



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Annuario giuridico

DIRITTO E PROCESSO

a cura di ANTONIO PALAZZO

ANNO 2010

DIRITTO E PROCESSO



*Annuario giuridico dell'Università
degli Studi di Perugia*

Rivista annuale
ISSN 1722-1110
Anno 2010

Direttore scientifico e responsabile: Antonio Palazzo

Comitato scientifico:

Mario Álvarez Ledesma – Mario Ascheri – Alessandra Bellelli
– Mauro Bove – Francesco Donato Busnelli – Hedley Christ –
Severino Caprioli – Marco Comporti – Francesco Paolo Luiso
– Agustín Luna Serrano – Maurizio Lupoi – Giovanni Marini
– Salvatore Mazzamuto – Antonio Palazzo – Massimo Paradiso
– Vito Rizzo – Umberto Santarelli – Andrea Sassi – Francesco
Scaglione – Peter Stein – Ferdinando Treggiari

Comitato di redazione:

Silvio Pietro Cerri – Roberto Cippitani – Valentina Colcelli –
Francesco Reali – Stefania Stefanelli

Un ringraziamento particolare per il lavoro di referaggio a

Luisa Casseti, Giovanni di Rosa, Beatriz Sosa e Ferdinando Treggiari

Diritto e Processo n. 6/2010 – Pubblicato a Perugia nell'anno 2011
Registrazione presso il Tribunale di Perugia del 24 luglio 2003, n. 33
Responsabile: Antonio Palazzo

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

In copertina: Baldo degli Ubaldi (miniatura attr. a Pietro da Pavia, anno 1393)

SOMMARIO

PIERO BELLINI, <i>Aequitas canonica</i>	Pag. 5
VALENTINA COLCELLI, <i>La «conoscenza» nella tradizione del diritto privato europeo</i>	» 39
HEDLEY CHRIST, <i>Does the Rule of Law have Meaning within the European Union – a Corpus Linguistic Approach?</i>	» 79
JULIUS KIRSHNER - OSVALDO CAVALLAR, <i>Da pudenda a prudentia: il consilium di Baldo degli Ubaldi sul caso di Giovanni Malaspina</i>	» 97
HUGO ERIC LÓPEZ MEDRANO, <i>El Derecho del Trabajo en México: presente y futuro de las relaciones laborales de carácter individual</i>	» 113
ANTONIO PALAZZO, <i>Amministrazione di sostegno e strumenti di protezione dei soggetti deboli</i>	» 161
STEFANIA TUCCANI, <i>Irragionevole durata del processo e danno alla persona</i>	» 183
ALESSIA VALONGO, <i>Soggettività del concepito e diritti fondamentali</i>	» 227

PIERO BELLINI^(*)

AEQUITAS CANONICA^(**)

Ferdinando Treggiari (Presentazione)

Il concetto di equità è quello attraverso il quale con più evidenza viene espresso, e invocato, il legame del diritto e della scienza delle leggi con l'etica e la giustizia. Per far comprendere il concetto medievale di equità (che per i giuristi del diritto comune rappresentava ben più che il mero raddolcimento dell'asprezza della legge, ma era problema specificamente normativo: come la norma dovesse essere strutturata per trasformare l'*aequitas* dei rapporti fra gli uomini in *praeceptum*), Francesco Calasso aveva fatto l'esempio del «processo di estrazione dell'oro dalle sabbie dei fiumi e dai filoni di quarzo, ai quali potrebbe essere paragonata la molteplicità dei rapporti umani, in ciascuno dei quali un'esigenza di giustizia è implicita». Il compito del legislatore giusto è di «identificarla, trarla fuori, darle corpo e stabilità in una formulazione precettiva». La norma giuridica che

^(*) Emerito dell'Università di Roma 'La Sapienza', già Professore ordinario di Storia del diritto canonico, Socio dell'Accademia nazionale dei Lincei.

^(**) Conferenza tenuta il 27 maggio 2009 nella Sala delle lauree della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia. Oltre al testo della relazione, si trascrivono l'introduzione di Ferdinando Treggiari e, pur con qualche lacuna dovuta alla non perfetta registrazione della seduta, il dibattito seguito alla relazione. Piero Bellini tiene a ringraziare cordialmente il Dottor Marco Pastorelli, della Università di Perugia, per la pazienza e la bravura dimostrate nel procedere alla trascrizione della relazione e del dibattito.

attuava la giustizia era appunto l'*aequitas constituta*.

In che modo e con quali sviluppi il diritto canonico e la canonistica abbiano interpretato questi concetti ci spiegherà ora Piero Bellini. Il quale ha scelto di dedicare la sua lezione odierna alla memoria di Pio Fedele, di cui è stato, oltre che amico, successore nella cattedra di Storia del diritto canonico all'Università di Roma 'La Sapienza'.

Prima di trasferirsi a Roma per insegnarvi, Pio Fedele (1911-2004) era stato professore a Perugia per ben 37 anni, dal 1937 al 1974. Era nato civilista, con Roberto de Ruggero e Filippo Vassalli, e si era poi dedicato agli studi ecclesiasticistici e canonistici. Nel 1941, all'età di 30 anni, aveva pubblicato il *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, in cui aveva messo criticamente a fuoco i nodi della giuridicità dell'ordinamento della Chiesa, tutta deviata, a suo giudizio, dallo scopo della *salus animarum*.

Ma lascio subito la parola al Professor Piero Bellini.

Piero Bellini

Desidero ringraziare tutti voi che siete qui presenti. Vi intratterrò molto brevemente e, direi, scusandomi fin da adesso per certe necessarie generalizzazioni – è una materia molto vasta, quindi devo necessariamente arrivare a delle sintesi, qualche volta audaci – che potrebbero essere criticate e io naturalmente accetterò le critiche che mi verranno rivolte; mi auguro di poter stimolare l'attenzione per poi poter discutere le cose che cercherò di dirvi.

Ha parlato il nostro Presidente di un antico rapporto che mi ha legato a Pio Fedele, un rapporto che è durato un'intera vita. Ho conosciuto Pio quando ero ancora studente; lui era un giovanissimo professore; lo andai a trovare occasionalmente: fui sorpreso di quanto fosse giovane e di quanto fosse alla mano, l'autore del *Discorso*

generale sull'ordinamento canonico, che aveva avuto su di me un'influenza enorme, nella mia preparazione, allora di studente, poi, successivamente, di studioso del fenomeno giuridico: di quel particolare fenomeno giuridico – usiamo “giuridico” come espressione un po' generica – che è l'ordinamento canonico. E ricordo che rimasi molto impressionato, allora, oltre che dalla semplicità del Maestro, anche dal suo entusiasmo, dalla carica emotiva che metteva nell'esaltare, nell'ordinamento della Chiesa, il momento della spiritualità. *Tutto* l'ordinamento della Chiesa era, secondo il suo parere, legato alla *salus animarum*, a questo principio supremo, un principio al quale doveva tendere tutta l'energia degli *homines viatores*. E guardava l'ordinamento canonico come l'ordinamento nel quale prevasse in modo assoluto l'elemento spirituale, il quale in un certo senso veniva a coinvolgere anche il momento giuridico – intendendo sempre la giuridicità in quel suo significato piuttosto elastico –.

Questo metter l'accento sul momento etico, per ciò stesso portava inevitabilmente a condurre un'analisi attenta sul momento interioristico dell'atto morale: l'atto morale è un atto che si consuma per intero nella coscienza di un soggetto, sebbene presenti comunque delle proiezioni estrinseche, delle *operationes*. (Sin dai tempi di Abelardo – anche se Abelardo è stato espunto dalla dottrina canonistica – si è sempre distinto il momento dell'*opus operantis* dal momento dell'*opus operatum*, cioè dell'atto in quanto compiuto dall'agente secondo un proprio programma di vita esistenziale e dell'atto quale si reifica, quale si manifesta concretamente nel mondo esterno).

E fin da quel primo incontro io ricordo (ho avuto modo poi di entrare in confidenza con Pio, essendo la nostra amicizia durata per oltre cinquant'anni) di avergli spesso obiettato come fosse improprio parlare di *spiritualità totale* dell'ordinamento della Chiesa. Assumere l'ordinamento canonico come dominato totalmente da un principio di *aequitas* – intendendo l'*aequitas* come *caritas*, come benevolenza,

come apertura, come mediazione, come direi quasi accomodamento, talvolta, tra esigenze troppo imperiose e necessità del vivere comune – a me sembrava un qualcosa che entrasse in contrapposizione assoluta con l'assoluta interiorità dell'atto morale. *Aequare* significa “bilanciare”: l'*aequitas* – sempre che noi vogliamo assumerla in questo suo significato nativo – presuppone la “intersoggettività” del comportamento. Vero che all'interno della propria coscienza si può *aequare* tra quelle che sono esigenze interne proprie; però l'*aequitas*, quando viene portata sul piano della reificazione fattuale, implica necessariamente la compresenza di più elementi; e quindi io mi ponevo allora (e mi sono posto successivamente) la questione di come si possa conciliare questa idea della totale interiorità dell'atto morale, della totale appartenenza dell'atto a ciascun soggetto, con una *aequitas* che, in qualche misura, deve tener conto, invece, di una posizione equivalente, di una posizione che possa essere equiparata, che possa essere *aequata*, rispetto al bene supremo di ciascuno.

Naturalmente questa idea che l'ordinamento canonico comportasse una sorta di commistione/confusione tra elementi giuridici ed elementi etici, mi ha sempre destato una certa perplessità. E andando riflettendo su questo argomento io sono arrivato poi alla conclusione – che può essere errata e che sottopongo alla vostra benevola attenzione – che, invece, il momento etico (totalmente “interioristico”) e il momento equitativo (di necessità “esterioristico”, poiché deve compararsi con qualche altro elemento esterno), non si contrastino all'interno dell'ordinamento canonico, non siano confusi all'interno dell'ordinamento canonico, ma siano tra loro coordinati e ridotti a sistema. Ridotti a sistema, non in modo esplicito, ma direi quasi per una sorta di “intuito pratico”.

Mi riferisco in modo particolare a quella che è la lezione della grande canonistica della più florida stagione della Chiesa neo-latina. La grande canonistica non procede per generalizzazioni formali, non pro-

cede per idee astratte che poi applica alla realtà; procede bensì attraverso le *solutiones* date alle singole *quaestiones*; e queste varie *solutiones*, di volta in volta, rispecchiano un determinato modo di guardare ai problemi. E allora, se noi esaminiamo le varie *quaestiones* così come si presentano e le varie *solutiones* così come sono date alle *quaestiones*, noi vediamo che la grande canonistica, anche senza arrivare a delle formulazioni esplicite, mostrava comunque una netta percezione di quale fosse l'area di applicazione della eticità e quale l'area di applicazione della giuridicità (intesa nel senso canonistico del termine).

Per poter affrontare il problema dobbiamo necessariamente partire da un presupposto, che tipicizza la giurisprudenza – intesa in senso latissimo – canonica e che la differenzia da altre riflessioni, che partono da altri presupposti. Per cui, riferendosi in modo particolare al diritto naturale, spesse volte noi vediamo come i legisti abbiano di esso una visione completamente diversa da quella dei canonisti, con la facile possibilità di commistioni tra quello che è il discorso civilistico e quello che è il discorso canonistico.

I canonisti danno del diritto naturale una “nozione forte”, che si differenzia marcatamente – per essenza direi – dalla “nozione debole”, che invece del diritto naturale danno i romanisti, cioè le correnti stoiche o stoicizzanti della giurisprudenza classica romana. Lo *jus naturale* della giurisprudenza classica romana è, molto spesso, ricondotto al diritto dei primordi, è un *jus primaevum*, un diritto dell'età originaria dell'uomo, una sorta di *aetas aurea* che ricorda quasi il paradiso terrestre, quando gli uomini erano semplici e la semplicità dei rapporti che intessevano faceva sì che questi potessero essere regolati da alcune norme elementari.

Però, nel momento stesso in cui si affermava l'idea che vi fossero dei principi generali, originari dell'uomo, che rispondevano alla ragione naturale dell'uomo, a questa *aequitas naturalis et rationalis*, a questa *aequitas* che viene ad identificarsi quasi con la *ratio non scrip-*

ta, questa idea veniva corretta dal fatto che, venendosi intrecciando e complicando i rapporti tra gli uomini, venendosi cioè infittendo quella che era la relazionalità sociale, fosse indispensabile che questo diritto, semplice ed originario, fosse integrato da un diritto positivo: si diceva che, sorgendo nuove necessità ed esigenze – *usu exigente et humanis necessitatibus*, era una formula ricorrente – intervenisse il diritto positivo ad integrare o addirittura a modificare il diritto naturale; per cui si poteva rappresentare un rapporto tra quella che era la larghezza propria del diritto naturale e quello che era il rigore – *rigor juris* – proprio del diritto positivo. Questa derogabilità e modificabilità del diritto naturale, secondo i romani, è concepibile perché il diritto naturale rispecchia in sé dei valori ideali, che sono sostanzialmente dei valori umani.

Nulla di tutto questo nell'ordinamento canonico. L'ordinamento canonico non parte dell'idea che il diritto naturale sia una espressione d'una naturalità meramente umana. Parte invece dall'idea che il diritto naturale sia l'espressione della naturalità impressa all'uomo da una volontà superiore. Ciò che integra l'idea canonistica del diritto naturale – dal quale poi dipenderanno tutte le ulteriori implicazioni – è proprio questo: che l'ordine naturale è l'ordine che risulta dalla natura quale Dio l'ha voluta. Cioè si assume che Dio, il Dio creatore, il Dio demiurgo del Vecchio Patto, abbia creato l'ordine naturale, le cose e gli esseri razionali, secondo un sommo principio di ragione, una *ratio gubernatrix*, una *summa ratio gubernativa in mente Dei existens* (sono formule ricorrenti nella grande canonistica).

Ed allora si assume che Dio non soltanto abbia creato le cose e gli esseri che vivono nella creazione secondo un ordine preciso, ma abbia voluto imporre a questo ordine, proprio per la bontà che lo connota, una sua vincolatività. L'ordine impresso alla natura non è un ordine casuale, ma è un ordine che diventa perentorio per coloro che agiscono nella natura, che si servono della natura, o che voglio-

no andare *praeter naturam* o addirittura *contra naturam*. Quindi noi abbiamo, in questa rappresentazione dell'*ordo naturalis*, l'idea che esso non sia soltanto l'ordine delle cose create, ma sia anche l'ordine di ciò che debba esser fatto nell'ambito della creazione. Si passa dall'«essere», dalla considerazione delle cose quali sono, al loro «dover essere». Verrebbe facile a questo punto richiamarsi ai noti principi humiani sul salto logico dall'essere al dover essere; ma a questo si sottrae la grande cultura canonistica – non poteva aver letto David Hume, ma anche se l'avesse letto si sarebbe sottratta lo stesso dalla predetta critica – perché ciò che determina il passaggio dall'«essere» della natura al «dover essere» del comportarsi rispetto alla natura, implica una “interposizione nomotetica” di Dio: è Dio che interviene con la sua volontà, disponendo che la natura venga osservata ed osservata in un determinato modo. Determinante questo intervento dell'ordine divino: questo intervento della *voluntas* e della *ratio* divina. Difficile comunque stabilire ciò che appartiene alla *voluntas* e ciò che appartiene alla *ratio*: tutta la cultura del mondo moderno è una cultura che antepone alla *ratio* la *voluntas*, o che talvolta vuol far salva la *voluntas* nei limiti della *ratio* (basti pensare ad alcuni provvedimenti anche recentissimi del magistero pontificio, per rendersi conto che questo è ancora un problema attuale). Comunque – *canonice loquendo* – la natura diviene il *fons cognitionis*, la fonte di cognizione del diritto naturale: diventa cioè quell'insieme di fenomeni dalla cui valutazione si può ricavare quella che è la volontà normativa di Dio, quello che Dio ha voluto che gli uomini facessero; e quindi si passa dall'essere della natura, al dover essere che si ricava dall'essere, perché rappresentato nell'essere quale Dio l'ha realmente voluto.

Ora, vedete, il fatto che nella natura si esprima il volere imperativo di Dio, comporta delle conseguenze non irrilevanti. La prima è che noi ci troviamo dinanzi ad un diritto non disponibile dagli uomini: mentre il *jus primaevum* dell'antichità poteva, sulla base di

una valutazione equitativa di mera utilità – *usu exigente et humanis necessitatibus* –, essere modificato. Di qui – per gli uomini – una larga disponibilità del diritto naturale. Ed essi hanno continuato ad averla finché hanno proseguito, anche in tempi recentissimi, a considerare il diritto naturale come cosa dipendente in fondo dagli uomini, come cosa antropocentrica, come qualcosa che va riferita alla natura dell'uomo per come essa è, indipendentemente da un fattore che l'abbia creata. Visione – questa – non accettabile invece da un punto di vista ecclesiastico e canonistico: l'uomo non ha la disponibilità della natura; l'uomo deve obbedire all'ordine naturale; l'uomo deve rispondere all'ordine naturale, perché l'ordine naturale gli si rivolge come un ordine imperativo; non solo come un ordine imperativo, ma come un ordine “superiormente” imperativo, perché l'uomo non può ad esso sottrarsi. Aggiungerò – di più – trattarsi d'un ordine “totalmente imperativo”. Non sarebbe da Dio che Egli, nel rivolgersi agli uomini, comandasse loro degli atti meramente interni, o degli atti meramente esterni: Dio dagli uomini pretende un'obbedienza totale, e nella interiorità del sentimento, e nella exteriorità del comportamento. Il comandamento divino, per sua essenza – senza di che Dio più non sarebbe Dio –, implica questa “totalità di adesione” che viene richiesta al soggetto; una totalità di adesione che riguarda anche la intimità della coscienza. Il Dio cristiano – a differenza degli antichi *numina* – è un Dio che vive nella coscienza degli uomini. I romani non hanno questo concetto. Cesare non è *perscrutator rerum*. Al sacerdote pagano interessava che l'uomo compisse il rito, non che al rito si accompagnasse anche la devozione, una devozione intesa come sentimento vivente della interiorità della coscienza. Il comandamento divino, invece, ci proviene da una divinità che, secondo l'accezione cristiana, vive nella interiorità della coscienza, che ha preso possesso della interiorità della coscienza e ad ogni singolo individuo si rivolge individualmente: *tu*, non rubare; *tu*, non com-

mettere atti impuri; non sono precetti generali, sono precetti che si rivolgono ai soggetti nella loro identità, nella loro specificità, direi nella loro non fungibilità. E non solo non è fungibile ogni creatura razionale, ma direi che non è fungibile ogni atto che ogni creatura razionale ponga in essere. L'essenza profonda della moralità cristiana – o della moralità anche illuministica esemplata su quella cristiana – è quella della irriproducibilità di ciascun essere umano e della irriproducibilità di ciascun atto di ciascun essere umano: noi la nostra vita ce la portiamo tutta appresso, i nostri atti ce li portiamo tutti appresso e ne rispondiamo in tutti i momenti, senza accettare l'idea di una *aequatio*, di una *aequitas* che in qualche misura venga ad attenuare la nostra responsabilità, possa in qualche misura addolcirla (il *dulcor benevolentiae* potrà essere certo applicato, ma entro limiti che non comportino una lesione alla integrità del proprio spirito). E allora, posta la questione in questi termini, si comprende come quello che sopravanza in intensità sia il momento empatico, il momento emozionale, il momento della adesione piena al precetto divino: il precetto divino è un precetto che si rivolge agli uomini sotto forma anzitutto di precetto etico e poi sotto forma di precetto disciplinare (o giuridico, nel senso molto lato di cui dicevo).

