "include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo".

In altri termini, la Carta di Nizza si configura come uno strumento che individua i principi comuni di diritto europeo ai quali l'ordinamento italiano si conforma e la filonomachia della Cassazione non ha come orizzonte di riferimento il solo diritto interno ma anche il diritto comunitario. Ne deriva che l'attività di conformazione del diritto interno ai principi dell'Unione europea, non avviene solamente nelle materie di competenza comunitaria ma anche nelle materie di competenza esclusiva degli stati membri. E la Carta di Nizza si configura come uno strumento che opera in tale direzione.

## 5. Tutela di stranieri, minori, anziani e disabili.

Uno degli aspetti di maggiore incidenza della Carta di Nizza è, senza dubbio, la tutela di soggetti svantaggiati: stranieri, minori, anziani e disabili.

Il punto da cui muovere è l'art. 20. La norma si pone a tutela del principio di uguaglianza formale a favore di "tutte le persone" e non solo dei cittadini<sup>35</sup>.

Corollario del principio di uguaglianza, è il divieto previsto dall'art. 21 di qualsiasi discrimina-

zione. La norma, in particolare, ne indica alcune ragioni: sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione, opinioni, appartenenza ad una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età ed orientamento sessuale.

Il secondo comma della norma sente l'esigenza di specificare che nell'ambito dell'applicazione dei trattati, è vietata qualsiasi forma di discriminazione in base alla nazionalità.

Il tratto importante, che segna una differenza rispetto a quanto previsto nella nostra Costituzione, è la mancanza di un'espressa previsione di un principio di uguaglianza sostanziale. I redattori hanno preferito, piuttosto, adottare una serie di disposizioni nell'ottica di proteggere specifiche categorie di soggetti deboli e rimuovere possibili disuguaglianze di fatto, di cui rischiano di essere vittime minori, anziani e disabili.

### 5.1. La tutela dello straniero e del minore.

La maggior parte delle pronunce si interessano alla tutela dello straniero in termini correlati alla tutela del minore ed all'autorizzazione del genitore a rimanere sul suolo italiano.

A differenza dei casi precedenti, questa serie di pronunce non si limitano ad affrontare solo il tema dell'individuazione dell'interesse protetto.

Si pone la questione, invece, del conflitto tra differenti interessi.

È, infatti, evidente, che i diritti fondamentali della persona pongono difficili problemi di concorso e di conflitto, di interferenze e tensioni, non solo tra gli stessi ma anche con altri diritti, "sicché, in mancanza di un preconstituito ordine gerarchico, l'interprete assai spesso è chiamato a trovare il necessario contemperamento e bilanciamento"<sup>36</sup>.

I casi fanno tutti riferimento al D. Lgs. N. 286 del 1998, art. 31.

In particolare, il III comma prevede il riavvicinamento del familiare straniero al minore: "il Tribunale per i minorenni, *per gravi motivi* connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico."

Nella prassi, tale norma è spesse volte usata per contrastare il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno.

<sup>35</sup> Il dato è importante se si considera che i diritti sanciti in molte costituzioni nazionali sono a tutela del cittadino e non dell'Uomo in sé. Tuttavia, va anche precisato il lavoro delle giurisprudenze costituzionali le quali ne hanno esteso l'applicazione e la tutela anche a soggetti non cittadini. Sul punto v. R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (cur.), *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

<sup>36</sup> V. SCALISI, op. cit., p. 149.



Il problema riguarda l'interpretazione della locuzione *gravi motivi*. Nel 2010 sono intervenute le Sezioni unite a risolvere un contrasto giurisprudenziale.

Secondo un orientamento più risalente nel tempo ma consolidatissimo nella giurisprudenza della I sezione civile, si riteneva che i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore si concretizzassero in una situazione di emergenza, rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso del genitore. In questa prospettiva l'autorizzazione alla permanenza del genitore sul suolo italiano si fonderebbe sul presupposto del pericolo per lo sviluppo normale del genitore e si fonderebbe sulle caratteristiche di eccezionalità e temporaneità.

Secondo tale indirizzo, in un conflitto tra tutela dell'ordine pubblico consistente nel controllo del regolare flusso migratorio ed interesse del minore, l'interesse di quest'ultimo veniva sempre sacrificato, salvo i gravi motivi come sopra descritti.

In senso opposto, invece, si schieravano altre due pronunce<sup>37</sup> le quali leggevano la norma del T.U. immigrazione nell'ambito del diritto minorile. In questa prospettiva, in un conflitto tra interesse pubblico ed interesse del minore, era l'interesse di questo a trovare protezione<sup>38</sup>.

Prima di esaminare quali sono i presupposti alla base, è opportuno indicare le conseguenze di questo orientamento. L'autorizzazione riconosciuta al genitore straniero di rimanere sul suolo italiano non era riconosciuta solo nei casi del minore in tenerissima età (orientamento tradizionale) ma anche nelle ipotesi in cui fosse necessario salvaguardare la continuità del suo percorso scolastico, formativo e di integrazione.

La differenza tra i due orientamenti è evidente: nel primo caso il genitore straniero avrebbe potuto stare in Italia, vicino al proprio figlio, solo nei primi anni di vita di questo; nella seconda ipotesi, tale autorizzazione gli sarebbe stata riconosciuta fino alla maggiore età.

A risolvere il contrasto sono intervenute le Sezioni unite nel 2010<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Cass., 16 ottobre 2009, n. 22080, in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 225 ed in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2010, 1, p. 237 e Cass., 19 gennaio 2010, n. 823, in *Foro it.*, 2010, 2, I, c. 418

<sup>38</sup> La pronuncia è stata successivamente criticata da un'altra sentenza della Corte di Cassazione, la n. 5856 del 10 marzo 2010, in *Giust. civ.*, 2011, 4, p. 1043, "l'arresto (il riferimento è a Cass. 22080/2009), isolato nel complessivo panorama giurisprudenziale, si pone in contrasto inconsapevole con il consolidato indirizzo esegetico riferito in quanto non coltiva, nel suo articolato tessuto argomentativo, alcun argomento critico che lo smentisca o ne confuti la correttezza in chiave esegetica."

<sup>39</sup> Cass., 25 ottobre 2010, n. 21799, in *Giust. Civ.*, 2011, 3, p. 659 e *Riv. dir. internaz.*, 2011, 1, p. 291

A differenza delle precedenti pronunce, la sentenza ha il pregio di individuare esattamente gli interessi contrastanti, tentando di bilanciarli e cercando di individuare un rimedio che meglio sintetizzi il bilanciamento.

Da una parte esiste un interesse alla unità familiare. Questa viene ricostruita muovendo in primo luogo dalle norme costituzionali. Gli articoli 29 e ss. tutelano, infatti, la famiglia anche e soprattutto come luogo privilegiato di sviluppo ed affermazione della personalità del minore.

Ampliando l'orizzonte di indagine al panorama internazionale, sul punto rilevano anche il patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>40</sup> e la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Si tratta di fonti che approfondiscono il contenuto del diritto di famiglia, con particolare riguardo - soprattutto la Convenzione di New York - ai rapporti genitori e figli.

Anche le fonti comunitarie si sono interessate al tema. L'art. 7 della Carta di Nizza ha ribadito il rispetto della vita privata e familiare e l'art. 24 e sancisce il diritto dei minori alla protezione ed alle cure necessarie per il loro interesse nonché il diritto ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori, salvo che ciò appaia contrario al loro interesse.

In questo panorama, deve essere letta la direttiva 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare di cittadini di paesi terzi.

Sull'altro fronte, si contrappone la materia dell'immigrazione: fondata su principi diversi e talora antitetici, che si fondano su esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale. Si tratta di principi e valori tutelati anche da fonti internazionali, comunitarizzati dal Trattato di Amsterdam e che consentono interventi legislativi da parte di organi comunitari<sup>41</sup>.

La Cassazione adotta una soluzione mediana, senza preferire uno dei due orientamenti prospettati all'inizio.

Afferma, infatti, che la presenza dei gravi motivi richiesti dalla norma non postulano necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute del minore, "potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave". Questa valutazione però non si presta ad isolare situazioni che possono essere preventivamente catalogate e standardizzate ma richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato. Tuttavia, prosegue la Cassazione, deve trattar-

<sup>40</sup> Reso esecutivo con la L. 881/1997

<sup>41</sup> Sul piano comunitario merita portare all'attenzione la direttiva 2008/115/CE la quale detta norme comuni per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.





si di situazioni “di per sé non di lunga o indeterminabile durata, e non aventi tendenziale stabilità che (...) si concretano in eventi traumatici e non prevedibili nella vita del fanciullo che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo e del familiare”<sup>42</sup>.

La Carta dei diritti ha anche qui un ruolo fondamentale nella individuazione dell'interesse protetto. Tuttavia, in questa pronuncia, sembra dirsi qualcosa di più.

L'interesse non rilevarebbe solamente nella dimensione della sua astratta previsione. Quanto piuttosto, nel caso concreto e nell'esigenza di garantire a questo protezione<sup>43</sup>.