Il comandamento di Dio è totalizzante. Noi non siamo capaci di rappresentare la totalità di un comandamento; siamo dunque portati inevitabilmente – se ne potrebbe discutere – a calare questa realtà che supera la nostra capacità comprensiva in quelli che sono i nostri strumenti ordinari colloquiali. E quindi è quasi inevitabile che il comandamento totalizzante di Dio sia stato rappresentato dagli uomini, secondo categorie umane, come comandamento etico, nei limiti in cui si rivolge all'interiorità delle coscienze, e come comandamento giuridico – o paragiuridico – laddove si rivolge alla exteriorità del comportamento. E allora noi abbiamo una sorta di fascio di precetti, che vanno in parallelo: da un lato un precetto etico, dall'altro un pre-

retto giuridico. Però, questo parallelismo dei precetti non significa affatto confusione: il precetto etico e il precetto giuridico possono essere espressi nei medesimi termini, con le stesse formule verbali, ma queste formule verbali esprimono significazioni non soltanto diverse, ma direi “necessariamente diverse” e diverse *quoad essentiam*. Cerco di spiegarmi con un esempio: il precetto “non uccidere”. Che cosa significa “non uccidere” come precetto etico? Significa che tu non devi nutrire, entro il tuo animo, sentimenti di rancore, di odio o di invidia, specialmente se si tratta di sentimenti tanto intensi che ti portino a recare danno al tuo prossimo; tant’è che il precetto *non occides*, in quanto precetto etico, è violato anche se l’evento non si verifica: se io odio il mio fratello, esco per ucciderlo e non lo uccido per caso, ad esempio perché non lo trovo, io nel mio animo, nel mio spirito, il fratello l’ho ucciso; la norma etica, in quanto norma etica, l’ho violata, non avendo io corrisposto al comandamento dettato da Dio di non odiare il fratello. Laddove – se questa stessa formula, *non occides*, noi invece la intendiamo per individuare il comandamento giuridico (o paragiuridico) che viene espresso – vediamo che cambia completamente il punto di vista: in questo caso il valore da realizzare non è il valore della interiorità della coscienza del potenziale uccisore, ma il valore della vita del potenziale ucciso. Il punto di vista si inverte radicalmente: quello che conta non è più tanto la intenzione del soggetto di uccidere, ma il fatto oggettivo della uccisione. Rileva certo anche la intenzione, ma essa conterà come un fatto accessorio dell’uccisione, così come, nell’altro caso, il fatto che io odi il fratello, ma non fino al punto di ucciderlo, sarà un elemento qualificativo della intenzione, della mia *mala voluntas*. Del pari, nel caso della norma giuridica, la presenza di una *mala voluntas* o di una *bona voluntas* può qualificare il fatto dell’uccisione: posso uccidere per rancore, posso uccidere per difesa, posso uccidere per difendere la patria, posso uccidere per pietà. (Oggi il problema dell’eutanasia è

proprio questo: l'uccisione per pietà; e allora in questo caso noi abbiamo certo la violazione di un precetto giuridico che vuole che non si uccida, però si pone il problema di quanto l'interiorità della coscienza possa influire sulla eticità del fatto).

Si dà in somma – nell'ambito della «precettività naturalistica» – che alla «legge morale naturale» (alla «*naturalis ethica*»: nella quale si ricomprendono le espressioni normative di funzione interioristica desumibili dalla nativa ordinazione delle creature razionali, e riferibili all'intima vicenda di ciascun essere umano in ragione della ordinaria esperienza di vita cui è chiamato *in terris*) si dà che a questa «*lex moralis naturalis*» si accompagnino – sul piano questa volta della relazionalità comunitaria – altrettante espressioni normative invece attente ai comportamenti umani estrinseci (alle «*operationes*») in cui detta esperienza si traduce in termini reali. E qui a venire in campo è il «*ius divinum naturale*»: in cui difatti è ravvisabile la risultanza normativa di una sorta di «intersubbiectivizzazione della regola morale naturale»: d'una «proiezione» di essa «sul piano della relazionalità interpersonale». Ed è proprio nella economia di questa relazionalità inter-personale che viene correttamente fatto di parlare di “*aequitas*”: di “*aequatio*”: di raffronto cioè fra opposte situazioni che vengono in competizione fra di loro. *Aequare* significa appunto “comparare”, “bilanciare”. Significa “contemperare”.

Ora, che cos'è che tipizza l'ordinamento canonico rispetto all'*aequitas*? Conta anzitutto il fatto che la componente etica dell'ordinamento canonico non può che dare uno spazio limitato all'*aequitas*, perché detta componente rimane chiusa, per la logica stessa del fatto etico, nella coscienza di ogni singolo soggetto. Cosicché il soggetto potrà *aequare*, potrà bilanciare, quelli che sono alcuni suoi bisogni con altri suoi bisogni; in modo particolare, potrà bilanciare le esigenze che attengono alla sua salute spirituale e le esigenze che attengono alla sua utilità materiale. E allora si pongono una serie di questioni,

che riguardano la interiorità della coscienza, riguardano cioè come si possa, nella interiorità della coscienza, in qualche misura bilanciare l'esigenza fondamentale della propria salvazione con altre esigenze, meno fondamentali, che attengono alla esperienza terrena. Tipico esempio quello delle cosiddette "presupposizioni" – che si dicono inventate dalla Pandettistica tedesca dell'Ottocento, quando sono invece state teorizzate dai canonisti vari secoli prima –. Cos'è la presupposizione? È una condizione sottintesa. C'è che, nel momento in cui un soggetto promette, per il fatto di promettere in coscienza assume una obbligazione, perché se ha voluto, ha voluto e deve adempiere ciò che voluto. Se io ho promesso cento, debbo dare cento. Però può darsi che il dare cento in certe circostanze si riveli qualcosa di eccessivo rispetto a quella che è la relazione sociale nella quale è vissuto quel particolare accadimento. E allora può appunto subentrare il meccanismo delle cosiddette condizioni sottintese: nasce l'idea che quando si promette un qualcosa, quel qualcosa lo si promette con delle condizioni subintellette. Si parla di *subauditiones* o *sublimitationes*: le quali sono appunto invocate per delimitare in foro interno la portata dell'impegno assunto. Ce ne sono di molti tipi: *si vixero*; *si maritus voluerit*; *si Deus voluerit*; *si res in eodem statu manserit*: e via di questo passo. Si dà per naturale che, quando uno assume una obbligazione, la assume non in senso assoluto, ma con delle clausole che non ha bisogno di esprimere perché rientrano nell'esperienza etica di ciascuno.

Quand'è che questa *aequatio* riferita alle condizioni subintellette diventa pericolosa eticamente? Nel momento in cui si passa – mi riferisco in particolare ad alcuni testi di Innocenzo III – dalla categoria delle *condiciones subintellectae*, alla categoria delle *condiciones subintelligendae*; che può sembrare un gioco di parole ma non lo è, perché mentre nell'un caso si dà per accertato che quelle condizioni siano effettivamente sottese alla coscienza del soggetto e si

assume che siano valide fin quando rimangano sottese alla coscienza del soggetto, invece, nel secondo caso, si tratta di condizioni che si danno *a priori* per sottintese, si danno per accettate, anche se in effetti non lo sono. Tant'è che in qualche caso si può offrire alle coscienze meno vigili la possibilità di aggirare l'ostacolo etico, che vorrebbe la osservanza del promesso. Altri casi possono riguardare le obbligazioni che sono assunte sotto violenza o per timore. La dottrina canonistica classica più rigorosa – mi riferisco in particolare ad Uguccione – sostiene che, se qualcuno ha promesso, anche se è stato forzato a promettere, deve mantenere la promessa, perché egli ha comunque voluto assumere l'impegno e quindi lo deve adempiere, altrimenti commetterebbe un peccato; mentre l'altro – quegli che ha esercitato la violenza – si trova in una situazione speculare, perché ha commesso un peccato nell'esercitare tale violenza, quindi il suo è un *turpe lucrum*, e allora, nel momento in cui riscuote ciò che gli è dovuto, è tenuto eticamente a restituirlo: noi abbiamo quindi questo curioso meccanismo – che ricorda un po' all'inverso il *solve et repete* delle leggi finanziarie – cioè il fatto del *solve et restitue*: il *solve* riferito al soggetto che ha assunto l'obbligazione imposta e il *restituere* a carico di colui che deve restituire il maltolto. I canonisti si accorgono di quanto sia complicato questo meccanismo e allora, in nome dell'*aequitas*, introducono l'idea che, invece di far luogo al pagamento e poi ottenere la restituzione, il soggetto possa opporre una *exceptio metus*, possa opporre cioè l'eccezione del *metus* subito. È chiaro che questo è un meccanismo semplificante, che però è criticato dalla parte della dottrina più legata alla solidità dei principi – mi riferisco ancora una volta ad Uguccione – la quale dice che, sebbene si tratti certamente di un modo pratico di risolvere il problema, espone tuttavia l'anima al pericolo della propria autodistruzione, perché la espone al rischio mortale di ferire la propria integrità, essendo l'anima rimessa alla coscienza di chi la gestisce, rimessa

alla sinderesi: si parla infatti di *obligatio sinderesina* (la sinderesi è la parte più profonda della nostra coscienza: l'*anima animae*).

Invece, laddove l'*aequitas* ha un campo di applicazione molto ampio è nell'ambito del diritto naturale: non dell'etica naturale, ma appunto del diritto naturale, cioè di quelle norme che noi ricaviamo attraverso il processo di proiezione, di cui ho detto, della regola morale sul piano della relazionalità intersoggettiva. Tant'è che il *jus naturale* dei canonisti viene addirittura, in modo esplicito, identificato con l'*aequitas*: si parla di *jus naturale id est aequitas*; si parla di una azionabilità – per esempio dei patti nudi – *de aequitate naturali* o *de jure naturali*, assumendo che il *jus naturae* e l'*aequitas naturalis* siano la stessa cosa. Anzi si arriva a dire che l'*aequitas* si identifica addirittura con Dio: *Deus id est aequitas*, ovvero *aequitas id est Deus*: ci sono frequentemente queste diadi, che hanno anche la forza dell'allitterazione, servono cioè anche per ricordare la sostanza della cose.

Torna la considerazione del principio per cui il diritto naturale dei canonisti non corrisponde al *jus naturae* dei romanisti, essendo il diritto che si ricava dall'ordine voluto imprimere da Dio all'ordine creato e quindi un diritto valido *in perpetuum* che non può essere in nessun caso derogato dalla coscienza dei soggetti. D'altronde, la formula romanistica che riguarda il diritto naturale non era affatto impeccabile: *jus quod natura omnia animalia docuit*; quel *natura* può esser inteso in due modi diversi, o come un ablativo: ciò che “per natura” viene insegnato agli animali; o come un nominativo: ciò che “la natura” insegna agli animali. E mentre i romanisti, che sono combattuti tra la fedeltà ai testi romanistici e la fedeltà agli insegnamenti della Chiesa, oscillano, invece i canonisti non hanno esitazioni: quel *natura* è un nominativo: *natura id est Deus*, è Dio che lo vuole; e allora il *jus naturae* è quel diritto che la natura, *id est Deus*, cioè Dio (nominativo), vuole che venga osservato dagli *omnia animalia*.

Questo naturalmente comporta il pericolo di un immanentismo, per cui i canonisti in un dato momento abbandonano quella romanistica per formulare una propria nozione di diritto naturale, la quale viene solitamente ricordata per parti separate e, invece, va ricordata nella sua interezza: essa è dovuta, com'è noto, a Graziano, che teorizza il diritto naturale come il *jus naturale quod in lege et Evangelio continetur* (cioè il diritto che è contenuto nella legge e nel Vangelo); ma non si ferma qui Graziano, perché si rifà al *principium primum* del “non fare agli altri quello che non vorresti che gli altri facessero a te”, che è poi l'etica naturale del Vecchio Testamento, accolta in eredità nel Nuovo Patto. Non dimentichiamo che quando al Cristo viene posta la domanda di quale sia il sommo dovere del fedele, Egli parla anzitutto del sommo dovere di onorare Dio con tutta l'anima, tutta la coscienza, tutte le forze e poi parla del *secundum principium* «ama il prossimo tuo come te stesso», aggiungendo immediatamente dopo che questo era ciò che dicevano “la legge e i profeti”; perché quando il Cristo vuole esprimere il *preceptum novum* non dice «ama il prossimo tuo come te stesso», ma dice «amatevi come io vi ho amato» e aggiunge: «non si ama tanto l'amico se non si dà la vita per lui», il che sta a significare che l'etica cristiana non è l'etica naturale del Vecchio Testamento, ma è l'etica soprannaturale dell'amare il prossimo non come ma più di se stessi. Anzi, “prossimo” non viene inteso nel senso di “colui che ti è più vicino” (il “prossimo” del Vecchio testamento è un superlativo), ma nella dizione evangelica successiva il “prossimo” diventa “quel qualcuno che ti incontra”. È il samaritano – i samaritani sono nemici dei Giudei – che si fa buono, che si fa “prossimo” dell'ebreo che ha bisogno di essere aiutato, il che significa che bisogna tanto più aiutare il prossimo, quanto più egli ci è “altro”.

Troppo esigente l'etica soprannaturale per essere applicabile alla generalità degli uomini. Essa rimane un'etica riservata a pochi eletti:

a coloro che si votano a una vita di maggior rigore. Per la generalità degli uomini vale invece perentoriamente l'etica naturale. E rispetto a questa l'interpretazione di Graziano farà testo. E – sulla base di quell'insegnamento – l'*aequitas canonica* verrà a differenziarsi *quoad essentiam* dall'*aequitas* degli antichi giureconsulti. Questa rispondeva fondamentalmente ad una *ratio utilitatis*. I canonisti ragionano invece prevalentemente sulla base della *ratio animae*: non vale cioè che questo contemperamento delle proprie esigenze con le esigenze altrui avvenga sulla base di un principio utilitaristico, ma deve avvenire secondo un principio di amore reciproco, di benevolenza, di *caritas* (la *caritas christiana* non è la nostra filantropia: la filantropia è l'amare l'uomo per quel tanto di umano che rappresenta; *caritas christiana* significa, invece, amare l'uomo per quanto in lui c'è di divino. Se noi prescindessimo da questo, prescinderemmo dalla comprensione della *caritas christiana*. Tutto avviene e non può che avvenire, nel sistema etico cristiano, che *propter Dei*, in nome di Dio). In questo modo l'*aequitas* diventa quell'elemento che cerca in qualche misura, sul piano della relazionalità intersoggettiva, di completare, di raccordare, di contemperare, quelli che sono i bisogni – utilitaristici, ma anche etici – degli uni, con i bisogni degli altri: un caso tipico è quello della azionabilità dei patti nudi, la azionabilità delle obbligazioni naturali.

L'*obligatio naturalis tantum* è quella obbligazione che non può invocare *in civilibus* una azione, perché non vi è un *vestmentum*, non vi è una *causa*, un qualcosa che intervenga per rendere l'obbligazione oltre che una *obligatio naturalis*, una *obligatio et civilis*. I canonisti non ragionano così: per essi, se l'*obligatio* è *naturalis*, se risponde alla *ratio naturalis*, all'*aequitas naturalis*, all'*aequitas rationis*, alla *ratio aequitatis*, questa obbligazione di per se stessa ha diritto all'azionabilità. Allora si parla di una *obligatio naturalis et canonica*, di un'*actio canonica de iure naturali (de aequitate)*: questo, tuttavia, può

avvenire solo nei limitati casi in cui l'obbligazione può essere portata davanti al giudice ecclesiastico, competente *ratione loci*, o *ratione personarum*. Siamo dunque nel campo della naturalità: si dà però che la Chiesa agisce, o dovrebbe agire, nel campo della spiritualità. E allora, la dottrina canonistica è portata talvolta a generalizzare quelle applicazioni di *aequitas* che si hanno in materia di obbligazioni naturali, come se fossero una caratteristica dell'ordinamento canonico.

Io ho cercato di distinguere – è distinzione che non esiste nelle fonti, quindi è una mia invenzione – tra *ius canonicum in spiritualibus* e *ius canonicum in temporalibus*. E s'intende che quanto ho detto vale in via specifica per quello che ho chiamato *ius canonicum in spiritualibus*: ossia per quella parte dell'ordinamento della Chiesa che attiene in via diretta alla economia della ecclesialità. È esso – è lo *ius canonicum in spiritualibus* – quello che investe con immediatezza la gestione dei valori religiosi commessi alla missione e alla esperienza della Chiesa. Laddove meno stringenti criteri sono applicabili a quello che ho chiamato *ius canonicum in temporalibus*. Parlo della complessa disciplina che concerne le cosiddette patrimonialità ecclesiastiche: disciplina che una inveterata tradizione canonistica rivendica alla competenza istituzionale, addirittura nativa, della Chiesa. Per non dire dei casi – eccezionali – nei quali il giudice ecclesiastico si trovi per un qualche motivo a dover *iudicare de temporalibus*. Si pensi alle questioni che siano sottoposte al suo giudizio per un qualche *privilegium fori*. Chiaro che – in queste seconde fattispecie – competerà alla Autorità ecclesiastica di rifarsi con ben maggiore larghezza al *principium aequitatis*, per la maggiore “trattabilità”, se si può dire, degli interessi in gioco.

E poi – badate –, se è vero che quando si parla di *aequitas* se ne parla come se fosse un sinonimo, o quasi, di *caritas*, di *benevolentia*, di *dispensatio*, se ne guarda soltanto un aspetto. L'*aequitas*, specialmente per quanto riguarda la disciplina dei costumi, spesso significa

il contrario di benevolenza. È vero che si parla di *aequitas* come di un *jus dulcore aequitatis moderatum*, si parla di un *dulcor aequitatis*, ma si parla anche di *favorabilitas* delle leggi penali; per cui, in certi casi, l'equità impone che venga applicata una disciplina più severa; quindi l'equità, proprio perché non significa – come pensiamo noi – soltanto benevolenza, ma significa “contemperamento”, molto spesso viene invocata per indurire la pena. Tant'è che il Cardinale Ostiense – per rifarsi ad una delle massime autorità della canonistica – parla addirittura, in certi casi, di una *aequitas iniquissima*, quando l'*aequitas* viene applicata come *dulcor*, come dolcezza dei rapporti, anziché come severità dei rapporti, là dove a entrare in gioco sia la salvezza delle anime. Si può non credere a queste cose, ma al riguardo si deve assumere un principio, che talvolta anche la nostra morale laica non rispetta; e cioè che l'eticità o è rigore o non è: e allora, nel momento in cui la eticità comincia ad essere in qualche misura trattata, *aequata*, quando subentra l'*aequitas* a dirigere l'eticità, noi corriamo il rischio che, poco per volta, questo momento della comprensione, dell'apertura, possa finire col far aggio su quella che, invece, è la radicazione alla coscienza della nostra vicenda individuale: io credo che in pochi casi come in quello dell'etica, valga il principio di Lord Gresham – grande cancelliere dello Scacchiere di Elisabetta I d'Inghilterra – per cui “la moneta cattiva scaccia la moneta buona”. Noi siamo in possesso di una moneta buona: la nostra coscienza. Cerchiamo di difenderla: questo anche un laico è disposto non solo ad accertarlo ma a farlo programma della propria vita.

Grazie della vostra attenzione.