Tuttavia, mentre nelle ipotesi esaminate al paragrafo precedente, l'effettiva protezione avviene mediante lo strumento risarcitorio, in questo caso invece si pone l'esigenza di valutare l'ammissibilità di un provvedimento autorizzativo.

---

Sotto il profilo della giurisprudenza comunitaria, si è di recente interrogata la Corte di giustizia europea con sentenza dell'8 marzo 2011, C- 34/2009 (*Zambrano*), concernente una questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale del lavoro di Bruxelles.

In particolare la questione riguardava un genitore extracomunitario di un minore comunitario e se questo potesse essere considerato esonerato dall'obbligo di permesso di soggiorno o, addirittura, se potesse essere considerato esonerato dal diritto di soggiorno.

Secondo la CGUE il diniego di soggiorno opposto ad una persona, cittadina di uno Stato terzo, nello Stato membro dove risiedono i suoi figli in tenera età, cittadini di detto Stato membro, che essa abbia a proprio carico, nonché il diniego di concedere a detta persona un permesso di lavoro producono l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione.

<sup>42</sup> C. CESCHEL, *Contrasti interpretativi sull'art. 31 d. leg. 286/1998: ecco i chiarimenti delle Sezioni unite*, in *Diritto e Giustizia*, 2010; F. ASTIGGIANO, *Superiore interesse del minore ed immigrazione: sull'interpretazione dell'art. 31 d. leg. 268/1998*, in *Fam. e diritto*, 2010, p. 227; C. COTTATELLUCCI e L. VILLA, *Una sentenza che viene da lontano: la Corte di Cassazione conferma l'applicazione dell'art. 31, III co., per tutelare nella sua integrità lo sviluppo psicofisico dei minori stranieri*, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2010, 1, p. 109; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'autorizzazione provvisoria del al soggiorno del familiare nell'interesse del minore straniero: occorrono gravi motivi, ma non per forza eccezionali*, in *Nuova giur. Civ.*, 2010, I, p. 268.

<sup>43</sup> Vanno ricordate una serie di pronuncia che sembrano stridere con quanto appena affermato. Si tratta di Cass., 23 settembre 2010, n. 20134 in *Giust. civ.*, 2011, 1, p. 117 secondo la quale il convivente *more uxorio* straniero della donna in gravidanza italiana non è escluso dalle ipotesi tassative di divieto di espulsione, le quali non sono suscettibili di interpretazione estensiva. Una tale scelta, secondo la Cassazione, non comporta alcun contrasto tra la normativa interna italiana e quella internazionale. In senso conforme v. Cass., 23 luglio 2004, n. 13810, in *foro it. on-line* nonché, in termini simili Cass., 10 marzo 2006, n. 5220, in *foro it. on-line* e C. Cost. 17 luglio 1998, n. 286, in *Giur. costit.*, 1998, p. 2184 ove viene data prevalenza all'interesse nazionale di controllo dell'immigrazione.

Si pone, a questo punto, il problema di controllare la discrezionalità che fonda il provvedimento autorizzativo: se, da una parte, un ruolo importante per il controllo è svolto dalla centralità del caso concreto<sup>44</sup>, dall'altra parte, si pone anche l'esigenza di valutare la conformità del provvedimento autorizzativo ai parametri normativi.

### 5.1.1. Adozione e tutela del superiore interesse del minore

Di quest'ultimo aspetto si è interessata una recente sentenza, sempre in tema di tutela del minore.

La pronuncia nasce da un ricorso nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.<sup>45</sup>

La richiesta muoveva dall'esame di un decreto sull'idoneità all'adozione di un minore straniero emesso dal Tribunale per i minorenni di Catania. Nella motivazione si faceva riferimento alla dichiarazione dei futuri genitori adottivi di non essere disponibili ad accogliere bambini di pelle scura o diversa da quella tipica europea e nel dispositivo si teneva conto di tale dichiarazione. Poiché secondo l'Autorità richiedente ex art. 363 c.p.c., il contenuto del decreto si porrebbe in contrasto con principi consolidati nel diritto interno e nel diritto internazionale, è stato richiesto alla Corte l'enunciazione di un principio di diritto in grado di orientare la giurisprudenza futura in modo tale da escludere la legittimità di una tale opzione.

La Corte, nell'accogliere la domanda, fa una ricognizione della legislazione in tema di adozione precisando che le norme procedurali devono essere attuate nell'interesse superiore del minore e nel rispetto dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti dal diritto internazionale.

L'adozione, infatti, si configura come un istituto di protezione del minore in stato di abbandono volto a realizzare e garantire uno sviluppo armonioso della sua personalità.