DISCUSSIONE

Ferdinando Treggiari

Penso di interpretare – e non ce n'è bisogno, visto il calore con cui avete accolto la sua relazione – il ringraziamento di tutti i presenti a Piero Bellini. Mi permetto solo un paio di riflessioni prima di aprire la discussione. L'*aequitas* – o l'eticità – nella concezione canonistica è dunque rigore. Sembrerebbe un paradosso, dato che la tradizione ci ha tramandato un concetto di equità canonica intesa soprattutto come addolcimento, come criterio mitigatore. La storiografia ha marcato molto questa differenza tra il concetto di *aequitas* dei canonisti e il concetto di *aequitas* dei legisti, sottolineando come i civilisti inclinassero verso un significato più squisitamente giuridico dell'equità, con occhio piuttosto al processo di creazione della legge, al compito del legislatore positivo di fare una norma non contraria ai principi di giustizia. Dovendo il legislatore fare norme per governare le relazioni tra gli uomini, è più immediata l'esigenza di incorporare l'equità nel diritto positivo, nella norma cogente. Il piano della *ratio utilitatis* non è affatto un piano spregevole, tutt'altro: è un piano di operatività, di effettività dei principi di giustizia. Il punto da cui è partito Piero Bellini è estremamente interessante: trasferire una categoria etica, come quella dell'equità, dal piano morale al piano positivo vale come tipizzarla. È un salto difficilissimo, proprio di tutti quei concetti che, trasferiti dal mondo morale al mondo giuridico o diventano evanescenti, o non trovano alcuna efficace collocazione nel sistema. Occupandomi di storia della fiducia ho incontrato sempre la difficoltà del passaggio di questo concetto dal piano morale e dei vincoli interiori a quello della imperatività. Diciamo che concetti, come l'*aequitas*, sono condannati a vivere una condizione permanente di confine tra piani diversi.

Quanto poi alla diversa valenza che per la coscienza può avere il precetto “non uccidere”: ricordo l’episodio narrato da Cicerone della persona che sta per sedersi su un sasso sotto il quale c’è una vipera; a questa scena assiste un’altra persona, che potrebbe avvisare l’altra del pericolo, ma non lo fa, perché dalla morte di quella persona egli trarrebbe un vantaggio. La sua coscienza potrebbe dirsi salva, giacché è la vipera e non lui a uccidere l’altro. Ecco, a stare a quanto ci ha detto Piero Bellini, questo sarebbe un comportamento certamente colpevole, l’omissione dell’aiuto (ancorché non richiesto, perché chi ne avrebbe bisogno ignora di essere in pericolo) comporta comunque responsabilità.

Lascerei ora spazio agli interventi dei presenti.

Anna Talamanca

La splendida lezione di Bellini penso abbia affascinato tutti. Per me ha significato la conferma di una ormai consolidata ammirazione. Conosco da cinquant’anni Piero Bellini e tante volte ho da lui ascoltato questo tipo di riflessioni nei corridoi de La Sapienza, nei lunghi pomeriggi con il Professor Fedele – che mi fa piacere ricordare, avendo Fedele insegnato e illustrato questa Università perugina-. Ricordo Piero Bellini instancabile lettore di manoscritti, negli anni dedicati allo studio dell’obbligazione naturale. Tutta la sua produzione, culminata col testo sul primato del dovere, è sempre stata incentrata sul primato dell’elemento etico sull’elemento giuridico. Per Bellini c’è dunque un’etica, così come c’è un’equità, che non è riconducibile al concetto di Dio: senza dubbio è una ricostruzione lineare, molto rigorosa, che difficilmente può essere contestata (Bellini stesso ha messo le mani avanti, dicendo: «io non parlo da posizioni fideistiche»). Lo ringrazio come collega e come amica, soprattutto

per aver suscitato quest'onda di ricordi. Mi sovviene in proposito una discussione infinita con il Professor Fedele sulla precettibilità degli atti interni: la differenza tra il valore di un'elemosina fatta tanto per apparire e quella fatta invece per sovvenire amorevolmente. Nel diritto canonico le norme fanno i conti con tanti valori: fanno i conti con la *caritas*, con la *ratio peccati*, con certe applicazioni del ragionamento equitativo, che anziché edulcorare il rigore della norma, la rendono al contrario più severa. Ecco, io volevo portare anche una testimonianza di vecchia amica di Piero Bellini. Grazie.

Piero Bellini

Avrete compreso quanto valga l'amicizia nei rapporti tra persone. Naturalmente, le cose che ha detto la Professoressa Talamanca sono state molto generose. Il problema è questo – a proposito anche della “vipera” di prima –: se un determinato soggetto può evitare un evento e non lo evita, eticamente è come se lo avesse provocato. Capisco che giuridicamente queste cose non sono censurabili (o si può sempre trovare una scappatoia per tirarsene fuori), però l'eticità, la norma etica – io devo insistere su questo, specialmente per coloro i quali collocano l'eticità in un progetto che addirittura si proietta in una vita a venire – o è norma rigorosa o si autoannulla, si annulla da se stessa, poiché inevitabilmente si innesca, quando si entra a patti con la propria coscienza, un meccanismo irrefrenabile, una spirale, per cui poco per volta le varie giustificazioni trovano il modo di sorreggersi a vicenda e si verifica un crescendo di giustificazioni possibili. Facevo prima l'esempio di chi cerca il nemico per ucciderlo e non lo trova e ho detto: «costui nella propria coscienza il nemico l'ha ucciso», lo ha ucciso perché l'ha odiato intensamente. Se io odio intensamente qualcuno e voglio ucciderlo e non lo trovo e mi riprometto di ucci-

derlo appena lo vedo, io l'ho già ucciso nella mia coscienza, senza aver commesso nessun atto che sia giuridicamente censurabile dal punto di vista di quello che è l'ordinamento dello Stato. L'ordinamento giuridico ha bisogno infatti dell'evento, giudica l'evento ed attribuisce ad esso un significato di antisocialità più o meno accentuato a seconda anche di quella che è l'intenzione che si è accompagnata alla condotta. La norma etica non riguarda l'evento; la norma etica riguarda l'*animus*, riguarda la coscienza del soggetto, indipendentemente dall'evento. E allora il fatto di poter mettere insieme una norma totalmente intrapersonale e una norma totalmente interpersonale, è una sintesi assolutamente fattibile. La critica che io muovevo a Fedele – e qua non posso ovviamente trattenermi: con Fedele avevo un rapporto di grande amicizia e familiarità, però siamo stati sempre di idee piuttosto diverse, ed era proprio questo che ci rendeva utili a vicenda – era il considerare come una commistione il fatto che si giudichi l'*opus operantis* e l'*opus operatum* separatamente, per cui l'*opus operantis* valutato *ratione peccati* e l'*opus operatum* (l'evento) eventualmente *ratione scandali*, possa essere una contraddizione per l'ordinamento canonico. No, non è una contraddizione: è l'ordinamento canonico! Cioè l'ordinamento canonico che tipo di ragionamento fa? Possiamo non accoglierlo, ma è il suo ragionamento: ed è che le coscienze, secondo le proprie forze e con l'aiuto della Grazia – senza di che nessun atto sarebbe meritorio: si badi, però, che neanche la Grazia può essere meritata, perché è una condizione di merito, un dono gratuito di Dio: *Gratia gratis data* – debbono agire, nei limiti del possibile, in funzione della propria salvezza (senza la Grazia non lo potrebbe, ma senza la propria volontà neanche lo potrebbe); però, questa salvezza avviene in un ambiente umano; e allora si può richiedere che questo ambiente umano venga regolato e dalle autorità ecclesiastiche e, nei limiti della giuridicità mondiale, dalle autorità politiche, in modo tale che i soggetti incontrino una facilitazione o, quantomeno,

non incornino ostacoli, nel realizzare la propria dimensione etica. Le “leggi nutritive di peccato” sono quelle leggi che sono non *causa*, ma che offrono un’*ocasio* di rovina, perché se la legge civile consente ai soggetti di poter contravvenire con la loro condotta alla vincolatività etica, allora questa legge diventa legge nutritiva di peccato, una legge, cioè, che può indurre i soggetti a commettere peccato (caso tipico quello del divorzio: la possibilità di adire un giudice civile per ottenere lo scioglimento del matrimonio è considerata dalla Chiesa una legge nutritiva di peccato; non dà causa al peccato – perché causa del peccato è solo l’assenso dato alla concupiscenza – ma dà l’occasione affinché questo assenso sia dato alla concupiscenza, sia dato cioè ad una lesione della norma etica).

Il sistema canonistico vuole dunque che i soggetti possano seguire la propria coscienza e l’ambiente che li circonda deve metterli nelle condizioni di poterlo fare senza incontrare ostacoli. Ovviamente, ciò presuppone una visione olistica, una visione totalizzante del mondo. Oggigiorno è cambiato tutto, per tante ragioni, non ultima il fatto che non esistono più dei valori condivisi: esistono tante tavole di valori diversi, anzi, l’unico valore condiviso è, in un certo senso, l’accettazione della diversità delle tavole comportamentali.

E allora, in una situazione come quella attuale in cui si accetta non più la uguaglianza – perché questa ormai è ottenuta – ma il diritto alla diversità (che è qualcosa che integra la uguaglianza, dandole qualcosa in più), in cui ciascuno di noi ha il diritto di essere quello che siamo, allora la Chiesa entra in crisi. Col che però essa finisce col sottovalutare la sua stessa capacità pedagogica e messianica: perché, se è vero che la legge dello Stato laico deve essere eticamente neutra, incapace cioè di morale, è vero però che capaci di morale sono i fruitori della legge; e allora è dato alla Chiesa, alle chiese, ai pastori spirituali laici o ecclesiastici, di poter agire sulla coscienza delle persone, non perché la legge sia modificata, ma perché essi facciano

della legge eticamente neutra un uso eticamente motivato. Questa è la battaglia che molti di noi cercano vanamente di combattere: di responsabilizzare cioè i soggetti, non di sottoporli ad una coazione dalla quale si possano salvare ipocritamente: metterli in condizione di fare delle scelte, dando loro il senso che la scelta dipende dalla loro eticità. In questo senso il relativismo, inteso come la concorrenza di valori diversi nel valutare le medesime situazioni, non è un impoverimento ma un accrescimento culturale.

Francesco Reali

A proposito dei padri della canonistica, vorrei chiederle se e quanto Graziano e i suoi discepoli (Paucapalea, Rolando Bandinelli e altri importanti decretisti) siano stati influenzati dalle dottrine (di Ivo di Chartres, Isidoro di Siviglia, ma anche della scienza giuridica franco-longobarda) e dalle collezioni canonistiche antecedenti il *Decretum*.

Piero Bellini

Siamo soliti chiamare i secoli del Medioevo come “secoli bui”, un po’ perché è un *topos*, un po’ perché effettivamente non è che abbiamo dell’Età di mezzo una conoscenza molto approfondita. Nulla nasce dal nulla: il fatto che Graziano abbia, intorno al 1140, scritto la sua *Concordia discordantium canonum*, è un fatto certamente rilevabile. Però il titolo stesso della compilazione di Graziano dà ad intendere che, in precedenza, si fossero formati canoni discordanti. Quali erano questi canoni discordanti? Erano in genere riferiti ai *Patres*, ovvero alla “Patristica”, che in Occidente si dà il caso preceda i secoli bui: Isidoro di Siviglia – il *Decretum* esordisce proprio con un passo di Isi-

doro – è forse il primo ad ascrivere alla competenza della Chiesa tutto ciò che attiene al *jus divinum* e quindi considera di diritto divino tutto ciò che si rifà alla natura (*ius divinum naturale*), per cui si ha già una divinizzazione del diritto naturale. Nelle Istituzioni di Giustiniano si leggeva ancora che “*natura homines liberi nascebantur*”: ma ora, il canonista (o meglio il legista sulla base degli insegnamenti canonistici) nella sua glossa, laddove si dice: “*liberi nascebantur*”, aggiunge: “*et hodie nascuntur*”; ovvero: non solo gli uomini nascevano un tempo liberi per natura, ma nascono ancor oggi liberi per natura; non è un gioco di parole, è un modo completamente diverso di intendere la *natura*, perché nell’un caso la natura è derogabile dalle leggi umane che introducono la *servitus*, nell’altro non è invece derogabile dalle leggi umane, dal momento che diventa *jus divinum naturale*. Tant’è – e qui Isidoro di Siviglia e altri hanno le loro responsabilità – che la schiavitù, che è un principio dominante nel mondo antico, viene ricondotta all’ira di Dio: gli uomini sarebbero tutti liberi, se non fosse intervenuto il peccato originale, che ha introdotto la schiavitù nella vita degli uomini. E allora si ha che questo Dio che è sempre *aequissimus* (*Deus est aequus et bonus*, proprio secondo una definizione di Isidoro di Siviglia) diventa il Dio che con una sua decretazione volitiva ha introdotto l’istituto della servitù; per cui si ha questo curioso paradosso, che l’istituto della servitù, con questo modo di ragionare, esce non solo confermato, ma addirittura rafforzato rispetto al sistema precedente, perché non riguarda più solo il nemico fatto prigioniero in battaglia – che potrebbe essere ucciso e, per un atto di clemenza, viene reso schiavo –, ma riguarda potenzialmente ogni uomo che, a causa del peccato originale, può meritare la propria schiavitù.

È chiaro poi che, in un mondo fattosi sempre più grezzo dal punto di vista della riflessione intellettuale, noi abbiamo, anche nella Patristica, una grande confusione di idee tra razionalismo e volontarismo, che costringe ad un temperamento: ho insistito molto su

Abelardo, che è non solo l'autore dello *Scito te ipsum*, ma anche del *Sic et non*, il cui scopo è quello di provocare l'intelligenza, mettere a confronto dei passi che sono apparentemente in disaccordo per dimostrare come si tratti di termini dialettici ineludibili. Tuttavia, in Graziano, il completamento avviene in modo diverso: infatti, benché si tratti di *canones discordantes*, essi non vengono più considerati antitetici, ma, al contrario, se ne cerca la *concordia*. In tal senso, l'operazione di Graziano è antiabelardiana, perché tenta di conciliare l'inconciliabile ed è per questo che Abelardo, che è il creatore della dialettica, viene messo da parte (infatti né Graziano, né nessun altro canonista cita mai Abelardo: questi è condannato dal concilio di Sens ed espunto dalla cultura ufficiale), poiché la canonistica non deve più provocare le intelligenze, ma disciplinarle: le intelligenze se si provocano non si disciplinano e viceversa.

È chiaro – per rifarmi a quanto detto – che io ho parlato del diritto naturale secondo una concezione dominata dall'idea di un creazionismo provvidenzialistico, cioè una concezione la quale, proprio perché legata ad un fatto teofanico – ad una irruzione del sacro nella storia – è correlata non solo ad elementi di carattere razionale, ma anche ad elementi di carattere volitivo: Dio non è soltanto colui che secondo ragione ordina la natura, ma è colui che *vuole* ordinare la natura in quel determinato modo. Quindi vi è tra la ragione di Dio e la volontà di Dio un rapporto che non sempre è facile da sbrogliarsi, tant'è che per lo più le questioni che venivano agitate nel modo della pre-Rinascenza erano proprio questioni tra coloro che accettavano il razionalismo etico e coloro che invece volevano un volontarismo etico: mentre la scuola per eccellenza, la Scuola Tomistica, esalta in maniera vistosa il razionalismo divino, al contrario le scuole francescane (Guglielmo di Ockham, soprattutto, e i suoi seguaci) contrappongono a questa tendenza razionalistica una tendenza volontaristica: credono cioè che pensare di potere cogliere, o anche intravedere, l'essenza di Dio col

metodo analogico, cioè ricavando dalle creature gli elementi che possono valere all'identificazione del Creatore (che è poi uno dei cavalli di battaglia di Tommaso d'Aquino), sia semplicemente blasfemo; e questo perché Dio è tanto grande, talmente imponderabile dall'uomo che è assolutamente inconoscibile: Dio può essere soltanto raggiunto attraverso un atto mistico di *indiamento* (la parola è singolare, ma è di Dante). Seneca parlava di una *transumanazione*: l'uomo quando giunge ai limiti estremi di ciò che è conoscibile, laddove la ragione non è in grado di soccorrerlo, deve fare questo salto mistico, deve cioè "credere": credere in un qualcosa che si impone per la eccellenza del creduto e non per la sua ragionevolezza. Ancora oggi uno dei principi fondanti della religione cattolica è quello che bisogna credere per l'*auctoritas Dei revelantis*, per l'autorità di Dio che si rivela: quindi la fede non è fatto di ragione ma di volontà.

Talora non si riflette a sufficienza sul fatto che il diritto naturale è una conquista cristiana tarda. Le prime generazioni cristiane sono tutte prese da un disegno escatologico, sono tutte prese da una proiezione ultraterrena. Lo stesso intervento cristico è intriso di principi che negano la logica della naturalità. La natura vuole che gli uomini primeggino: "*beati gli ultimi*"; la natura vuole che gli uomini esercitino la loro sessualità: "*beati i casti*". C'è dunque un ribaltamento della scala dei valori naturali. Il Cristo dice: "*vi hanno detto che...Ma io vi dico*" – colui che ha precedentemente detto è Mosè, sono i profeti – "*Avete inteso che fu detto «occhio per occhio, dente per dente [...]».* *Ma io vi dico non opporvi al malvagio*". Quindi, vi è una costante contrapposizione nell'insegnamento cristico rispetto alla legge mosaica: è vero che Cristo dice che "*neppure uno iota cadrà dalla legge*", però, quando si va alla sostanza del discorso, le cose cambiano completamente: egli rivoluziona completamente quello che è il mondo veterotestamentario. Tuttavia, una società di uomini che si affidi esclusivamente ad una dimensione mistica dura lo spazio di un mattino. C'è che l'uomo si

trova a dover vivere nella realtà del mondo presente, a contatto immediato con le sue esigenze. Sicché poco per volta non può non riconoscere la “naturalità”. Tant’è che – quanto al Cristianesimo – s’è tratti a ritenere che il diritto naturale (il diritto della naturalità) sia una sua componente nativa, quando invece non altro rappresenta se non una “sopravvenienza” determinatasi via via che il Cristianesimo è venuto allontanandosi dalla sua originaria dimensione escatologica di stampo apocalittico. Significativo constatare come lo stesso Agostino nutra dei dubbi quanto al rapporto fra *voluntas* e *ratio*. È significativo constatare come la preminenza data da certa teologia razionalistica – si pensi all’opera di Alberto Magno e di Tommaso – abbia finito con l’approdare alla espunzione di Dio dal sistema. Impensabile che Dio debba soggiacere alla logica aristotelica. Impensabile che egli possa far tutto meno che contraddire alla ragione. L’esaltazione della ragione che a questo modo ne deriva finisce inevitabilmente col condurre ad una secolarizzazione antropocentrica del diritto naturale. Se questo è espressione della ragione – d’una ragione cui sottostà Dio stesso – ben si può dire, alla maniera di Hugo Grozio, che il *ius naturae* esisterebbe «*etiamsi daremus non esse deum*». Il razionalismo successivo fa un discorso completamente diverso rispetto al giusnaturalismo cattolico: mentre il giusnaturalismo cattolico è legato sempre al provvidenzialismo divino, tutto il giusrazionalismo protestante è legato puramente e semplicemente alla ragione. Non solo, ma vi è logicamente una ulteriore inversione: mentre il diritto naturale per il cattolicesimo è “diritto oggettivo”, per le scuole protestanti diventa diritto naturale “soggettivo”. Per cui il diritto naturale non è più un limite da apporre alla autodeterminazione dei soggetti, ma è piuttosto uno strumento perché i soggetti si possano determinare. Tutto questo ha ingenerato la grande esplosione dell’individualismo, di quella che sarà poi la “modernità”. È chiaro che ognuno di questi giuristi – Pufendorf, Wolff, Leibniz, e prima ancora Hobbes – partiva – nel procedere alle proprie sistematiz-

zazioni – da una certa nozione dell’individuo. Chiaro che – se si parte dal presupposto che l’uomo sia malvagio e che il diritto naturale ne debba reprimere gli impulsi – dell’ordine naturale si dà una nozione particolare; se si crede che l’uomo sia un ente etico, se ne dà un’altra; se si pensa che l’individuo cerchi l’utilità, si ha il benthamismo: e via dicendo. E a questo modo si è tanto frammentato il sistema giusnaturalistico, che alla fine la reazione romantica all’illuminismo è riuscita a far giustizia del diritto naturale. Ma ha fatto giustizia di un diritto naturale che, nel Settecento, era diritto vigente: voglio dire che – in nome del giuspositivismo, in nome della concretezza, in nome del rispetto delle tradizioni e dello spirito dei popoli –, si è buttato con l’acqua sporca anche il bambino. Nel momento in cui si è detto che l’unico diritto è quello riportabile ad una fonte autoritativa, cioè allo Stato, si sono eliminati i principi generali, si è eliminato il “giure pubblico europeo”, si è eliminata la consuetudine. Si è così dimenticato quanto a lungo si sia andati avanti con la consuetudine. Ancora oggi noi abbiamo almeno una metà del mondo che non ha un legislatore, perché i sistemi anglosassoni basati sulla *common law* non hanno un legislatore. Infatti, ciò che fa lo Stato non è il legislatore, ciò che fa lo Stato è il giudice, perché il giudice è colui che può intervenire col monopolio dell’esercizio della forza. Una società può benissimo vivere senza il legislatore, basandosi sui costumi: la stragrande maggioranza dei nostri atti avvengono secondo le norme del costume e non della legge; soltanto che, nel momento che io voglio costringerti a fare qualcosa che non accetti spontaneamente di fare, occorre che questo avvenga *iussu iudicis*. *Rex id est iudex*, si diceva un tempo in questa logica.