Anche in questa ipotesi la Carta di Nizza, in particolar modo l'art. 24, viene utilizzata nel percorso argomentativo della Cassazione come strumento per isolare e dare un contenuto al superiore interesse del minore, il quale deve costituire un criterio guida cui deve uniformarsi ogni percorso decisionale relativo ai minori, a prescindere dal fatto che si tratti di isti-

---

<sup>44</sup> Sul ruolo importante del caso concreto quale punto di partenza nell'apprestare tutela ad un interesse ed all'individuazione del rimedio, v. P. GROSSI, *L'identità del giurista oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 1089 e G. VETTORI, *Dialogo tra corti e tecnica rimediale*, in *Persona e Mercato*, 2011, 4, p. 280.

<sup>45</sup> Cass., 1 giugno 2010, n. 13332, in *Foro it.*, 2011, 6, I, c. 1862 e *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2652.

tuzioni pubbliche o private, giudiziarie, legislative o amministrative.

Ne deriva che la previsione normativa ai sensi della quale il decreto di idoneità possa contenere anche indicazioni per favorire il migliore incontro tra gli aspiranti all'adozione ed il minore da adottare, deve essere interpretata nel senso di tutelare il superiore interesse del minore e non i contingenti interessi dei futuri genitori.

Argomentare in senso opposto, prosegue idealmente la Cassazione, significherebbe violare il divieto di non discriminazione. Trattasi di un principio rinvenibile in numerose ed importanti fonti internazionali, tra cui anche l'art. 21 della Carta di Nizza, più volte oggetto di interesse da parte della giurisprudenza nazionale ed internazionale<sup>46</sup>.

In questa sede, il richiamo alla Carta di Nizza è sempre utilizzato come strumento per isolare un interesse giuridico, vale a dire l'interesse del minore ed il correlato divieto di discriminazione. Richiamandosi al problema di controllo della discrezionalità dei provvedimenti poco sopra esposto, è opportuno osservare come l'interesse individuato svolga in questa fattispecie una duplice funzione. Infatti, da una parte, ispira il Giudice o altre autorità nel prendere una decisione o approvare una determinata normativa; dall'altra, si configura come un limite, all'attività discrezionale. In altri termini, può configurarsi, al contempo, base per un ragionamento e confine da non valicare.

Insomma, l'interesse individuato dalla Carta di Nizza ha la forza e la cogenza per diventare un limite al giudizio e consente di evitare sconfinamenti nell'arbitrio.

## 5.2. La tutela del disabile.

L'impegno dell'UE nella tutela del soggetto disabile ha trovato un preciso riferimento nell'art. 26 della Carta di Nizza, "l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità."

Una prima sentenza ha fatto riferimento all'art. 26 in materia di azione di ripetizione. L'azione era esperita nei confronti di un Comune italiano ed aveva ad oggetto la retta pagata dal parente di un disabile per l'ospitalità di quest'ultimo in un'apposita struttura.

<sup>46</sup> La Cassazione, in motivazione, fa un interessante ricognizione normativa e giurisprudenziale dei casi in cui ha assunto rilievo il divieto di non discriminazione.

Nello specifico il caso trattava dello spostamento dalla casa familiare ad un'idonea struttura in grado di fronteggiarne meglio le necessità ed i bisogni di un minore affetto da gravissimo handicap<sup>47</sup>, seguito in principio dai servizi sociali che si accollavano interamente tutti gli oneri.

A seguito dello spostamento, sorgevano incertezze burocratiche sulla individuazione dei soggetti competenti a sostenere gli oneri conseguenti.

Nelle more della decisione, una zia si incaricò di sostenere tutte le spese, pur di offrire assistenza concreta al nipote. Una volta individuato il soggetto onerato nel Comune, nei confronti di questo la zia esercitava azione di ripetizione per le spese anticipate.

Il caso giunge fino ai Giudici di legittimità, i quali rovesciano le precedenti pronunce che negavano tale azione sulla base di un argomento formale: nessun rimborso della somma versata era dovuto, perché solo dalla conclusione del procedimento il Comune restava obbligato.

Secondo la Cassazione, invece, se è pur vero che è necessario un provvedimento amministrativo affinché sorga un obbligo in capo al Comune, "è altresì incontestabile che l'impegno e le conseguenti obbligazioni ex lege a carico dell'ente competente sono fondate e traggono il loro *ubi consistam* dal dovere di solidarietà sociale da realizzare in concreto e non in astratto, al punto che esso diritto è tutelabile (...) utilizzando l'art. 700 cpc."<sup>48</sup> E, secondo la Suprema Corte, tale impostazione si ricava anche dalla stessa Carta di Nizza, il che conferma che la solidarietà è un principio immanente, anche a livello europeo, nella interpretazione della normativa di specie.