Nel mondo in cui viviamo – che è un mondo in cui gran parte delle nostre azioni è affidata alla sfera della liceità giuridica – è indispensabile mantenere una funzione “podestarile” dello Stato, cui soltanto appartiene il monopolio della forza: ci possono essere benissimo delle giurisdizioni di carattere settoriale o corporativo, ma nel momento

in cui il *fidelis* più non accetta il comandamento del *praelatus*, o in cui il *filius familias* non accetta più l'ordine che gli provenga dal padre, è necessario che l'uno e l'altro vengano protetti dallo Stato. Lo Stato non è più il tutore dell'obbedienza dei cittadini, ma il difensore della loro eventuale disobbedienza: esso deve garantire a ciascuno di noi di essere differente dall'altro.

I giuspositivisti ritengono che l'unica realtà sia quella del diritto positivo. Io sostengo che il diritto positivo sia una realtà virtuale, poiché esso interviene laddove le forze organiche alla società non funzionano più: se io acquisto un giornale o un qualsiasi altro oggetto, io ho il diritto di proprietà su tale oggetto, ma tale diritto resta puramente virtuale. Il fatto che io lo usi è reale. E allora nei nostri rapporti noi seguiamo quelle che sono le norme del costume, delle abitudini sociali, o comunque di ordinamenti sociali non giuridici. Finché queste regole di coesione vengono osservate, tutto va bene; se vengono violate, allora interviene il diritto: ad esempio, il bambino che io mando a comprarmi il giornale, giuridicamente, essendo un minore, non ha la capacità di agire – e il relativo atto è nullo – e tuttavia sicuramente nessuno gli negherà per questo il giornale. Il problema è destinato ad emergere sul piano della giuridicità quando al bambino non viene dato il resto giusto, oppure quando gli viene venduto un giornale pornografico.

È un fatto – insomma – che, nella stragrande maggioranza dei casi, i nostri rapporti sono regolati dalle norme del costume, la quali sono tali in quanto siano condivise dalla comunità di coloro che le applicano. Quando questo sistema di regole entra in crisi, interviene il diritto a regolare la fattispecie e il giudice è chiamato a scegliere la ragione prevalente: ma, nel momento in cui sceglie la ragione prevalente, elide per ciò stesso le ragioni subordinate, perché deve giudicare e non può limitarsi ad una sentenza di *non liquet*. Questa la funzione del diritto, non del costume, il quale deve invece tener conto della varietà e della complessità delle situazioni e degli interessi.

Per questo la estensione massima della sfera della liceità giuridica comporta una interpretazione massima della responsabilità dei singoli; per questo c'è da puntare sul primato del dovere inteso come dovere sociale, civico, etico, non semplicemente come obbligo giuridico.

Guido Sirianni

Riagganciandomi proprio a queste ultime battute, mi sembra molto interessante analizzare la situazione di quelle norme etiche che si calano all'interno di un ordinamento positivo, senza però ricevere una collocazione facilmente riconoscibile: il foro interno apparentemente ricompare, però nell'elaborazione e nell'applicazione giuridica non si sa che farne, per il fatto stesso che non hanno una sanzione certa e chiara. La formula ricorrente è quella della *lex imperfecta*. Mi viene da pensare, in proposito, a tutte quelle proposizioni che si trovano nella Carta costituzionale, che sono sempre state oggetto di un'attenzione molto limitata: ad esempio, in che cosa consiste l'obbligo di fedeltà alla Repubblica? Che cos'è il sacro dovere di difesa della patria? Che valore ha il giuramento? I commenti delle norme che riguardano il giuramento si limitano a chiarire che, senza giuramento, il procedimento di nomina è invalido, il che significa fondamentalmente perdere quel senso di auto-obbligazione che è insito nell'atto solenne del giurare. E tuttavia il foro interno acquista una dimensione giuridica, ed è solo questo che ci dà il senso del giuramento di fedeltà alla Repubblica e che definisce la portata di quelle norme – indefinite ed oscure secondo un'ottica puramente positivista – che disciplinano i reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione. Dunque, il profilo oggettivo del *munus*, della funzione pubblica, non può fare a meno di queste norme etiche, le quali, tuttavia, conducono ad una necessaria soggettivizzazione del profilo della responsabilità, il che è completamente in rotta

di collisione rispetto alla prospettiva di un potere pubblico completamente oggettivizzato (il potere si stacca dalla persona fisica che lo esercita). E poi un'ultima cosa: la categoria dell'inviolabilità sembrerebbe corrispondere molto all'*inaequabilitas*, anziché all'*aequitas*. Su queste questioni sarei desideroso di conoscere il suo punto di vista.

Piero Bellini

Io non credo che noi possiamo inserire l'elemento della eticità, intesa alla maniera religiosa, nell'apprezzamento di quelli che sono i nostri ordinamenti positivi. E questo perché Dio è *perscrutator rerum*; Dio vive nella coscienza degli uomini – per chi crede a queste cose – e quindi l'uomo, nel profondo della propria coscienza, è nudo di fronte a Dio e sente di dovergli comunque rispondere. L'ordinamento civile non chiede questo: esso chiede una manifestazione esterna di lealtà e di civismo.

Noi possiamo osservare la medesima legge in modi diversi: in modo giuridico, in modo civico, o in modo etico. Se per esempio io mi fermo al semaforo alle due di notte, lo faccio per osservanza ad un dovere civico; quando pago le tasse, lo faccio per ossequio ad un dovere civico (che poi i nostri ministri rappresentino la tassazione come un “mettere le mani nelle tasche dei cittadini” è una brutalità: le tasse vanno pagate perché sono un dovere civico dei cittadini); io ho fatto il caporale di artiglieria perché credevo nell'esercito di popolo e il senso civico mi portava a questo. Teniamo dunque separate queste categorie: il civismo è l'interpretazione politica dell'etica, ma non si ha senso civico per guadagnarsi il Paradiso, bensì per guadagnarsi la dignità di vivere civilmente. Quindi, se io giuro come magistrato di fare il mio dovere, se io mi vincolo ad un rapporto di lealtà verso lo Stato, questo rapporto di lealtà è rimesso al mio agire: può darsi che lo faccia per

carrierismo, per ipocrisia, ecc., ma allo Stato non interessa; allo Stato interessa che il soggetto faccia il servizio militare e paghi le tasse, non che lo faccia volentieri. Tuttavia, se si smarrisce il senso della cittadinanza attiva, se si perde il senso di appartenenza civica (dell'*eiusdem esse civitatis*, coma diceva Cicerone), la *civitas* va in rovina.

Giorgio Repetto

È sempre molto difficile sottrarsi alle suggestioni che emergono dalle riflessioni del Professor Bellini. Mentre ascoltavo le sue parole riflettevo sui pochi studi di storia del pensiero giuridico che ho fatto e mi veniva in mente Vico – il cattolicissimo Vico – che da questo punto di vista può fornire, a mio avviso, elementi utili, in particolare per quanto riguarda la distinzione tra etica e spazio civico.

Sia nel *De uno* che nella *Scienza Nuova* egli, riprendendo Ulpiano, distingue l'equità civile dall'equità naturale: l'equità naturale – dice Vico – è l'arte di adattare il diritto al fatto (e quindi richiama la metafora di Aristotele del “regolo di Lesbo”, che si adatta flessibilmente alla multiformità dell'esperienza); però – precisa Vico – la sola equità naturale, il solo adattamento del diritto al fatto, espone il corpo sociale ad un movimento di inevitabile disgregazione. Vico riflette anche su alcuni passaggi del formalismo giuridico romano, sulla giurisprudenza pretoria, per mettere in luce la potenzialità intimamente disgregante del ridurre l'equità alla sola *aequitas naturalis*; e allora affianca all'equità naturale l'equità civile (che nella *Scienza Nuova* egli chiama “ragion di Stato”): l'equità civile è l'arte di serbare lo Stato con leggi e quindi implica una dimensione dell'impegno civico del giurista in cui lo spazio relazionale del soggetto non è sottratto ad una logica equitativa, ma in cui residua, al contrario, una “equità della relazione”. Su questo punto desidererei sentire la Sua opinione.

Piero Bellini.

Noi possiamo fare il processo alle parole o ai concetti. Che la parola “equità” si presti a cento accezioni diverse, basta prendere un qualunque vocabolario: possiamo parlare di *aequitas canonica*, di *aequitas civilis* ecc. L'importante però è cercare di cogliere non la storia della parola, ma la storia del concetto; cioè se noi intendiamo equità come sinonimo di temperamento, allora si può temperare ciò che sia temperabile: vi sono dei valori che non sono negoziabili, come ad esempio quelli della coscienza – non solo di quella dei credenti –. E allora che cosa succede: che il voler applicare un criterio di temperamento ai fatti coscienziali può far sì che, a un dato momento, la soluzione di ripiego possa far aggio sulla soluzione più rigorosa. Per questo io dico sempre che la morale o è rigorosa o non è.

Mi sia allora consentito, nel chiudere questo nostro incontro, di richiamare proprio l'esigenza – dinanzi al degrado al quale ahimé ci tocca assistere nella nostra esperienza nazionale – d'un risveglio della responsabilità etica dei *cives*; che dia ad essi il senso del loro «*eiusdem esse civitatis*»: del lor essere e sentirsi cittadini d'una medesima Città: partecipi delle vicende pubbliche secondo un vincolo di “cittadinanza attiva”. È divenuta questa – io penso – condizione indispensabile a un riassetto del nostro vivere in comune. Val poco invero compiacersi d'un regime qual è il nostro: dominato da un prorompente pragmatismo utilitaristico, e insidiato da una mortificante deriva populistica. Fatalmente mena – questo avverso concorso di fattori – alla «depolitizzazione» dei membri della *civitas*: i quali dall'«esser cittadini» – organi vitali del *corpus mysticum politicum* – si trovano infine declassati a poco più che «sudditi». Essi – per effetto del prepotere del “mercato” – rischiano di trasformarsi addirittura in un pulviscolo di “utenti”; e di scadere – per effetto della “spettacolarizzazione” della dialettica politica – a componenti anonime d'un indistinto “pubblico”.

VALENTINA COLCELLI^(*)

LA «CONOSCENZA» NELLA TRADIZIONE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La nozione di conoscenza nella tradizione del diritto privato europeo. — 3. La conoscenza come atto di conoscenza. — 4. La conoscenza come conoscibilità. — 5. Errore e dolo come alterazione del processo di conoscenza. — 5.1. Errore e dolo nel testamento. — 5.2. Errore nel contratto. — 5.3. Il dolo nel contratto. — 5.4. La mancanza di informazione non altera la «conoscenza» della realtà. — 6. La «conoscenza» come atto di creatività dell'uomo.

1. — *Premessa.*

Il «conoscere» è un atto profondo. È il comprendere intimamente, intensamente ed adeguatamente le cose o le persone. A questa comprensione si giunge per pratica, per studio, per esperienza o anche per familiarità. La «conoscenza» è spesso consapevolezza.

Il termine «conoscenza», come facoltà del conoscere, è noto che trovi le sue origini nel latino «*cognoscere*», da «*cum*» e «*(g)noscere*» che a sua volta rintraccia le proprie radici nelle lingue indoeuropee: «*gnas*» è «conoscenza» in sanscrito, «*gnósis*» lo è in greco. «*Cognoscentia*», voce dotta del tardo latino deriva, allora, dal participio presente di «*cognoscere*», intendendosi per essa essenza e presenza. Sul piano linguistico «conoscenza» si può intendere come apprendimento, ma anche come consapevolezza, coscienza acquisita nel tempo e nello spazio, acquisizione sul piano logico o dell'esperienza⁽¹⁾. Essa

^(*) Università di Perugia.

⁽¹⁾ S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, III, Torino, 1971, p. 574

è anche la facoltà stessa di percepire o di apprendere. Informazione, invece, è atto con cui si danno o ricevono notizie⁽²⁾. Essa è notizia o nozione raccolta o comunicata nell'ambito di una utilizzazione pratica o immediata. Questa è anche trasmissione e ricezione di messaggi relativi a notizie o nozioni ritenute utili o addirittura indispensabili per l'individuo o la società. «*Informatione*» etimologicamente è il dare forma e l'istruire, dal latino «*in*» illativo e «*forma*».

La «conoscenza», allora, si realizza anche mediante la stratificazione ragionata dell'informazione. La seconda rispetto alla prima può essere un *prius* logico; la seconda spesso ricomprende la prima, strutturandola attraverso un processo di analisi e sedimentazione.

L'intento di queste pagine, allora, si può sintetizzare nella volontà di ricercare il significato del termine «conoscenza» quando di esso ne viene fatto uso nei principali codici civili europei o nella tradizione del diritto privato europeo.

L'indagine potrà, allora, servire per cogliere il significato dell'uso che tradizionalmente si è fatto del concetto di conoscenza nel diritto privato della tradizione europea rispetto al significato che pure dal punto di vista del diritto dell'Unione europea ha assunto oggi il medesimo termine. Il riferimento è alle conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona che sta attualmente alla base di «Europa 2020»⁽³⁾, strategia lanciata in questi anni dalla Commissione U.E. che rafforza l'idea per cui l'integrazione europea debba basarsi sulla «conoscenza».

L'analisi è circoscritta ai c.d. fatti e stati di conoscenza, e non certo diretta alla ricerca di una definizione generale di conoscenza del

ss., nonché G. DEVOTO, G.C. OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1990.

⁽²⁾ Ancora S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, IV, Torino, 1972, p. 978, nonché G. DEVOTO, G.C. OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, cit.

⁽³⁾ Si veda Europa 2020, «Una nuova strategia economica», in <http://www.politichecomunitarie.it/comunicazione/17109/europa-2020-una-nuova-strategia-economica-in-europa>.

diritto⁽⁴⁾, che in quanto tale non potrebbe essere circoscritta all'indagine intorno ad alcune norme del codice civile. A tal fine si procederà ad una ricognizione di alcuni articoli dei principali codici civili europei in cui la «conoscenza» di un fatto contribuisce a realizzare la fattispecie regolata.

La giurisprudenza sul punto sarà allora la cartina di tornasole alla luce della quale ricostruire il significato attribuito al termine «conoscenza» come elemento di fattispecie giuridica nella tradizione civilistica degli stati europei.

2. — *La nozione di conoscenza nella tradizione del diritto privato europeo.*

Nella tradizione europea il termine conoscenza viene solitamente utilizzato come sinonimo di acquisizione di informazione o talvolta come atto di consapevolezza quando esso è elemento costitutivo di fattispecie.

Altre volte però la «conoscenza» è intesa dalla giurisprudenza come consapevolezza di un fatto e non semplice informazione empirica. È il caso dell'applicazione dell'art. 802 codice civile italiano per cui è determinante il momento della presa di coscienza dell'evento, inteso come informazione verificata, che può legittimare l'azione, nonché è un'informazione approfondita della «posible causa de incapacitación en una persona» quella prevista dall'art. 203 código civil español.

La conoscenza è «consapevolezza» del testatore che la cosa dal medesimo legata appartenesse ad un terzo anche ai fini dell'applicazione degli artt. 651 codice civile italiano e ss. Anche se in questo

⁽⁴⁾ W. CESARINI SFORZA, voce *Conoscenza*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 107 ss.

– come nel precedente – la conoscenza dalla quale fare discendere gli effetti della norma è informazione verificata.

Del pari altre volte, nella formazione della fattispecie, all'atto di conoscenza è assimilata la conoscibilità stessa di un fatto (si veda *infra* artt. 1334 ss c.c. italiano e art. all'art. 1262 del codice civil espagnol).

La conoscenza alterata della realtà fattuale, indotta o meno che sia dai terzi, è alla base invece della disciplina dell'errore e del dolo.

Del pari altre volte, nella formazione della fattispecie, all'atto di conoscenza è assimilata la conoscibilità stessa di un fatto; la conoscenza alterata della realtà fattuale, indotta o meno che sia dai terzi, è alla base invece della disciplina dell'errore e del dolo.

È, invece, alla base delle previsioni codicistiche in tema di errore e dolo, sia nei contratti sia nel testamento, l'idea di un'attività o di un fatto che ha capacità di incidere sulla cognizione di chi questi subisce, dove l'alterazione del processo di cognizione è alterazione nella comprensione della realtà

Nella tradizione civilistica esiste, però (e naturalmente) anche uno strumento di tutela della creatività umana, la quale è sicuramente un atto di profondo conoscere: questo è la normativa sulla proprietà industriale.

Non è mai giuridicamente rilevante il solo puro fatto bio-psichico a cui si ricollega la conoscenza.

Una valutazione *sub specie iuris* dei fatti di conoscenza ha bisogno di riferirsi a qualcosa su cui si possa fondare una responsabilità o un'autoresponsabilità del soggetto.

Perché un fatto di conoscenza abbia rilevanza giuridica «si deve richiedere la coscienza della modificazione che ha introdotto la conoscenza: insomma una coscienza cosciente»⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 114.

La «conoscenza», allora, è intesa dalla tradizione civilistica europea come consapevolezza di un fatto e non semplice informazione, per cui è determinante il momento della presa di coscienza dell'evento, inteso come informazione verificata, che può legittimare l'azione.

Altre volte però il termine «conoscenza» nei codici civili è impiegato anche come sinonimo di «informazione» piuttosto che come consapevolezza di acquisizioni ragionate, pur rimanendo fermo il presupposto che il riferimento giuridico non può essere il solo fatto bio-psichico.

In questo caso la conoscenza rileva anche se è stata acquisita causalmente, senza la volontà predeterminata del soggetto, ovvero senza sua iniziativa. In questo caso la conoscenza alla quale si fa riferimento è quella di carattere empirico.

3. — *La conoscenza come atto di conoscenza.*

«La conoscenza è una condizione permanente dello spirito, e la risultante delle incessanti modificazioni che esso subisce [...]. Ma l'esigenze pratiche della vita di relazione richiedono l'individuazione di momenti di episodi isoabili, e cioè di atti di volontà e di fatti di conoscenza. [...] Perché la conoscenza possa acquistare rilevanza nel campo dell'esperienza giuridica, e cioè in ordine ai rapporti sociali regolati dal diritto, si devono poter individuare episodi specifici, ai quali direttamente o indirettamente, si possono ricollegare conseguenze di carattere giuridico»⁽⁶⁾.

Numerose sono le norme nei diversi ordinamenti civili che usano l'espressione «conoscenza» e, rispetto alla quale far decorrere effetti, decadenze o altre conseguenze giuridiche. La conoscenza è in esse

⁽⁶⁾ Testualmente S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 114.

fattispecie o elemento di fattispecie produttiva di effetti giuridici. Esse sono così fatti di conoscenza.