Ebbene, in forza di tale interpretazione, l'anticipazione delle rette da parte della zia integrebbe il requisito dell'*utiliter coeptum* dell'istituto della *negotiorum gestio* (2028) e fonderebbe, di conseguenza, l'azione di ripetizione nei confronti del Comune.

<sup>47</sup> Riconosciuto come tale dalla L. 104/1992, la quale considera persona handicappata "colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione", art. 3.

Va segnalato che la Convenzione n. 61/107 adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2006 reca una nozione differente di disabile: "le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere, possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con gli altri".

<sup>48</sup> Cass., 6 agosto, 2010, n. 18378 in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 680





La sentenza è stata posta in evidenza perché crea un collegamento evidente tra individuazione dell'interesse protetto e rimedio.

### 5.2.1. Carta di Nizza ed integrazione del disabile.

In materia di tutela del disabile, il contenuto della Carta di Nizza sembra confermare un'inversione di tendenza rispetto al passato.

È stato rilevato<sup>49</sup> che le misure previste dalla norma hanno una duplice polarità: da un lato, mirano a favorire l'autonomia della persona disabile; dall'altro, sono dirette a promuovere la sua partecipazione alla vita sociale.

Ciò si caratterizzerebbe per l'adozione di un modello di tutela non più rivolto al mero assistenzialismo, bensì funzionale al potenziamento dell'autonomia e della partecipazione attiva dei soggetti disabili, in un'ottica di completa integrazione sociale<sup>50</sup>.

Tale impostazione trova una conferma in due pronunce dell'agosto del 2011. Nella prima pronuncia, resa in tema di licenziamento di un lavoratore disabile, la Corte premette all'intero ragionamento il seguente assunto: la normativa nazionale in materia di inserimento nel mondo del lavoro di persone disabili "ha assunto oggi un ruolo ancora più importante grazie all'art. 26 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea"<sup>51</sup>.

L'affermazione, sebbene nel concreto dica poco, ha un'importanza per due ordini di motivi: in primo luogo, perché la Corte poche righe dopo precisa che entro tale cornice si inquadra la vicenda oggetto del ricorso da esaminare; in secondo luogo, il richiamo non generico alla Carta di Nizza ma specifico all'art. 26 ed all'importanza di tale norma sembra dare atto di quella inversione di tendenza cui si faceva riferimento all'inizio.

Ebbene, un'altra pronuncia, resa nello stesso giorno<sup>52</sup>, esprime in termini più chiari quest'ultimo aspetto. Il caso riguardava sempre il lavoratore disabile e, nello specifico, l'impugnazione di una graduatoria per un concorso pubblico.

A prescindere dai motivi specifici, la Corte utilizza la Carta di Nizza come strumento attraverso cui interpretare la L. n. 68 del 12 marzo 1999 che ha

introdotto misure a favore dell'occupazione di persone disabili.

L'aspetto interessante di tale legge è l'introduzione della figura del c.d. "collocamento mirato" ossia l'inserimento del disabile nel mondo del lavoro a seguito di un'attenta valutazione, a cura degli organismi sanitari competenti, delle sue capacità.

Ciò, secondo la Cassazione, segna il passaggio da un sistema prevalentemente ispirato all'idea della configurazione dell'inserimento degli invalidi nelle imprese come un "peso" da sopportare in chiave solidaristica, ad un altro sistema diretto, invece, a coniugare la valorizzazione delle capacità professionali del disabile con la funzionalità economica delle imprese stesse.

Tale scelta, prosegue la Corte, si pone in linea anche con le indicazioni provenienti dall'ordinamento internazionale ed europeo, in particolar modo la Carta di Nizza, la quale, essendo oggi vincolante, svolge una funzione di "ausilio interpretativo".

In questa pronuncia, è messa in evidenza l'inversione di tendenza cui si faceva riferimento all'inizio del paragrafo: la L. 68/1999 trova, grazie anche alla Carta di Nizza, una precisa collocazione sistematica e la tutela del disabile non è confinata alle sole ragioni solidaristiche.

L'obiettivo che il legislatore si sta ponendo e che la Cassazione sta cercando di tutelare è di più lunga portata. La persona disabile, attraverso la predisposizione di forme specifiche di cura e di formazione, deve raggiungere il massimo di autonomia *concretamente* possibile nella sua condizione: proteggendola, ove bisognosa; valorizzandola e garantendone l'autodeterminazione, in tutti gli altri aspetti della quotidianità.

In questa prospettiva, la Carta di Nizza offre indubbiamente una base normativa, tale da consentire di fare ragionamenti sistematici e di essere in questo senso di "ausilio interpretativo" alla Cassazione.

### 5.3. La protezione dell'anziano

Parlando di protezione degli anziani, il punto da cui muovere è l'art. 25 della Carta di Nizza, "l'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale".

Una pronuncia del febbraio 2011 prende in considerazione la norma, pronunciandosi in tema di contratto vitalizio alimentare<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Famiglia e diritto*, 2011,3, p. 310.

<sup>50</sup> V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, cit.

<sup>51</sup> Cass., 29 agosto 2011, n. 17720, in *DeJure*

<sup>52</sup> Cass., 29 agosto 2011, n. 17740, in *DeJure*

<sup>53</sup> Cass., 7 febbraio 2011, n. 2945, in *DeJure*

Il caso è il seguente: una donna anziana agiva in giudizio per far dichiarare la nullità del contratto con il quale cedeva alla badante la nuda proprietà di un bene immobile, mentre questa assumeva vita natural durante obblighi di assistenza morale e materiale. Secondo l'attrice, la convivenza si era subito rivelata insostenibile per la condotta della badante, con maltrattamenti ed esproprio delle disponibilità patrimoniali.

L'attrice conveniva in giudizio la badante domandando che fosse dichiarata la nullità del contratto o, in subordine, la risoluzione.

Rovesciando la pronuncia del Tribunale che rigettava la domanda per difetto di prove, la Corte di Appello dichiara la nullità del contratto. Secondo i Giudici di secondo grado, trattavasi di un contratto formalmente aleatorio, ove l'aleatorietà consisteva nelle speranze di vita dell'anziana; tuttavia, tale alea non esisteva al momento della conclusione poiché l'anziana era affetta da neoplasia vescicolare con diagnosi infausta. Di conseguenza, il contratto era da ritenersi nullo per difetto di causa.

La Cassazione conferma tale impostazione.

Ripercorrendo la motivazione, il contratto in esame è un contratto sinallagmatico atipico. Si differenzia dalla rendita vitalizia di cui all'art. 1872 c.c., poiché il sinallagma si equilibra sul principio della equivalenza del rischio, con riferimento alle prestazioni delle parti e della entità della rendita in relazione alla concreta possibilità di sopravvivenza del beneficiario. In questa prospettiva, considerate le condizioni di salute dell'anziana note alle parti contraenti, il contratto è da considerarsi nullo per difetto di causa.

La questione potrebbe anche essere risolta in questi termini. Tuttavia i Giudici di legittimità sentono l'esigenza di approfondire il tema, sotto il profilo sistematico.

Il contratto stipulato, sebbene atipico, è un contratto ammesso nel nostro ordinamento in base all'art. 1322 c.c. Rientra nella figura generale del contratto di protezione e gli interessi protetti attengono alla salute ed alla dignità della parte debole assistita.

Questi interessi trovano un preciso e compiuto riferimento normativo nell'art. 25 della Carta di Nizza, "norma precettiva e non solo programmatica e orientativa per i giudici nazionali, quando, come nel caso di specie, considerano i contratti con garanzia di protezione per gli anziani"<sup>54</sup>.

In questa sede, pertanto, viene richiamata la Carta di Nizza come strumento per isolare un interesse giuridico protetto dall'ordinamento. Tuttavia, mentre nelle ipotesi di responsabilità civile,

l'individuazione dell'interesse risarcibile serviva per fare una valutazione in punto di danno risarcibile, con questa pronuncia la Cassazione apre la strada ad un altro utilizzo.

Infatti, l'interesse isolato attraverso il richiamo alla Carta dei Diritti fondamentali non serve per fare una valutazione in punto di responsabilità; quanto, invece, per integrare il parametro dell'art. 1322 c.c. sull'autonomia contrattuale ed integrare una valutazione in punto di validità del contratto<sup>55</sup>.

## 6. Carta di Nizza e processo civile.

Sebbene in maniera più limitata rispetto alle ipotesi precedenti, la Cassazione ha fatto riferimento alla Carta di Nizza anche nell'ambito del diritto processuale.

Una prima pronuncia del marzo 2011<sup>56</sup> affronta il tema dell'esecuzione mobiliare presso terzi e dell'impignorabilità della pensione.

In particolar modo, la questione verteva intorno alla rilevabilità d'ufficio dell'impignorabilità della parte di pensione necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita.

Per cogliere il rilievo della pronuncia, è necessario muovere dal caso concreto: un creditore vede rigettata la propria istanza di assegnazione di un quinto della pensione riferibile al debitore di € 414,15 totali mensili, per impignorabilità rilevata d'ufficio e per mancato riferimento alla sola pensione sociale quale soglia minima di impignorabilità.