Si tratta di espressioni puntuali della vita psichica che si concretizzano nell'acquisita conoscenza di specifici e determinati dati o fatti della realtà rispetto ad uno o più soggetti, questi fatti divengono così oggetti di valutazioni specifiche in senso giuridico, cioè fattispecie o elementi di fattispecie produttive di effetti giuridici.

La conoscenza del fatto che una persona o un minore — per il caso di genitori esercenti la patria potestà — sia incapace è la condizione per comunicare questo fatto al Ministero Fiscal da parte delle autorità pubbliche o funzionari. In questo caso ultimo caso si tratta di un vero e proprio dovere di trasmettere la notizia al Ministero Fiscal, per questa ragione sembra che la «conoscenza» richiesta ai fini della comunicazione al Ministero non è semplice informazione, quando un'informazione approfondita della «posible causa de incapacitación en una persona» (art. 203 código civil español). Ogni persona diversa dalle precedenti che è a conoscenza di queste situazioni ha la facoltà, non il dovere, di informare il Ministero Fiscal (art. 204 código civil español). Siamo di fronte in questo caso ad un'informazione empirica per quanto seria e verificata. Il Ministero dovrà invece compiere un serio atto di conoscenza approfondendo, ai fini dell'azione, l'informazione ricevuta.

Ai fini del disconoscimento del figlio da parte del marito, l'art. 244 codice civile italiano fa decorrere il termine dell'azione dal giorno in cui quest'ultimo ha avuto notizia della nascita se egli si trovava lontano dalla sua residenza o dal luogo in cui è nato il figlio, non essendo operante alcuna presunzione di conoscenza⁽⁷⁾. Ai fini della decorrenza del termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità, allora, la norma del codice civile in questione

⁽⁷⁾ Cass., 5 agosto 1987, n. 6716, in *Amm. civ.*, 1988, p. 724.

prende in considerazione il momento della «conoscenza» da parte del marito della nascita del figlio della moglie, non rilevando affatto l'eventuale conoscenza della gravidanza della stessa ⁽⁸⁾.

Il padre, invece, che si trova nello stesso luogo nel quale è nato il figlio dovrà esperire l'azione entro un anno dalla nascita, in quanto detta ipotesi è regolata dal codice come una presunzione relativa di conoscenza. Essa potrà essere vinta, allora, solo dalla prova del non aver avuto notizia dalla nascita e non semplicemente dalla prova di non essere stato in grado di averne avuto notizia ⁽⁹⁾.

Ai fini dell'applicazione della norma e quindi della decorrenza del termine di decadenza, la giurisprudenza non sembra concorde nel ritenere che la notizia della nascita debba consistere in una cognizione generica e approssimativa. Essa dovrà contenere in sé elementi di concretezza tali da eliminare ogni equivoco, dubbio o sospetto. Spetterà al giudice di merito stabilire se gli elementi di prova offerti in concreto rivestano il carattere di decisività ed univocità a cui fare riferimento ⁽¹⁰⁾.

Si è, però, alternativamente anche sostenuto come a far decorrere il termine in esame sia sufficiente la mera notizia della filiazione, quale può essere la dichiarazione della madre della nascita del figlio rilasciata al marito in occasione di un suo ritorno, seppur temporaneo. Nel caso di specie la dichiarazione era stata effettuata in occasione

⁽⁸⁾ Cass., 23 febbraio 1977, n. 5727, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Filiazione*. Posizione questa confermata anche da una conosciuta sentenza di merito relativa all'azione di disconoscimento in seguito ad inseminazione artificiale, per cui nel caso di figlio nato a seguito di inseminazione artificiale eterologa (oggi vietata dalla legge) il termine di decadenza per proporre l'azione non decorre per il marito dal giorno in cui la moglie viene sottoposta alle pratiche inseminative artificiali, ma dal giorno della nascita o dalla data ad essa successiva, proprio per il fatto che l'azione di disconoscimento presuppone necessariamente la nascita (Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1576).

⁽⁹⁾ Cass., 7 marzo 1997, n. 2093, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 369.

⁽¹⁰⁾ Cass., 6 luglio 1966, n. 1754, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 667.

del giudizio di separazione personale diretto anche ad ottenere dal marito il contributo per il mantenimento proprio del figlio⁽¹¹⁾.

Il riferimento a precisi momenti conoscitivi è rilevante anche ai fini dell'applicazione della norma sulla revocazione della donazione in caso di ingratitudine.

Ai sensi, infatti, dell'art. 802 codice civile italiano la domanda di revocazione della donazione può essere promossa dal donante così come dai suoi eredi, contro il donatario o i suoi eredi nel termine dell'anno in cui il donante è venuto a «conoscenza» del fatto che consente la revocazione stessa. Gli eredi, pertanto, possono – ai sensi dell'art. 802 codice civile italiano – far valere la volontà del loro donante causa.

Il termine per la proposizione dell'azione⁽¹²⁾ decorre da quando il donante è pienamente consapevole del compimento da parte del donatario dei fatti che legittimano la revoca della donazione⁽¹³⁾.

È determinante ai fini dell'applicazione di questo istituto il momento della consapevolezza del fatto che può legittimare l'azione.

La giurisprudenza precisa, poi che questo momento non si identifica con quello in cui il donante abbia vaghe e generiche notizie del fatto, quanto invece in quello della completa conoscenza di eventi e circostanze tali da determinare in lui la certezza di aver subito nel caso, per esempio, l'adulterio o l'ingiuria grave⁽¹⁴⁾. Questo momento di consapevolezza viene fatto coincidere con la pronuncia della sentenza definitiva del magistrato penale nell'ipotesi in cui il donatario si sia reso responsabile di omicidio volontario della persona del do-

⁽¹¹⁾ Cass., 18 gennaio 1993, n. 595, in *Mass. Giust. civ.*, 1983.

⁽¹²⁾ Termine che viene definito di decadenza e non di prescrizione. Si veda in questo senso Cass., 30 marzo 1995, n. 3795, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 819.

⁽¹³⁾ Cass., 17 giugno 1998, n. 6025, in *Arch. civ.*, 1990, p. 330, la quale parla specificatamente dello spoglio dell'usufrutto riservato su un immobile donato.

⁽¹⁴⁾ Cass., 3 giugno 1993, n. 6208, in *Rep. Foro it.*, 1993, p. 15.

nante. È infatti solo da questo preciso momento che può derivare la certezza della responsabilità del donatario ⁽¹⁵⁾.

Il momento conoscitivo, così come il suo significato, come naturale rileva anche relativamente alla revocazione della donazione per sopravvenienza dei figli, per cui è dalla sopravvenienza o dalla conoscenza dell'esistenza di quest'ultimi che decorre anche in detta ipotesi il termine dell'azione ⁽¹⁶⁾.

È dalla notizia della nascita dell'ultimo figlio o dalla notizia della sua esistenza in vita se questo si credeva morto che decorre il termine di cinque anni per l'esercizio dell'azione di revocatoria della donazione nell'ordinamento spagnolo (art. 644 e ss. código civil español), così come dalla conoscenza di un delitto da parte del donatario contro la persona, l'onore e i beni del donante, ovvero dalla conoscenza dell'accusa di delitti perseguibili d'ufficio *aunque lo pruebe*, a meno che questi reati non siano commessi contro lo stesso donatario, il suo coniuge e i suoi figli; anche la negazione indebita al donante degli alimenti integra una condizione per la revocazione (art. 648 código civil español). Anche in questi casi, come nei precedenti, diventa determinante per la formazione della fattispecie il momento conoscitivo del fatto.

In virtù della presenza degli artt. 806 e 687 codice civile italiano si afferma che le norme relative alla donazione, compresa quella dell'irrevocabilità *ex art. 805 codice civile italiano*, trovino applicazione nel caso in cui la revoca del testamento avvenga ai sensi dell'art. 687 codice civile italiano e cioè per sopravvenienza di figli. Ciò quando «siano gli aventi causa del testatore i promotori dell'azione processuale necessaria ad attivarla e lo facciano in modo contrapposto alla salvezza del testamento, da una parte, per evitare la revocazione di

⁽¹⁵⁾ Cass., 29 settembre 1959, n. 2630, in *Foro it.*, 1960, I, c. 412.

⁽¹⁶⁾ Cass., 1° marzo 1994, n. 2031, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1307.

diritto, e dall'altra per farla valere sul presupposto della loro sopravvenienza alla data di redazione del testamento»⁽¹⁷⁾. Correttamente si è fatto rilevare come la sopravvenienza di figli non sia una revoca in senso proprio quanto un fatto dedotto in condizione legale risolutiva che determina l'inefficacia del testamento⁽¹⁸⁾. Tale natura di condizione legale risolutiva è dimostrata dal contenuto della disciplina che la regola. Ed invero la sopravvenienza di un figlio o discendente legittimo, legittimato o adottivo, ovvero il riconoscimento di un figlio non matrimoniale implica la revoca di diritto delle «disposizioni a titolo universale o particolare».

Questo avviene anche nell'ipotesi di sopravvenuta conoscenza da parte del testatore dell'esistenza, al tempo del testamento, di un figlio legittimo, legittimato od adottivo. Nell'ipotesi in ultimo in esame il fatto della «conoscenza» del testatore di figli o eredi non rileva ai fini di una revoca di diritto delle disposizioni testamentarie. Inoltre la prova della data in cui si avuta «conoscenza» della nascita del figlio, da parte di colui che agisce in disconoscimento, può essere raggiunta anche tramite giuramento decisorio, non trattandosi, il caso di specie, di un fatto relativo a diritti di cui le parti non possono disporre⁽¹⁹⁾.

Nel codice civile italiano, poi, ci sono una serie di previsioni che presuppongono, ai fini della loro stessa applicazione, un preciso atto conoscitivo del testatore sono relative al testamento.

Il testamento/documento può, per la stessa necessità di essere interpretato correttamente ed aderentemente alle volontà del *de cuius*, richiedere la necessità di indagare alcuni presupposti cognitivi di colui che il documento ha redatto.

Alcune delle norme di riferimento sono quelle che disciplinano il legato di cosa altrui o di cosa acquistata dal legatario.

⁽¹⁷⁾ A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, cit., p. 198.

⁽¹⁸⁾ Ancora A. PALAZZO, *op. cit.*, p. 198.

⁽¹⁹⁾ Cass., 5 novembre 1956, n. 4146, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, c. 6.

Perché il legato sia efficace, la cosa legata deve trovarsi nel patrimonio ereditario anche se la stessa vi è pervenuta in un momento successivo al testamento (artt. 651, 652, 654, 655, 656, 657 codice civile italiano)⁽²⁰⁾. È, pertanto, nullo ovvero senza effetto (artt. 634, 655, 657 codice civile italiano), il legato di cosa altrui o di cosa che non si trova nel patrimonio del testatore (artt. 651, 652, 656 codice civile italiano).

Ai fini dell'attuazione delle disposizioni testamentarie richiamate occorre allora far riferimento alla situazione patrimoniale che esiste al momento dell'apertura della successione perché il testatore può disporre anche di beni che non gli appartengono al momento della redazione del testamento, ma rientrati nel suo patrimonio al momento della sua morte⁽²¹⁾.

Fanno eccezione i casi nei quali risulta che il testatore conoscesse l'altruità della cosa ed il suo intento coincide con la volontà di obbligare l'onere a procurare all'onorato il bene⁽²²⁾.

I legati obbligatori di cosa altrui o che non si trova nel patrimonio del testatore solo validi, quindi, solo se vi è la consapevolezza del testatore dell'alterità della cosa, o anche di parte di essa⁽²³⁾.

Diventa pertanto centrale in queste ipotesi individuare la sussistenza o meno della «consapevolezza/conoscenza» del testatore (art. 651 codice civile italiano) che la cosa dal medesimo legata appartenesse ad un terzo.

È il testamento o le «altre risultanze equipollenti» il luogo nel quale va accertata questa «consapevolezza/conoscenza». Per risultanze equipollenti al testamento si può intendere anche una divisione ere-

⁽²⁰⁾ In argomento v. G. BONILINI, G.F. BASINI, *I legati*, p. 158 ss.

⁽²¹⁾ Cass., 11 marzo 2008, n. 6449, in *Mass. Giur. it.*, 2008.

⁽²²⁾ Cass., Sez. trib., 12 luglio 2005 n. 14685, in *Vita not.*, 2005, p. 1070.

⁽²³⁾ Cfr. G. BONILINI, *Dei legati* (artt. 649-673), cit., p. 239 ss.; M. PROSPERETTI, *Legato di cosa altrui e impossibilità della prestazione*, in *Vita not.*, 2003, p. 1144 ss.

ditaria dell'asse paterno tra fratelli non tradotta in atto pubblico né trascritta, ma che comunque conteneva un impegno a rispettarla per l'erede onerato. In questa ipotesi è ritenuto che sussiste «la consapevolezza del testatore della parziale alienità delle cose legate»⁽²⁴⁾.

4. — *La conoscenza come conoscibilità.*

Si è autorevolmente ipotizzato che nel caso specifico della dichiarazione ricettizia incorporata in un documento sia possibile graduare la stessa modalità in cui avviene la conoscenza da parte del destinatario della dichiarazione stessa.

In questo senso si sono individuati i momenti e le fasi che possono caratterizzare la conoscenza della dichiarazione ricettizia. Vi sarà, allora, un momento del tempo, nel quale la dichiarazione entra nella sfera del controllo e di azione pratica del destinatario, e si pone perciò tra quelle entità reali, che per la loro collocazione, sono da reputare allo stesso accessibili senz'uopo di specifica ricerca: è anche il momento in cui si conclude (dove tale procedimento ricorra) la notificazione. Si realizzerà, poi, un momento (successivo e contemporaneo) nel quale, in relazione alle circostanze, è normale che la dichiarazione cada sotto i sensi del destinatario. A questo seguirà l'effettiva ricezione fisica del dato da parte del terzo, ossia la percezione materiale dei simboli in che si esprime la dichiarazione (percezione). È però solo la reazione interiore del dato percepito che consente, attraverso un'attività di riflessione puntuale, di apprezzare il significato (c.d. percezione)⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Cass., 12 giugno 1969, n. 2081, in *Riv. fisc.*, 1969, p. 2368.

⁽²⁵⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, Milano, 1959, p. 290, che ricorda nella sua nota n. 88 anche come con il termine «percezione» sin usa per: «indicare il processo conoscitivo nell'insieme dei suoi due aspetti elementari (percezione pro-

Per quanto detto, allora, la conoscenza si produrrà solo nella fase individuata dall'ultimo degli stadi indicati, ai primi tre corrisponde una mera situazione di conoscibilità sia pure gradatamente qualificata da probabilità sempre più intense di conoscenza⁽²⁶⁾.

La ricezione così non costituisce un momento del perfezionamento della dichiarazione ricettizia, così come non realizza neanche un requisito della sua efficacia. Essa finisce invece per attribuire rilevanza esterna alla dichiarazione stessa⁽²⁷⁾.

L'ordinamento italiano, come quello spagnolo, ha però preferito alla cognizione pura della dichiarazione il momento in cui per il destinatario si realizza l'oggettiva possibilità che egli possa prendere cognizione della stessa. Le ragioni di ciò sono facilmente comprensibili. Questa scelta rende maggiormente sicuri e spediti i rapporti economici, sottraendo l'autore della dichiarazione dalla prova che gli effetti della stessa sono riconnessi ad un atto di elaborazione mentale del destinatario.

Non è conoscenza, quindi, ma conoscibilità, la cognizione richiesta da alcune previsioni normative, come ad esempio dagli artt. 1334 e 1335 codice civile italiano

Non solo l'ordinamento italiano regola il momento di conclusione del contratto *inter absentes* individuandolo nel momento in cui chi ha formulato la proposta è venuto a conoscenza dell'accettazione della controparte, secondo il *principio della cognizione*.

Il riferimento è alla Spagna (art. 1262 del código civil) che in questo senso, per soli i contratti disciplinati dal codice civile, ha equiparato la conoscibilità all'effettiva conoscenza dei fatti. I contratti disciplinati dal codice di commercio, per l'ordinamento spagnolo,

priamente detta, ed appercezione), e vuol essere perciò sinonimo di pesa di coscienza effettiva».

⁽²⁶⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 291.

⁽²⁷⁾ Ancora G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 169 ss.

si considerano conclusi, invece, nel momento in cui chi ha ricevuto la proposta ha spedito l'accettazione, secondo il *principio della spedizione* seguito anche in ordinamenti quali Francia⁽²⁸⁾, e nei paesi di *common law* (*mail-box rule*).

Un atto unilaterale produce il suo effetto dal momento in cui esso perviene a «conoscenza» della persona alla quale è destinato. L'articolo 1334 codice civile italiano fonda, allora, sul momento di «conoscenza» del destinatario gli effetti giuridici suoi propri e le conseguenze che esso è destinato a produrre.

Come detto la modalità di conclusione del contratto a distanza pone il problema di quale sia il concetto di «conoscenza» a cui è necessario fare riferimento perché il contratto possa dirsi perfezionato.

La presenza della previsione di cui all'art. 1335 codice civile italiano così come quella spagnola di cui all'art. 1262 del codice civil espagnol hanno fatto descrivere la conclusione del contratto tra persone lontane nei termini di una «cognizione attenuata», per cui «la conoscenza effettiva dell'accettazione è così sostituita dalla sua conoscibilità»⁽²⁹⁾ imponendo di fatto al proponente che l'accettazione – sebbene giunta al suo indirizzo – possa anche essere stata da lui incolpevolmente ignorata e ciò nonostante il contratto considerarsi concluso.

Il legislatore così ha stabilito una «equivalenza giuridica di un fatto (arrivo all'indirizzo) ad un altro (la conoscenza)»⁽³⁰⁾, preferendo al criterio della conoscenza quello della ricezione⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ Com., 7 gennaio 1981, in *JCP*, 1981, IV, p. 96; benché storicamente l'orientamento della giurisprudenza francese nella formazione del contratto a distanza era legato alla volontà delle parti «*dans les conventions qui se lient par correspondance, la fixation du moment où le contrat est devenu parfait entre les parties, est généralement une question de fait dont la solution dépend des circonstances de la cause*»

⁽²⁹⁾ G. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, t. I., Padova, 2004, p. 213.

⁽³⁰⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 292.

⁽³¹⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 316.

Per di individuare il concetto di «conoscenza» al quale, nell'ipotesi di cui all'art. 1335 codice civile italiano, e quella di cui all'art. 1262 del codice civil espagnol fanno riferimento, è necessario far riferimento alla dichiarazione ricettizia.

La dichiarazione ricettizia assume rilevanza giuridica quando, con la ricezione, si realizza per il destinatario la possibilità concreta di prenderne cognizione.

Dall'atto di conoscenza del destinatario, dalla natura dell'atto ricettizio o del negozio unilaterale, dipende allora la loro natura giuridica, che invece non discende dalla forma che esso può assumere⁽³²⁾. Quest'ultima può semmai esserne solo il sintomo.

Salvo allora le ipotesi in cui la forma di un atto ricettizio sia prescritta per legge o per volontà delle parti, il codice italiano, per esempio, non impone né lettere raccomandate con ricevute di ritorno né altro mezzo particolare per determinare nel destinatario la conoscenza dell'atto unilaterale. Neanche la notificazione è pertanto richiesta. Per tale ragione deve ritenersi idoneo allo scopo qualsiasi strumento di comunicazione. Si richiede soltanto che esso sia rispondente in concreto allo scopo di farne apprendere nel suo significato il contenuto al destinatario⁽³³⁾.

Anche qualora le parti, invece, convengano che la comunicazione di atto debba avvenire con una forma determinata, quale possa essere una raccomandata, allora proprio nel caso di quest'ultima non sarà sufficiente che questa sia spedita, ma in ragione delle previsioni di cui agli artt. 1334 e 1335 codice civile italiano è necessario che essa pervenga a conoscenza del destinatario (1334 codice civile italiano) ovvero che essa possa desumersi da questo conosciuta (art. 1335 codice civile italiano)⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Cass., 3 ottobre 1985, n. 4783, in *Mass. Giust. civ.*, 1985.

⁽³³⁾ Cass., 9 aprile 1984, n. 2262, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1416.

⁽³⁴⁾ Cass., 7 ottobre 1993, n. 9943, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 1.

In termini di prova in giudizio dell'avvenuta conoscenza di un atto o della presunzione che questo sia avvenuto essa può essere raggiunta con qualsiasi mezzo attendibile e concludente⁽³⁵⁾.

L'accertamento pertanto che il giudice compie a riguardo può essere condotta anche sulla base di presunzioni⁽³⁶⁾, che non escludono in ogni caso che sia possibile applicare la stessa presunzione di cui all'art. 1335 codice civile italiano. Il divieto, invero, della c.d. *praesumptio de praesumpto* viene ritenuto dalla giurisprudenza attinente esclusivamente alla c.d. consecuzione di una presunzione semplice ad un'altra semplice⁽³⁷⁾. È fatta salva la possibilità per chi riceve l'atto ricettizio di provare l'eventuale illiceità del modo in cui l'atto ricettizio è pervenuto a conoscenza del destinatario⁽³⁸⁾.

L'atto di conoscenza, infatti, è «un evento che si produce *in interiore nomine*»⁽³⁹⁾, perché ai fini della conoscenza stessa (appercezione) è richiesto qualcosa in più che la semplice ricezione di un dato. L'appercezione di un fatto o di una dichiarazione avviene solo a seguito dell'elaborazione mentale del dato stesso. Qualora il legislatore nei casi presi in esame avesse subordinato la rilevanza giuridica di una dichiarazione ricettizia alla loro effettiva conoscenza, avrebbe scelto garantire al massimo il destinatario della dichiarazione. In questa direzione il legislatore avrebbe posto l'attenzione sulla pura conoscenza, ovvero la dichiarazione avrebbe dovuto produrre i suoi effetti solo nel momento in cui il destinatario sia stato in grado di comprendere il significato della stessa. Tale scelta avrebbe sicuramente massimizzato la tutela del destinatario, ma nel contempo subordinerebbe l'efficacia di una dichiarazione necessaria alla spedi-

⁽³⁵⁾ Cass., 23 giugno 1972, n. 2082, in *Mass. Giust. civ.*, 1972.

⁽³⁶⁾ Cass., 9 aprile 1984, n. 2262, in *Mass. Giur. it.*, 1984, p. 9.

⁽³⁷⁾ Cass., Sez. un., 13 marzo 1987, n. 2639, in *Foro it.*, I, c. 1738.

⁽³⁸⁾ Cass., 25 maggio 1981, n. 3419, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 350 ss.

⁽³⁹⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 291.

tezza dei rapporti economici ad un processo di elaborazione mentale di un soggetto, che oltre ad esse di per se incerto, è anche di difficile prova.

Ecco allora la ragione allora per cui dell'art. 1335 codice civile italiano per cui non ha alcuna rilevanza l'ignoranza incolpevole del destinatario.

Nell'ordinamento civile spagnolo, si rintraccia, un'altra equiparazione tra la conoscenza e la conoscibilità di un fatto.

Dal fatto certo dell'iscrizione della nascita di un figlio nel Registro Civil si fa discendere il fatto incerto della conoscenza di questo fatto per il padre marito della madre.

Nel codice civile spagnolo così come modificato dalla Ley 11/1.981, del 13 de mayo (B.O.E. del 19 de mayo), il termine dell'anno entro cui il marito può esercitare l'azione di disconoscimento del figlio nato in costanza di matrimonio decorre dalla «inscripción de la filiación en el Registro Civil» (l'art. 136 código civil español).

L'iscrizione nel Registro Civil della nascita viene qualificato come fatto sufficiente affinché si presuma che il presunto padre abbia l'effettiva conoscenza del fatto della filiazione. In questo caso con il riferimento al fatto certo dell'iscrizione si equipara la conoscibilità dell'evento dal quale fare decorrere il termine alla sua conoscibilità.

In realtà nel sistema civile spagnolo non potrebbe essere diverso in relazione al fatto che l'art. 113 del código civil español fa discendere la prova dell'avvenuta filiazione proprio dalla «inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente» sia per «la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores» sia per la prova della «posesión de estado». L'azione per il disconoscimento si trasmette agli eredi in caso di morte del marito, e potrà essere esercitata entro il tempo che manca al compimento dell'anno, anno che invece decorre dalla conoscenza che della nascita hanno avuto gli eredi in caso di morte

del marito senza conoscenza dell'avvenuta filiazione (l'art. 136, 2 e 3, código civil espagnol). In questo secondo caso sembra che la conoscenza come fatto dal quale far decorre il termine per l'azione non debba considerarsi conoscibilità, ma quale momento di acquisizione della notizia (v. par. 3).

5. — *Errore e dolo come alterazione del processo di conoscenza.*

La conoscenza rileva come necessario sostegno della volontà, cioè come premessa della rilevanza giuridica di essa. «L'atto volontario se non è cosciente è nullo: si direbbe che non è un atto (volontario) nel senso giuridico del termine»⁽⁴⁰⁾,

È per questo che tutti gli ordinamenti prestano una particolare attenzione a fatti come l'errore e il dolo.

Errore e dolo sono fatti le cui conseguenze sono sanzionate in quanto capaci di alterare la corretta formazione della volontà dell'atto, in questo caso il testamentario.

Il momento formativo della volontà di un soggetto passa però dalla cognizione della realtà, attraverso cioè l'acquisizione sul piano logico o dell'esperienza. Il processo cognitivo, pertanto, è alla base di ogni processo volitivo della persona. Alterare il momento della cognizione di un soggetto, in ragione di errori o attraverso l'induzione nella percezione di fatti e dati diversi dal reale, significa incidere sul processo di formazione della sua stessa volontà.

È per questo che errore e dolo – come fatti idonei ad alterare il processo cognitivo – sono rilevanti ai fini della ricognizione che si sta realizzando sul significato di «conoscenza» che presuppone e usa il codice civile.

⁽⁴⁰⁾ S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 114.

5.1. – Errore e dolo nel testamento.

Nel codice civile italiano l'art. 624, 3° comma, stabilisce che l'azione per impugnare il testamento si prescrive in cinque anni dal giorno in cui si è avuta notizia della violenza, del dolo o dell'errore. In ogni caso la giurisprudenza ritiene che l'art. 624, 3° comma, codice civile italiano faccia decorrere il termine quinquennale di prescrizione dell'azione di impugnazione del testamento non dalla data della pubblicazione, ma dal giorno in cui l'attore abbia avuto notizia dell'errore, del dolo o della violenza.

Nel caso in esame la norma fissa nel tempo il momento in cui si è avuta notizia del fatto violento, doloso o che ha indotto nell'errore. Momento da cui decorre il termine per la proposizione dell'azione. Si parla, allora, propriamente di apprendimento della notizia e non di conoscenza dei fatti.

In questi termini il richiamato articolo rappresenta uno dei casi eccezionali in cui, in deroga al principio generale di cui all'art. 2935 codice civile italiano, il legislatore attribuisce rilevanza al *dies a quo* della prescrizione ed all'impossibilità di mero fatto di esercitare il diritto. Infatti, in base ai principi generali la prescrizione non comincia a decorrere prima dell'apertura della successione, in quanto questo realizza il primo giorno in cui è esercitabile l'azione di annullamento anche qualora si sia avuta notizia dell'errore, della violenza o del dolo da più di cinque anni⁽⁴¹⁾. Per il convenuto che intenda eccepire la prescrizione, allora, la conseguenza sarà, in caso di azione di annullamento di una disposizione testamentaria promossa dopo il quinquennio dalla pubblicazione del testamento, quella per cui è sufficiente provare il decorso di tale periodo.

⁽⁴¹⁾ S. PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. D'Arnelio e Finzi*, Firenze, 1941, p. 429.

Sull'attore incombe invece di dimostrare di essere venuto a conoscenza dell'errore, del dolo o della violenza subito dal testatore da meno di cinque anni dalla domanda giudiziale⁽⁴²⁾.

Se il momento dal quale fare decorrere il termine per la proposizione di annullamento deriva dalla notizia dei fatti, esiste però nel contempo una innegabile connessione tra errore e dolo come fatti idonei ad alterare il momento cognitivo dell'autore dell'atto invalidabile.

L'errore in cui cade il testatore deriva da una percezione come reale, di fatti diversi dal vero⁽⁴³⁾.

Sia l'errore indicato nell'art. 624 codice civile italiano e che quello dell'art. 625 codice civile italiano⁽⁴⁴⁾ sono idonei a pregiudicare la validità della disposizione testamentaria.

L'errore, al pari del dolo e la violenza, rileva genericamente ai fini della validità della disposizione testamentaria (art. 624, 1° comma, codice civile italiano).

L'errore sul motivo, sia esso di fatto o di diritto, è invece causa di annullamento della disposizione quando il motivo risulta dal testamento è il solo che ha determinato il testatore a disporre (art. 624, 2° comma, codice civile italiano).

In materia di errore, così come in quella di dolo, è doveroso provare che la violenza o l'induzione in errore abbiano indirizzato la volontà del testatore in modo diverso da come essa avrebbe dovuto

⁽⁴²⁾ Cass., 27 giugno 1992, n. 8063, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 676.

⁽⁴³⁾ Cass., 22 gennaio 1985, n. 254, in *Rep. Foro it.*, 1985, c. 77.

⁽⁴⁴⁾ L'articolo 625 codice civile italiano qualifica il c.d. errore ostativo. Per errore ostativo si intende la situazione per cui il testatore indica erroneamente la persona dell'erede o del legatario. In questo caso la disposizione ha effetto, quando dal contesto del testamento o altrimenti risulta in modo non equivoco quale persona il testatore voleva nominare. La disposizione ha inoltre effetto anche quando la cosa che forma oggetto della disposizione sia stata erroneamente indicata o descritta, ma è certo a quale cosa il testatore intendeva riferirsi.

normalmente determinarsi ⁽⁴⁵⁾.

Si ritiene comunque che le previsioni di cui agli artt. 624 e 625 codice civile italiano non siano esaustive della rilevanza dell'errore nei testamenti e che sia necessario, oltre che possibile, ricorrere alla normativa contrattuale per regolare i casi non previsti ⁽⁴⁶⁾.

Non sarà essenziale, però, nella materia testamentaria che l'errore sia riconoscibile perché non è applicabile in questa materia il principio dell'affidamento, così come – e per la stessa ragione – non può avere rilevanza l'inescusabilità dell'errore in cui può essere caduto il testatore.

Si afferma pacificamente a riguardo di questa tipologia, che l'errore motivo rileva quale circostanza legittimante la richiesta di annullamento del testamento *ex art.* 624 codice civile italiano solo se emerge con assoluta certezza che la volontà del testatore sia stata dominata dalla rappresentazione di un fatto non corrispondente al vero ⁽⁴⁷⁾.

«La questione della rilevanza dell'errore sui motivi (art. 624, 2° comma, codice civile italiano) va vista in unità con quelle relative alla rilevanza dei motivi espressi attraverso la condizione e/o il *modus*. L'interprete, per accertarne la consistenza, deve ricostruire la storia del testamento e del suo autore, e individuare così i resupposti di fatto in cui sono maturate le disposizioni testamentarie» ⁽⁴⁸⁾. In questi termini è possibile indagare se il motivo sia rimasto interno al testatore oppure se, attraverso il ricorso che il *de cuius* abbia fatto della condizione, sia stato oggettivato. L'oggettivazione può avvenire attraverso il ricorso ad un *modus* o mediante considerazioni di fondo svolte dall'autore, oppure attraverso un collegamento esistente tra

⁽⁴⁵⁾ Cass., 22 aprile 2003, n. 6396, in *Arch. civ.*, 2004, p. 283.

⁽⁴⁶⁾ Per tutti A. CICU, *Il testamento*, cit., p. 132.

⁽⁴⁷⁾ Trib. Bari, 7 settembre 2009, in *www.leggiditalia.it*.

⁽⁴⁸⁾ A. PALAZZO, *Testamento e istitutivi alternativi*, cit., p. 171.

le diverse disposizioni presenti nelle schede testamentarie dirette al raggiungimento di uno scopo unico e determinato, che si può essere definito presupposizione.

L'errore motivo cade sulla realtà oggettiva e non invece sulle valutazioni che della medesima realtà e della sua rilevanza in ordine ai fini perseguiti dal testatore⁽⁴⁹⁾. Esso deve comunque desumersi dallo stesso testamento per rendere possibile la ricostruzione del processo formativo della volontà del testatore e così l'individuazione del vizio invalidante⁽⁵⁰⁾.

Non si può parlare di motivo erroneo nel caso in cui il testatore abbia istituito come erede il figlio legittimo di un proprio conoscente, indicandolo nella scheda testamentaria quale proprio figli naturale, se dalle risultanze processuali non emerga la certezza che il supposto rapporto di filiazione naturale sia stato in realtà inesistente⁽⁵¹⁾.

Se, poi, per fatti sopravvenuti sia venuta meno o sia stata modificata la situazione esistente al tempo della redazione del testamento ed assunta come motivo determinante della disposizione testamentaria, non si configura l'errore sul motivo⁽⁵²⁾.

È noto come ai sensi dell'art. 624, 2° comma, codice civile italiano l'errore sul motivo rileva quando risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre.

⁽⁴⁹⁾ Cass., 7 luglio 1971 n. 2132, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1647 ss., con nota di G. CASSISA.

⁽⁵⁰⁾ Cass., 25 giugno 1971, n. 2007, in *Mass. Giur. it.*, 1971; Cass., 2 agosto 1966, n. 2312, in *Rep. Giust. civ.*, 1966, v. *Successione testamentaria*, n. 24.

⁽⁵¹⁾ Cass., 18 maggio 1963, n. 1290, in *Foro it.*, 1963, I, c. 863; dello stesso tenore Cass., 17 giugno 1947, n. 947, cit., per cui l'errore sul motivo della disposizione non deve necessariamente cadere su un fatto oggettivo, ma può anche discendere da un falso apprezzamento subiettivo del testatore circa una particolare condizione di cose, apprezzamento che, derivando da un complesso di fattori talvolta imponderabili ed attenendo al foro interno della persona, esige un rigoroso accertamento giudiziale.

⁽⁵²⁾ Cass., 20 luglio 1962, n. 1950, in *Rep. Foro it.*, 1962, c. 36.

La Suprema Corte, infatti, in tema di errore ritiene necessaria la dimostrazione che la volontà del testatore sia stata influenzata in maniera decisiva dalla percezione, come reali, di fatti diversi dal vero. Analogamente, in tema di dolo o violenza, sempre *ex art. 624 codice civile italiano*, occorre la prova che i fatti di induzione in errore o di violenza abbiano indirizzato la volontà del testatore in modo diverso da come essa avrebbe potuto normalmente determinarsi⁽⁵³⁾.

Anche nel caso di errore motivo, l'apprezzamento del giudice del merito circa l'esistenza o meno del motivo erroneo, dedotto quale causa di annullamento, è comunque incensurabile in sede di legittimità, qualora il giudizio sia sorretto da un'adeguata motivazione o è immune da vizi illogici⁽⁵⁴⁾.

Naturalmente, colui che assume che una disposizione testamentaria sia viziata da errore deve, in forza dei principi generali (art. 2697 codice civile italiano), provarlo, non bastando al riguardo il semplice dubbio sull'esistenza dell'errore stesso⁽⁵⁵⁾.

Il dolo altro non è se non l'errore provocato dall'altrui comportamento fraudolento. Anche il dolo costituisce non solo una causa di indegnità a succedere (cfr. artt. 624 e 463, n. 4, codice civile italiano), ma anche il presupposto per l'annullamento del testamento per vizio della volontà.

Il codice civile non indica i caratteri del dolo in materia testamentaria. Ai fini della sua qualifica è doveroso pertanto il ricorso in via analogica alla disciplina contrattuale, non dimenticando che in tema di testamenti non potrà trovare spazio il principio di tutela dell'affidamento. «Consegue che se i raggiri siano adoperati da un

⁽⁵³⁾ Trib. Bari, Sez. I, 9 giugno 2008, in *www.ilcivileista.giuffre.it*.

⁽⁵⁴⁾ Cass., 2 agosto 1966, n. 2152, in *Mass. Giur. it.*, 1966.

⁽⁵⁵⁾ Cass., 24 novembre 1951, n. 2685, in *Rep. Foro it.*, 1951, v. *Testamento*, n. 41. Cass., 5 maggio 1964, n. 1068, in *Rep. Foro it.*, 1964, v. *Testamento*, n. 57; in *Foro it.*, 1964, I, c. 1718; in *Foro pad.*, 1964, I, c. 966.

terzo si potrà procedere all'annullamento del testamento indipendentemente dal fatto che il beneficiario sia a conoscenza o meno del raggio»⁽⁵⁶⁾.

Autorevolmente si è sostenuto a riguardo che, in materia testamentaria, non possa farsi luogo alla distinzione tra dolo determinante e dolo incidente. In tema di contratti, infatti, il ricorso alla distinzione fa sì che il c.d. dolo incidente non pregiudichi la validità del contratto ma dia luogo solo al risarcimento del danno. Al contrario per i testamenti, anche se il dolo «abbia inciso solo parzialmente sulla volontà del testatore, è da ritenere che esso produca l'annullamento del testamento»⁽⁵⁷⁾, se ed in quanto si registri una discordanza notevole tra il contenuto della dichiarazione fatta dal testatore e quanto questo ultimo avrebbe effettivamente voluto⁽⁵⁸⁾.

L'accertamento dell'influenza del dolo non è operazione semplice. La Cassazione precisa che al fine di stabilire se raggiri vi siano stati, la valutazione deve essere complessa, in quanto deve emergere, da un lato l'idoneità obiettiva dei raggiri e, dall'altro, la loro idoneità subiettiva. Quindi essi dovranno essere posti in relazione alle particolari condizioni psicologiche, culturali ed ambientali del testatore. Inoltre occorre accertare il nesso di causalità e stabilire se quello che si pretende essere l'effetto della captazione non sia invece il prodotto della libera e spontanea determinazione del *de cuius*⁽⁵⁹⁾.

Consolidato è l'orientamento per cui l'idoneità dei mezzi fraudolenti utilizzati dovrà essere valutata con maggiore forza rispetto a quanto avviene in tema dolo e contratti (v. *infra par. 5.2*).

⁽⁵⁶⁾ A. PALAZZO, *Testamento e istitutivi alternativi*, cit., p. 164.

⁽⁵⁷⁾ A. CICU, *Testamento*, Milano, 1951, p. 139.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 399; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 193.

⁽⁵⁹⁾ Cass., 24 aprile 1965, n. 726, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1719.

Il riferimento dovrà essere allora l'età, lo stato di salute, le condizioni psichiche del *de cuius*, tenendo quindi in debita considerazione proprio la peculiare natura del negozio testamentario ed il fatto che il disponente, nell'atto di redigere il testamento, fosse maggiormente incline a subire l'altrui suggestione, in ragione delle condizioni di salute e di spirito che potrebbero essere anormali ⁽⁶⁰⁾.

Anche il testamento nell'ordinamento spagnolo è nullo se gravato dal dolo o dalla frode (art. 673 codice civile spagnolo). Non vi è riferimento all'errore. Il dolo e la frode, insieme alla violenza, impediscono che una persona *de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluta* (art. 674 codice civile spagnolo).

5.2. – Errore nel contratto.

Come rilevato per l'errore nel testamento, anche nel contratto questo deve essere inteso come una falsa o distorta rappresentazione della realtà (spontaneo o provocato d'altrui azione ingannatrice) ⁽⁶¹⁾ in ragione della quale una parte è determinata alla conclusione del contratto che altrimenti non si avrebbe intrapreso ⁽⁶²⁾.