Infatti, secondo un orientamento maggioritario della Cassazione, l'impignorabilità può essere rilevata d'ufficio quando è posta per ragioni di interesse pubblico.

Ne deriva che la salvaguardia dell'interesse pubblico si attua attraverso la sottrazione del bene alla garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.

Pertanto, affinché si sviluppi tale effetto, bisogna individuare quando ed in che misura la pensione non è pignorabile, in quanto diretta a soddisfare un "interesse pubblico".

Secondo la Cassazione, esiste un interesse pubblico a che il pensionato "goda di un trattamento adeguato alle proprie esigenze di vita".

Tale interesse trova uno specifico riferimento normativo non solo all'art. 38 Cost.<sup>57</sup>, il quale è an-

<sup>55</sup> Sulla distinzione tra regole di validità e di comportamento cfr. Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724. Per un commento alla pronuncia v. G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, I, p. 1.

<sup>56</sup> Cass., 22 marzo 2011, n. 6548, in *DeJure*

<sup>54</sup> Cass., 7 febbraio 2011, n. 2945, cit.



cora più marcato dall'interazione nell'ordinamento interno delle norme comunitarie, in particolar modo dall'art. 34, co. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La norma prevede che "al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti".

Quindi, "essendo preminente la tutela di un interesse pubblicistico quale fondamento della previsione della pignorabilità soltanto parziale della pensione, la nullità del pignoramento il quale ne travalica i limiti, in quanto la aggredisca anche per la parte necessaria ad assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita, è rilevabile anche d'ufficio dal giudice, senza necessità di una eccezione o di una opposizione del debitore esecutato"<sup>58</sup>.

Un'altra pronuncia, invece, affronta il tema della imparzialità del Giudice e del diritto ad un processo equo<sup>59</sup>: nell'ambito di un indennizzo derivante da un contratto di assicurazioni sulla vita, pur nella diversità dei contratti assicurativi e dei processi, il componente del collegio venne a conoscere dello stesso fatto.

Ciò avrebbe posto un problema di imparzialità del Giudice e di contrasto non solo con la disciplina processuale sulla nullità degli atti ma anche con gli artt. 6 CEDU ed art. 47 Carta di Nizza.

Secondo il ricorrente il procedimento previsto dalla normativa italiana per rilevare l'incompatibilità sarebbe stato in contrasto con la normativa europea. Ciò perché sarebbe interamente affidato all'impulso di parte.

Invece, secondo la Cassazione, le norme di origine meramente interna, non stridono con l'art. 6 n. 1 della Convenzione europea né con l'art. 47 della Carta di Nizza, ma, in virtù dell'art. 111, comma 1 hanno ricevuto un rafforzamento costituzionale, in connessione con l'espansione internazionale del diritto alla difesa.

Infatti, relativamente agli aspetti processuali ed in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, "è l'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro a designare il Giudice competente e stabilire le modalità procedurali dell'azione giudiziale intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia

diretta"<sup>60</sup>. In tale attività lo Stato incontra due limiti: il rispetto del principio di non discriminazione ed il rispetto del diritto fondamentale ad una tutela effettiva.

Ebbene, anche in queste due ipotesi, la Carta di Nizza è richiamata per rafforzare e precisare un interesse costituzionalmente garantito e diffuso nella collettività, che lo Stato stesso non può sacrificare.

Emerge, quindi, un dato significativo, sebbene non nuovo: le norme procedurali non sono procedure asettiche. Sullo sfondo opera un interesse pubblico affinché queste siano strutturate ed interpretate in modo tale da non pregiudicare diritti fondamentali dell'individuo. A tal fine, bisognerà, quindi, coordinare le norme costituzionali con le norme provenienti dall'Unione europea<sup>61</sup>.

## 7. Profili conclusivi

A termine della rassegna è opportuna qualche conclusione di natura sistematica ed isolare alcuni punti fermi.

Si tratta di punti fermi che devono essere letti come possibili schemi di soluzione per la gestione del problema della complessità del sistema delle fonti cui si faceva riferimento alle prime pagine della rassegna.

Il primo dato ad emergere chiaramente è il tentativo da parte della Cassazione di conformare il diritto interno ai principi dell'Unione europea, non solamente nelle materie di competenza comunitaria ma anche nelle materie lasciate agli Stati membri.

Si pensi ai casi esaminati relativi ai diritti tutelati attraverso il consenso informato, all'autorizzazione riconosciuta allo straniero di rimanere sul suolo italiano per accudire il figlio oppure al superiore interesse del minore in punto di adozione.