Nell'ordinamento giuridico italiano chiarisce in recente sentenza della Corte di Cassazione il fatto per cui l'errore, quale vizio della volontà, assume rilevanza quando incida sul processo formativo del consenso, dando origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà, a cagione della quale la parte si sia ridotta a manifestare la propria volontà. Pertanto, l'effetto invalidante dell'errore è subordinato, prima ancora che alla sua essenzialità o riconoscibilità alla

⁽⁶⁰⁾ Vedi Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, in *Giur. it.*, 2002, p. 730, nonché già Cass., 22 giugno 1969, n. 2328, in *Rep. Foro it.*, 1969, v. *Successione*, n. 70.

⁽⁶¹⁾ Cass., 25 maggio 2006, n. 12386, in *Mass. Giur. it.*, 2006.

⁽⁶²⁾ Cass., 19 aprile 1988, n. 3065, in *Mass. Foro it.*, 1988.

circostanza che la volontà sia stata manifestata in presenza di tale falsa rappresentazione⁽⁶³⁾.

Colui che è incorso nell'errore avrà allora l'interesse ad annullare il contratto se l'errore cadendo sulla natura o sull'oggetto del contratto, sull'identità dell'oggetto della prestazione o su alcune qualità che siano determinanti del consenso, ovvero ancora sull'identità o sulla qualità della persona che sono state a loro volta determinanti del consenso, ossia se l'errore può essere pertanto considerato essenziale⁽⁶⁴⁾.

Nel diritto francese l'errore sulla persona è rilevante nei contratti conclusi *intuitu personae*⁽⁶⁵⁾.

Chi agisce per l'annullamento del contratto per errore non può limitarsi ad affermare la sua essenzialità, ma deve dedurre ed allegare i fatti da cui emerge il requisito⁽⁶⁶⁾, e ciò anche per la giurisprudenza francese⁽⁶⁷⁾.

L'errore sulla qualità essenziale del contratto nel diritto italiano deve sussistere al momento della prestazione del consenso perché se è riferito a situazioni sopravvenienti verrebbe meno il fondamento stesso della rilevanza dell'errore⁽⁶⁸⁾. Nella giurisprudenza francese è considerata essenziale ai fini dell'errore le qualità «*qui ont été considérées par les parties comme substantielles, même si ces qualités ne sont habituellement qu'accessoires*»⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶³⁾ Cass., 24 agosto 2004, n. 16679, in *Rep. Giust. civ., Obbligazioni e contratti*, n. 582.

⁽⁶⁴⁾ È noto come l'errore di diritto è quello che cade sull'esistenza o sul contenuto di una norma, essendo stato l'unica ragione per cui si è contratto, L'avvertenza è che l'errore di diritto non riguarda l'ignoranza della norma.

⁽⁶⁵⁾ Saint-Denis de la Réunion, 6 ottobre 1990, in *JCP*, 1990, p. 21504.

⁽⁶⁶⁾ Cass., 22 marzo 1993, n. 3378, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1997.

⁽⁶⁷⁾ Com., 20 ottobre 1970, in *Gaz. pal.*, 1971, 1, p. 27.

⁽⁶⁸⁾ Cass., 1 luglio 1997, n. 5900, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3217.

⁽⁶⁹⁾ G. RAYMOND, *Droit civil*, cit., p. 211.

L'errore sul prezzo così come del valore della prestazione rileva solo se esso si traduce in un errore sulla qualità essenziale della cosa. Nel *Code Civil* francese «*l'erreur sur la valeur n'est pas une cause d'annulation de la vente*»⁽⁷⁰⁾. L'errore sul motivo rileva solo nei casi stabiliti dalla legge.

La riconoscibilità dell'errore nel diritto italiano – ossia l'astratta possibilità del riconoscimento in una persona di avvedutezza media⁽⁷¹⁾ ossia una persona di normale diligenza che avrebbe potuto rilevarlo in relazione alle circostanze del contratto o alla qualità dei contraenti⁽⁷²⁾ – passa attraverso la possibilità che l'altra parte del contratto avrebbe potuto riconoscerlo usando l'ordinaria diligenza. Non rileva pertanto che la controparte lo abbia o meno riconosciuto⁽⁷³⁾.

Anche per l'artt. 1109 e 1110 del *Code Civil* francese, l'errore causa di nullità relativa di un contratto deve essere determinante e scusabile. È determinante per la giurisprudenza francese se l'errore cade su di un elemento essenziale del contratto e non su di un elemento accessorio dello stesso⁽⁷⁴⁾; è scusabile se la vittima dello stesso poteva essere facilmente «*éviter de se tromper*», a tal fine la giurisprudenza tiene in considerazione l'età, la professione e l'esperienza della vittima⁽⁷⁵⁾.

L'errore nel diritto contrattuale inglese da luogo alla nullità del contratto, e quando accade in questi casi l'errore viene definito come

⁽⁷⁰⁾ Civ., sez. 1, 5 aprile 1993, in *Contrats, conc., consom.*, 1993, p. 146.

⁽⁷¹⁾ Cass., 28 marzo 1990, n. 2518, in *Mass. Giur. it.*, 1990.

⁽⁷²⁾ Cass., 1 luglio 1997, n. 5900, cit.

⁽⁷³⁾ Cass., 1981, n. 2347, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1576.

⁽⁷⁴⁾ *Affaire du Poussin*, TGI, Parigi, 13 dicembre 1972, in *D.*, 1973, p. 410; Amiens, 1 febbraio 1982, in *Gaz. pal.*, 1982, 1, p. 134; Civ., 13 dicembre 1984, in *Gaz. pal.*, 1984, 1, p. 127.

⁽⁷⁵⁾ G. RAYMOND, *Droit civil*, Parigi, 1996, p. 211.

«operative». È tale solo un errore *of fact*⁽⁷⁶⁾. La casistica in questo senso è molto ampia. Nel c.d. *common mistake* le parti hanno stipulato un contratto sulla base di una falsa assunzione posta come fondamentale. Le parti, in questo caso, pongono alla base della loro decisione di contrarre la stessa erronea percezione della realtà. Tipico esempio è la non conoscenza da parte delle parti che la *subject matter* del contratto stesso non esiste o ha cessato di esistere (*res extincta*)⁽⁷⁷⁾, oppure che la cosa oggetto del contratto di acquisto è già cosa propria dell'acquirente⁽⁷⁸⁾, ovvero cadono in errore sulla qualità del *subject matter* del contratto. In questo caso però il contratto sarà invalido solo se «*essential difference test satisfied*»⁽⁷⁹⁾.

Vi è poi una rilevanza dell'errore naturalmente anche quando non è comune ad entrambe le parti, ma caratterizzante solo la posizione di una di esse. Si parla di *mutual mistake* quando le parti fraintendono l'intenzioni l'una dell'altra, di impegnarsi reciprocamente in un accordo, in questi termini in realtà non sorge alcun contratto, perché siamo di fronte ad una errore che coinvolge l'offerta e l'accettazione che non coincidono⁽⁸⁰⁾.

Siamo innanzi ad un *unilateral mistake* se l'errore principale di una delle parti ricade su i termini del contratto e l'altra parte è con-

⁽⁷⁶⁾ R. DUXBURY, *Contract Law*, London, 2008, p. 266: «Until quite recently, the law held that only fundamental mistakes of fact were operative. A mistake of law was not considered to be operative unless it could be said to amount to a mixed statement of fact and law (e.g. *Solle v. Butcher*, 1950, 1, K.B. 671). [...] In *Brennan v Bolt Burdon* (2004, 3 W.L.R., 1321) the Courto of Appeal accepted in principle that a mistake of law could render a contract void for mistake but refuse to vitiate a compromise agreement where the law was merely in doubt. [...] However, that decision establishes that it is now possible for a contract to be void for a mistake of law».

⁽⁷⁷⁾ *Galloway v Galloway*, 1914, 30, T.L.R., p. 531.

⁽⁷⁸⁾ *Cooper v Phibbs*, 1867, L.R. 2 H.L., p. 149.

⁽⁷⁹⁾ *Bell v Lever Bros Ltd*, HL, 1932.

⁽⁸⁰⁾ *Raffles v Wichelhaus*, 1864, 2 H.& C., p. 906.

sapevole dell'errore in cui la prima è incorsa⁽⁸¹⁾. Se manca questa consapevolezza nell'altra parte, e quindi manca l'approfittamento, allora il contratto sarà valido⁽⁸²⁾, a meno che non si ricada in un *mutual mistake* sufficientemente serio.

L'errore può ricadere anche sull'identità di una delle parti del contratto, dando luogo ad una forma di errore sicuramente discussa. La casistica in questo caso è essenzialmente legata alla falsa identità che una delle parti può dare. Al fine della sua configurazione è assolutamente necessario, intanto, che l'identità della parte sia di cruciale importanza⁽⁸³⁾, così come la parte in errore deve avere in mente una persona identificabile con cui intende contrarre⁽⁸⁴⁾, nonché l'altra parte deve essere consapevole dell'errore in cui l'altro contraente è caduto⁽⁸⁵⁾.

L'errore ed il dolo rilevano naturalmente anche nella disciplina del contratto nel codice civile spagnolo ai fini dell'azione di nullità del contratto (art. 1301 código civil español), specificando che la nullità affligge il consenso al contratto prestato alla presenza di queste alterazioni della realtà (art. 1265 código civil español).

L'errore affinché possa essere rilevante ai fini della nullità del contratto deve cadere sulla *sustancia* della cosa oggetto del contratto o sulla condizione della cosa stessa che è stata la ragione principale per la sua stipula (art. 1266 código civil español). L'errore semplice dà luogo solo alla sua correzione.

Quindi un'alterazione della percezione realtà che non è capace di incidere sulla *sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*.

⁽⁸¹⁾ Hartong v Colin & Shields, 1939, 3, ALL E.R., p. 566.

⁽⁸²⁾ R. DUXBURY, *Contract Law*, cit., p. 280.

⁽⁸³⁾ Boulton v Jones, 1871, 27 L.J., ex 117.

⁽⁸⁴⁾ King's Norton Metal Co v Edrige Merrett Co Ltd, in *CA*, 1987.

⁽⁸⁵⁾ Boulton v Jones, cit.

5.3. – Il dolo nel contratto.

Il dolo consiste in un inganno, un artificio od un raggiro per indurre l'altra parte a contrarre. L'artificio o il raggiro deve essere idoneo a dare ad altri la percezione di una falsa rappresentazione materiale, positiva o negativa⁽⁸⁶⁾. Anche in questo caso i raggiri devono essere tali da determinare il consenso, per cui il contraente non avrebbe concluso il contratto. Gli elementi del dolo in ambito negoziale non divergono da quelli che concorrono a concretizzare, sotto il profilo soggettivo, il reato di truffa⁽⁸⁷⁾.

Ai sensi dell'art.1439 del codice civile italiano, così come nell'art. 1116 del *Code Civil* francese, il dolo è causa di annullamento anche qualora i raggiri siano stati posti in essere da un terzo e la controparte ne era a conoscenza e ne ha tratto vantaggio. Non è necessaria la complicità. «Ricorre il *dolus malus* solo se, tenuto conto delle circostanze di fatto e delle qualità e condizioni dell'altra parte, il mendacio sia accompagnato da malizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno voluto ed idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza. Ciò vuoi dire che il dolo è rilevante, e la parte ingannata riceve protezione, soltanto se la buona fede non sia costituita da negligenza o da ignoranza»⁽⁸⁸⁾.

Per la giurisprudenza francese, poi, le menzogne non integrano il dolo *se s'ils sont trop exagérés et s'il est facile à la victime de se renseigner*⁽⁸⁹⁾.

Il dolo ai sensi dell'art. 1269 del código civil español – quale alterazione della processo cognitivo della realtà causato da «*palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes*» – è

⁽⁸⁶⁾ Cass., 7 maggio 1982, n. 2844, in *Mass. Giust. civ.*, 1982.

⁽⁸⁷⁾ Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 103.

⁽⁸⁸⁾ Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, cit.

⁽⁸⁹⁾ Chambre sociale 26 ottobre 1957, in *Bull. civ.*, IV, p. 270.

capace di produrre nullità del contratto se grave e soprattutto se non comune ad entrambe le parti (art. 1270 *código civil espagnol*). Il dolo incidentale obbliga solo ad indennizzare del danno e dei pregiudizi subiti (art. 1270, ultimo comma, cit.).

Nell'ordinamento inglese esiste una casistica numerosa relativa alla fattispecie della *misrepresentation*, situazione assimilabile anche se non totalmente alla nozione di dolo della tradizione del *civil law*.

La *misrepresentation* viene definita come «*as a false statement of fact made by one party to the other which induces the other party to enter the contract*»⁽⁹⁰⁾. Primariamente esiste un'*actionable misrepresentation* discendente da una falsa statuizione sull'esistenza specifica di fatti presenti o passati⁽⁹¹⁾.

Una falsa affermazione di ciò che verrà fatto in futuro non è una *misrepresentation* a meno che l'affermazione contenga una bugia o una fraudolenta intenzione⁽⁹²⁾.

Anche una persona che esprime una sua opinione o credenza non integra una *misrepresentation of fact*⁽⁹³⁾, la fattispecie cambia se l'opinione non è espressa onestamente, ma con intento fraudolento⁽⁹⁴⁾. False dichiarazioni sulla legge non integrano, nella lettura tradizionale del diritto inglese, un'*actionable misrepresentation*⁽⁹⁵⁾.

Nel diritto contemporaneo inglese, poi, la *misrepresentation* è classificata come fraudolenta, negligente o completamente incolpevole. La prima è una falsa affermazione fatta «*knowingly, or without belief in its truth, or recklessly, careless as to whether it be true or false*»⁽⁹⁶⁾,

⁽⁹⁰⁾ R. DUXBURY, *Contract Law*, cit., p. 239.

⁽⁹¹⁾ *Avon Insurance Plc v Swire Fraser Ltd*, 2000, 1, All E.R. (Comm), p. 573.

⁽⁹²⁾ *Edgington v Fitzmaurice*, 1884, 29, Ch. D., p. 459.

⁽⁹³⁾ *Bisset v Wilkinson*, 1972, A.C., p. 177.

⁽⁹⁴⁾ Ancora *Edgington v Fitzmaurice*, cit.

⁽⁹⁵⁾ La distinzione tra *statement of law* e *statement of fact* non è sempre semplice da delineare, si veda *Solle v Butcher*, 1950, 1, K.B., p. 671.

⁽⁹⁶⁾ *Derry v Perry*, HL, 1889.

sul presupposto che l'essenza del *fraudulent misrepresentation* è la mancanza di onestà nell'attività posta in essere.

Duplici sono le situazioni che integrano una *negligent misrepresentation* perché è duplice la normativa di riferimento. Fino, infatti, al 1963 poteva essere promossa azione risarcitoria solo per i casi di *fraudulent misrepresentation*, le situazioni che non integravano queste fattispecie erano qualificate come *innocent*. Nel tempo nel sistema del *Common Law* si è qualificato come *misrepresentation* anche il comportamento negligente di una delle parti se sussisteva un dovere di «attenzione» discendente da speciali relazioni che legavano le parti, e questa negligenza ha comunque causato delle perdite finanziarie all'altra parte⁽⁹⁷⁾. È con il *Misrepresentation Act 1967* che si introduce per la prima volta la possibilità di un'azione risarcitoria per una *misrepresentation* non fraudolenta. In questo caso si è per legge stabilito che una persona che è indotta a contrarre dopo una *misrepresentation* dalla quale derivano perdite alla parte che l'ha subita, può agire in via risarcitoria. La differenza con il *negligent misrepresentation* nata nel *Common Law* consiste nel fatto che qui si assume che la dichiarazione è stata fatta senza pensare che ragionevolmente si potesse ritenere vera

Vi è poi un'alterazione della percezione della realtà che viene qualificata come *wholly innocent misrepresentation* ma che non ha effetti sul contratto. Come anticipato prima del 1963 il termine *innocent* veniva utilizzato nel diritto inglese per descrivere una *misrepresentation* non fraudolenta. In seguito alla pronuncia *Hedley Byrne* e del *Misrepresentation Act 1967* il termine *wholly innocent* è riferito all'asserzione fatta da chi aveva fondati motivi di credere in quello che diceva.

⁽⁹⁷⁾ *Hedley Byrne Co Ltd v Heller Partners Ltd*, in *AC*, 1964, p. 465.

5.4. – La mancanza di informazione non altera la «conoscenza» della realtà.

L'omessa informazione nel codice italiano del '42 non necessariamente integra il dolo. Non ha mai rilevato nella configurazione del dolo la mancanza di informazioni, se il silenzio, la reticenza non mutavano la rappresentazione del mondo reale⁽⁹⁸⁾ e si limitavano invece solo a non contrastare la percezione della realtà alla quale l'altro contraente era pervenuto⁽⁹⁹⁾.

È innegabile, invece, il ruolo che oggi ha assunto l'obbligo di informazione nei contratti sul piano, ad esempio, della responsabilità pre-contrattuale nei contratti finanziari.

Ovvero è impossibile oggi nel diritto dell'U.E. non fare riferimento all'obbligo di informazione come strumento per la formazione consapevole del consenso nei contratti di consumo, ed il qualificarsi come pratica commerciale sleale⁽¹⁰⁰⁾, per cui è tale anche l'omissione di alcuni dati concernenti le caratteristiche del prodotto oggetto del rapporto contrattuale. Il dolo omissivo come semplice reticenza nelle informazioni è così cagione di nullità del contratto.

Nel sistema giuridico italiano, invece, prima del recepimento della normativa dell'U.E. in tema di consumatori e di pratiche commerciali sleali, si è storicamente posto il problema della configurabilità del dolo omissivo tra i vizi della volontà che danno luogo all'annullabilità del contratto *ex art.* 1439 codice civile italiano.

⁽⁹⁸⁾ Cass., 8 ottobre 1991, n. 11038, in *Rep. Foro it.*, 1991, v. *Fideiussione e mandato di credito*, n. 27.

⁽⁹⁹⁾ Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Rep. Foro it.*, 1994, v. *Fideiussione e mandato di credito*, n. 22.

⁽¹⁰⁰⁾ Si veda F. SCAGLIONE, *La tutela civile nei contratti ad offerta concorrenziale*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 233 ss.

Giurisprudenza costante, infatti, escludeva il configurarsi del dolo omissivo in ragione del semplice silenzio anche su situazioni di interesse per la controparte o di reticenza, in quando detti comportamenti non avrebbero mutato la rappresentazione della realtà ⁽¹⁰¹⁾. Colui che poneva in essere dette omissioni avrebbe soltanto non contrastato la percezione della realtà alla quale era pervenuto autonomamente l'altro contraente ⁽¹⁰²⁾.

Il fenomeno descritto ha un suo corrispondente nel diritto inglese. Normalmente infatti il fatto di ritenere in silenzio non integra una *misrepresentation* ⁽¹⁰³⁾ (v. par. 4). Tale fatto viene fatto discendere dalla teoria classica dei contratti, dal broccardo latino «*caevat emptor*», ma alla regola nel diritto inglese seguono delle eccezioni: se la dichiarazione della parte è parzialmente vera, ovvero essa è fatta non per rappresentare tutta la realtà ⁽¹⁰⁴⁾; oppure l'affermazione fatta è vera nel momento in cui è data, ma diventa falsa con il tempo, per esempio al momento della conclusione del contratto ⁽¹⁰⁵⁾; o ancora quando si è alla presenza di contratti che per legge sono caratterizzati da un dovere che grava su una delle parti di rivelare tutti i fatti materiali e delle circostanze che potrebbero influenzare la decisione della controparte. Questi vengono definiti contratti di *uberrimae fidei* (quale è nel diritto inglese il contratto di assicurazione), e il silenzio di una delle parti li rende annullabili per violazione del principio di buona fede ⁽¹⁰⁶⁾; l'omissione rileva, poi, anche nel caso in cui le parti fossero legate da

⁽¹⁰¹⁾ Cass., 12 febbraio 2003, n. 2104, in *Notiz. giur. lav.*, 2003, p. 417; Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1903 e Cass., 18 ottobre 1991, n. 11038, in *Rep. Foro it.*, 1991, v. *Fideiussione e mandato di credito*, n. 27.