La Carta di Nizza -e qui si passa al secondo dato significativo- spesso volte diventa uno strumento di interpretazione del precetto Costituzionale che consente di individuare situazioni protette.

Il richiamo è evidentissimo nelle pronunce sul danno morale: la lesione del bene giuridico dignità è ricostruita leggendo in combinato disposto l'art. 2 Cost. e l'art. 1 della Carta di Nizza.

<sup>60</sup> La Cassazione riprende il principio affermato da CGCE, 16 dicembre 1976, C-33/1976 *Revve* confermato anche da CGCE, 3 settembre 2009, C-2/08.

<sup>61</sup> Per una bibliografia sul punto cfr. M. TARUFFO (cur.), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002; A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAIITA, G. SILVESTRI (cur.), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003; E. NAVARRETTA, A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, 2004.

<sup>57</sup> I lavoratori hanno diritto che siano preveduti mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

<sup>58</sup> Cass., 22 marzo 2011, n. 6548, cit.

<sup>59</sup> Cass., 21 giugno 2011, n. 13603, in *DeJure*



Il terzo dato significativo è la posizione di centralità occupata dal fatto concreto: è quest'ultimo che fonda l'esigenza di fondare l'istanza di tutela entro un determinato interesse protetto dall'ordinamento al fine di garantire il rimedio più efficiente alla sua realizzazione.

Infatti, la protezione del disabile fonda l'azione di ripetizione nei confronti del Comune che si dovrebbe far carico dei relativi oneri; la protezione dell'anziano integra uno degli interessi protetti dall'ordinamento che giustifica la previsione di nuovi tipi contrattuali; il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa giustificano la rilevabilità d'ufficio della invalidità del pignoramento che privi il soggetto di tali diritti.

Cercando di ricondurre a sistema i seguenti dati, la Cassazione sembra seguire un medesimo canovaccio che si articola -sotto il profilo procedimentale- in due momenti: ricognizione della base giuridica affinché l'interesse possa considerarsi protetto dall'ordinamento; individuazione del rimedio maggiormente efficiente.

Si tratta di una visione che è stata definita dalla dottrina *rimediale*<sup>62</sup>. Essa consiste nella ricerca di una tecnica di tutela che assicuri la realizzazione più efficiente dell'interesse protetto.

Sotto il primo aspetto, il ruolo nomofilattico della Cassazione va oltre i limiti del diritto nazionale: la base normativa su cui poggia l'esistenza di un interesse protetto dall'ordinamento non muove esclusivamente dal diritto italiano ma il richiamo è anche al diritto europeo ed internazionale, facendo espressi riferimenti a giurisprudenze straniere, in particolare modo della Corte di giustizia europea, e mutuando ricostruzioni dottrinali.

In questa prospettiva, il passaggio dall'individuazione dell'interesse alla scoperta del rimedio diviene più facile. Come è stato efficacemente detto, la regola non si ricava direttamente dal testo ma dal contesto<sup>63</sup>.

Ciò mette in luce un dato importante, da cui non si può prescindere. I due momenti -individuazione dell'interesse e creazione del rimedio- sono intimamente legati tra loro: deve esistere infatti una *corrispondenza* fra interesse protetto e rimedio.

Questa corrispondenza consente di realizzare tre importanti funzioni.

In primo luogo, realizza l'esigenza di tutela da parte del soggetto che ha posto la domanda.

In secondo luogo, consente di individuare una regola che sia coerente con l'impianto normativo ed i principi.

In terzo luogo, garantisce una soluzione che sia sempre controllabile in base a parametri normativi e non sia creata *ex nihilo*.

Ebbene, la complessità del sistema delle fonti sembra trovare in questo approccio una guida metodologica che consente all'interprete di non perdere di vista il sistema entro il quale il suo ragionamento deve muoversi ed, al contempo, garantire tutela effettiva alle esigenze del singolo.

Le parole di Paolo Grossi possono essere da guida in questo percorso: "il diritto consiste in una perenne dialettica tra "manifestatore" ed interprete-applicatore, fra norma ed esperienza giuridica; il "manifestatore" senza l'interprete/applicatore, se non è muto, parla a se stesso ma è privo di comunicazione con la società, perché l'interpretazione/applicazione togliendo generalità ed astrattezza alla disposizione la immerge nel concreto della storia, la fa storia vivente, la fa diritto"<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Sul punto cfr. G. VETTORI (cur.), *Remedies in contract. Common rules for european law*, Padova, 2008.

<sup>63</sup> N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, cit.

<sup>64</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 108