⁽¹⁰²⁾ Si veda *ex multis* Cass., 4 luglio 1981, n. 4383 in *Rep. Foro it.*, 1981, c. 567.

⁽¹⁰³⁾ *Hands v Simpson Fawcett*, 1928, 44, T.L.R., p. 295.

⁽¹⁰⁴⁾ *Tapp v Lee*, 1803, B & P, p. 367.

⁽¹⁰⁵⁾ *With v O'Flanagan*, Ch, 1936, p. 575.

⁽¹⁰⁶⁾ R. DUXBURY, *Contract Law*, cit., p. 243.

una particolare relazione ed il dovere di informare discenda da questo, come può essere il rapporto tra avvocato e cliente o dottore e paziente⁽¹⁰⁷⁾.

Nel diritto francese perché la reticenza integri il dolo è necessario che una parte *est seule en mesure de connaître un fait que l'autre ignore, alors que le fait est décisif pour la conclusion du contrat*⁽¹⁰⁸⁾, *en raison des circonstances* o *in raison de la qualité d'une partie*. In questo ultimo caso siamo innanzi alla previsione di cui all'art. L. 111-1 del *Code de la consommation*, in ragione del dovere d'informazione che grava sul professionista⁽¹⁰⁹⁾.

6. — *La «conoscenza» come atto di creatività dell'uomo.*

La conoscenza si produce anche mediante atti creativi ed inventivi. Nei diversi codici civili e nella varie leggi speciali degli stati europei esiste naturalmente uno strumento di tutela della creatività umana, la quale è sicuramente un atto di profondo conoscere: questo è la normativa sulla proprietà industriale.

In questa semplice ricognizione che si sta compiendo non è, infatti, non menzionabile il fatto che anche – ed ovviamente – la proprietà intellettuale è disciplinata da tempo.

Legge in tema di proprietà intellettuale compie oggi, infatti, trecento anni. Si tratta del *Copyright Act* promulgato nel 1709 dalla regina Anna d'Inghilterra ed entrato in vigore il 10 aprile 1710. Il *copyright* britannico, che insisteva esclusivamente sul diritto allo sfruttamento economico di un testo tramite la stampa, aveva una sto-

⁽¹⁰⁷⁾ Ancora R. DUXBURY, *Contract Law*, cit.

⁽¹⁰⁸⁾ Civ., sez. 3, 27 marzo 1991, in *Bull. civ.*, III, n.108.

⁽¹⁰⁹⁾ G. RAYMOND, *Commentaire de la loi n. 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, in *Contract, conc., consom.*, 1992.

ria e una pratica giudiziaria più lunga. Il regime precedente allo *Statute of Anne*, in Inghilterra, era quello del *Licensing Act* (1662), che assegnava un privilegio – e dunque un monopolio – perpetuo sulla stampa alla *Stationers' Company*, e che soltanto nel 1774 lo *Statute of Anne*, invece, attribuibile all'autore.

Il *copyright* era considerato un'istituzione di diritto positivo riconosciuto dal Sovrano come premio temporaneo a favore dell'editore. All'autore, quindi, non veniva attribuito quel ruolo di primo piano che avrebbe acquisito nel corso degli anni.

Nel secolo XVIII, si svilupparono le prime normative nazionali in tema di diritto d'autore, dal già citato *Copyright Act* della regina Anna d'Inghilterra fino a giungere alla disciplina organica prevista dalle leggi francesi in tema di proprietà letteraria e artistica del 1791 e del 1793, che attribuivano in modo espreso all'autore la possibilità di agire in giudizio nei confronti del contraffattore.

Il diritto d'autore continentale, infatti, ha mosso i suoi primi passi in Francia con la legge Le Chapelier del 13 gennaio 1791 e la legge Lakanal del 19 luglio 1793. Seguendo gli insegnamenti di Isaac René Guy Le Chapelier (uno dei principali artefici della codificazione napoleonica), il diritto d'autore venne riconosciuto come «il più sacro dei diritti», al quale si attribuiva lo *status* di «diritto assoluto», sino all'inquadramento dei diritti patrimoniali e morali spettanti all'autore nel *genus* dei «diritti naturali», riconosciuti (e non attribuiti) dall'ordinamento statale.

In questo caso, con l'espressione francese «*propriété industrielle*» fin dalla prima metà del secolo scorso sono indicati i diritti di esclusiva sulle invenzioni e sui segni distintivi, così giustificandosi il riferimento esplicito al concetto di proprietà con la natura di diritto individuale privato dotato del carattere dell'assolutezza e di esclusività (*ius excludendi alios*). Ed invero la qualificazione giuridica in termini di «bene» dell'opera dell'ingegno (in tale contesto si intende sia

la creazione artistica quanto l'invenzione) è acquisizione moderna. Solo a partire dall'Ottocento si cominciò a ritenere giuridicamente rilevante, nell'interesse della collettività, la promozione del progresso. Il riconoscimento delle opere dell'ingegno in termini di beni è mosso di pari passo con l'individuazione di una tutela, più precisamente di una situazione giuridica soggettiva in capo all'autore. In questa maniera, nell'assicurare agli inventori la possibilità di poter sfruttare economicamente il risultato delle loro attività, sia pure per un tempo limitato, si è incentivata l'attività di ricerca destinata a produrre vantaggi per l'intera collettività⁽¹¹⁰⁾.

Il diritto d'autore in Italia è regolato dal Codice Civile e dal r.d. 22 aprile 1941, n. 633, quest'ultimo attuato dal d.l. 18 maggio 1942, n. 1369. La disciplina è stata poi modificata ed integrata dalla l. 20 giugno 1978, n. 399, che ha ratificato la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 9 settembre 1886 e successive modificazioni, dalla l. 19 luglio 1956, n. 923 e dalla l. 13 luglio 1966, n. 650 che hanno ratificato la Convenzione universale del diritto d'autore, firmata a Ginevra il 6 settembre 1952. Nel 1992 sono state apportate modifiche alla disciplina del diritto d'autore, con riferimento al *software*, mediante d.l. 29 dicembre 1992, n. 518.

La nozione di «conoscenza» che si sussume nella tutela della c.d. proprietà intellettuale è forse la più vicina alla nozione che di «conoscenza» che attualmente informa il processo di integrazione dell'U.E., ma con essa totalmente non coincide⁽¹¹¹⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Il riferimento è alle considerazioni di F. MACARIO, *La proprietà intellettuale e la circolazione delle informazioni*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, II, Padova, 2003, p. 355 ss.

⁽¹¹¹⁾ Sul piano del diritto internazionale si veda la Convenzione di Monaco sul brevetto europeo del 1973, che consente con una sola registrazione di ottenere un numero di brevetti nazionali regolarmente riconosciuti nei paesi richiesti dal depositante: è il brevetto europeo; la Convenzione di Lussemburgo sul brevetto comunitario del 1975; il Trattato di Washington per la cooperazione internazionale in materia di brevetti (1970);

La nozione di «conoscenza» elaborata a Lisbona⁽¹¹²⁾ ricomprende invero, ma comunque non si esaurisce nei risultati dell'attività d'ingegno che sono tutelabili attraverso il diritto d'autore di ottocentesca memoria.

In un'Europa concepita come *Knowledge-based Society* «è molto più importante la produzione, l'uso e il trasferimento, la condivisione (*sharing*) delle conoscenze, piuttosto che la proprietà ed il commercio dei beni materiali. [...] La società della conoscenza consiste in una metafora che include e qualifica le altre metafore giuridiche costituite dal mercato e dalla società dell'informazione»⁽¹¹³⁾.

Il diritto dell'Unione Europea, allora, affranca la nozione di beni immateriali dalla stessa nozione che nell'ordinamento interno che li qualificava essenzialmente come proprietà intellettuale⁽¹¹⁴⁾ e li con-

la Convenzione di Unione di Parigi (1983) per la protezione della proprietà industriale.

⁽¹¹²⁾ R. CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss. Si veda anche sulla strategia di Lisbona, F. VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*, Milano, 2006.

⁽¹¹³⁾ Testualmente R. CIPPITANI, *Il diritto privato della Società dell'informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 166.

⁽¹¹⁴⁾ M. VAN EMPEL, *Proprietà intellettuale e diritto CE della concorrenza. 2004: un anno movimentato*, in *Dir. ind.*, 2005, p. 277 ss., sottolinea come nel 2004 la Commissione UE è stata particolarmente attiva nel campo dei rapporti tra diritto comunitario della concorrenza e proprietà intellettuale, in particolare diritto d'autore brevetto e *know-how*. Da una parte la Commissione ha emanato un nuovo regolamento di esenzione per categoria *ex art. 81* (v. Regolamento della Commissione CE 772/2004 del 27 aprile 2004) per i contratti di licenza in materia di brevetti, *know-how* e diritto d'autore su *software*. Dall'altra, in due cause clamorose – Decisione della Commissione europea, 24 marzo 2004, *Microsoft* e Corte di giustizia, 29 aprile 2004, *IMS Health*, in *www.eur-lex.europa.eu.it* – la Commissione ha chiaramente rivendicato per se stessa la possibilità di forzare sulla base dell'art. 82, mediante a «licenze obbligatorie», l'accesso a determinati mercati che in forza di diritti di proprietà intellettuale sono dominati da un'unica impresa.

duce pienamente nella nozione di *new propriety*⁽¹¹⁵⁾ (si pensi ai risultati dell'attività di ricerca). Alcuni beni che derivano dall'attività di ricerca è vero che sono quelli tutelati dalla disciplina sul diritto d'autore (che riguarda le opere dell'ingegno a carattere creativo, il *software* e le banche dati)⁽¹¹⁶⁾, ma non tutti ricadono sotto questa disciplina. L'esercizio dell'attività di ricerca è oggi tra i diritti umani fondamentali⁽¹¹⁷⁾. La definizione dell'Unione europea di ricerca fa leva sulle tipologie di «conoscenze» da acquisire. Le conoscenze derivanti dall'attività di ricerca consistono in «risultati», che comprendono: «le informazioni tutelabili o no, derivanti dalle azioni dirette e indirette così come i diritti d'autore o i diritti connessi a tali risultati a seguito della domanda e del rilascio di brevetti, disegni e modelli, novità vegetali» ma anche «certificati di protezione complementari o altre forme simili di protezione»⁽¹¹⁸⁾ che però non trovano tutela nel diritto d'autore.

⁽¹¹⁵⁾ C. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, p. 733 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Testualmente R. CIPPITANI, *La proprietà industriale e intellettuale*, in R. CIPPITANI, L. FULCI, *I programmi comunitari per la ricerca e l'innovazione. Regole di partecipazione e contratto tipo*, Perugia, 2007, p. 215.

⁽¹¹⁷⁾ È un diritto solennemente sancito dall'art. II.13 della Costituzione per l'Europa e da altri testi comunitari, tra le norme internazionale si veda l'art. 27 Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite.

⁽¹¹⁸⁾ R. CIPPITANI, *Situazioni giuridiche soggettive nei finanziamenti pubblici per la ricerca. Il caso della ricerca del sistema elettrico*, in *Rass. giur. umbra*, 2006, p. 461 s.

HEDLEY CHRIST^(*)

DOES THE RULE OF LAW HAVE MEANING WITHIN THE EUROPEAN UNION – A CORPUS LINGUISTIC APPROACH?

SUMMARY: 1. Introduction. — 2. The Legal Framework. — 3. The Rule of Law within EU Documents. — 4. Conclusion.

1. — *Introduction.*

Although we do not find the phrase “rule of law” within the founding treaties, or any treaty before the Treaty on the European Union, the phrase has almost, retrospectively, been inserted into the thinking of those who produced the founding treaties. In the Report from Commission promoting observance of human rights and democratic principles in external relations⁽²⁾ it states that the rule of law is a “cornerstone of the EU”; a metaphor in which the EU is conceived of as a building whilst the rule of law forms a principal foundational feature. Prior to the Lisbon Treaty, the consolidated version of the Treaty on the European Union at Article 6(1) states that the “Union is founded on the principles of...the rule of law [...]” whilst the consolidated version after Lisbon states, at article 2 that the “Union is founded on the values of [...] the rule of law

^(*) Senior Lecture in Law and Law and Language at the University of Brighton, United Kingdom

⁽²⁾ Com/2000/07-26.

[...]” In both cases the word founded is used. In Kadi⁽¹⁾ at paragraph 281 the court stated that “it is to be borne in mind that the Community is based on the rule of law”⁽²⁾ Since the Treaty on the European Union the phrase, rule of law, has become almost compulsory not only when the EU is being considered generally, but also when specific issues relating to the Union are considered. This paper looks at a random sample of these documents produced by the Union, to see whether it is possible to identify the phrase rule of law in any meaningful way. The emphasis of this paper will be on the English phrase rule of law rather than its continental ‘equivalence’, *État de droit*, *Rechtstaat*, *Stato a Diritto* or *Estado de derecho*.

2. — *The Legal Framework.*

The first incidence of the English phrase “Rule of Law” within the *Droit Communautaire* appears in the *Granaria* case⁽³⁾ as “the principle of the rule of law within the community context”. In the French version this appears as “du principe de la légalité communautaire

⁽¹⁾ ECJ, Joint cases C-402/05P and C-415/05P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Union [2008] ECR I-6351.

⁽²⁾ The word based is also being used metaphorically in that the word means “the part on which something rests or is supported” Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English.

⁽³⁾ Case 101/78 *Granaria BV v Hoofproduktschap voor Akkerbouwprodukten* [1979] ECR 623 para 5 “Thus it follows from the legislative and judicial system established by the Treaty that, although respect for the principle of the rule of law within the community entails for persons amenable to community law the right to challenge the validity of regulations by legal action, that principle also imposes upon all persons subject to community law the obligation to acknowledge that regulations are fully effective so long as they have not been declared to be invalid by a competent Court.”

comport”. The second incidence appears in *Les Vert*⁽⁴⁾ where the Court states that the European Economic Community is a Community based on the rule of law”. The French version has “[...] que la Communauté Economique Européenne est une la Communauté de droit [...]” In both cases the French version does not use the phrase “État de droit” which might have brought into the case the notion of a Community state. We should perhaps be careful therefore not to read too much into the English translation of Communauté de droit or légalité communautaire into rule of law as a specific legal concept or principle. In *UPA v Council*⁽⁵⁾ the Advocate General Jacobs when considering the grounds of judicial review states that “provided that the Court had jurisdiction in actions brought on grounds of infringement of this Treaty or of any rule of law relating to its application”⁽⁶⁾. He then made another comment “Where the Court has adopted a generous and dynamic interpretation of the Treaty, or even a position contrary to the text, to ensure that the evolution in the powers of the Community institutions does not undermine the rule of law and the institutional balance”⁽⁷⁾. There seems to be a suggestion here that the Rule of Law acts in some way as a meta-function, a legitimizing principle allowing the Court to review measures not specifically stated in the Treaties and thereby consider the powers of the Community institutions and the development of Community law. The early use of the phrase Rule of Law by the Court of Justice was understood

⁽⁴⁾ Case 294/83 Parti écologiste “Les Verts” v European Parliament [1986] ECR 1339 para 23 “It must first be emphasized in this regard that the European Economic Community is a Community based on the rule of law, in as much as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty”.

⁽⁵⁾ Case C-50/00P Unión de Pagueños Agricultores v Council of the European Union [2002] ECR I-6677

⁽⁶⁾ *Ibid* para 70. In the French version this is “règle de droit”.

⁽⁷⁾ *Ibid* para 71. In the French version this is l’État de droit”.

to be central to the issues surrounding judicial review, and thereby legitimizing of the Court to go further than would have been possible when considering the Treaties alone.

Beyond the relationship between the Rule of Law and judicial review we see an emerging principle moving beyond judicial review. In the Opinion of the European Economic and Social Committee (ESC) on Civil Society⁽⁸⁾ we find the opinion expressing the view that “Europe’s great achievement is that it has successfully established the rule of law as the best means of organising power democratically [...] exercising power subject to the rule of law”⁽⁹⁾.

The phrase Rule of Law does not appear in the legislation or documents of the European Union at the time of these early cases. The phrase is not to be found in the Treaties until the Treaty on the European Union where in the preamble to the Treaty it states “[...] their attachment to the Principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and the rule of law”. This placement of the rule of law among a number of other principles is given full status by Article 6(1) of the Treaty on the European Union (TEU) “The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States”⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Opinion of the European Economic and Social Committee on Civil Society participation in the fight against organized crime and terrorism. 2006/C 318/147. The ESC (2000/C318/26) also states that “Civil society plays a fundamental role in promoting the values of the rule of law.

⁽⁹⁾ *Ibid* para 3.3 and 3.4

⁽¹⁰⁾ In the preamble of the version consolidée du Traité sur l’Union Européenne: “Confirmant leur attachement aux principe de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l’homme et des libertés fondamentales de l’État de droit”. By Article 6 “l’Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratique, du respect des droit de l’homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l’État de droit, principes qui sont communs aux États Membres”.

This principle of the rule of law is also given force in Article 49 TEU where there should be respect for the rule of law, and by Article 177(2) TEU where there is a “general objective of developing and consolidating democracy and the rule of law, and that of respecting human rights and fundamental freedoms”⁽¹¹⁾. By the Treaty of Lisbon Article 2 TEU has become, “The Union is founded on the values⁽¹²⁾ of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. The values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail”. Thus the rule of law is now a value among an increased range of values.

By the time the phrase rule of law is used within the Union’s legislative framework we also see the phrase *État de droit*⁽¹³⁾ as equivalent. This does not mean that the Union is now seen as a state – the phrase rule of law is clearly being used as a principle and then a value which adds something to the Union, although what is not defined. Furthermore this principle or value is, *inter alia*, one of the founding principles or values even though the phrase is not found in the earlier versions of the Treaties. Within the Nice Charter the

⁽¹¹⁾ The Nice Charter on Fundamental Rights of December 2000 also states that the Union is founded on *inter alia*, the rule of law. At paragraph 3.4 it states: “The social rule of law refers to the exercising of power subject to the rule of law, the growing requirements for democratic legitimacy, and universal access to goods and services whilst ensuring equal opportunities and treatment”.

⁽¹²⁾ In fact the notion of the rule of law being a value rather than a principle is seen in a number of EU documents. In the Common Foreign and Security Policy (CFSP) Annual Report 2008 it states that the “CFSP must therefore be underpinned by the values which the EU and its Member States cherish, notably democracy, the rule of law and respect for human rights and fundamental freedoms as key objectives of the CFSP”. Also see the ESC Opinion at note 6 above (2000/C318/26).

⁽¹³⁾ See note 8.

rule of law as a meta-function provides the Court with a legitimizing force which now expands its meta-functions to a containing force on democratic power. In the Report from the Commission promoting observance of human rights and democratic principles in external relations⁽¹⁴⁾ the rule of law is considered as one of the “cornerstones of the EU”. It adds the rule of law has certain components “including a legislative and executive giving full effect to human rights, an independent judiciary, effective access to legal redress, and a legal system which guarantees equality before the law”.

The use of the phrase rule of law within the European Union therefore, seems to have a raft of potential meanings. The Court of Justice using it as a legitimizing function for extending its jurisdiction while the various institutions of the Union have represented the phrase as being a principle or value upon which the Union is founded, or perhaps even more importantly one of its cornerstones. The phrase also is considered as being a variable of governance and as a constraining factor limiting democratic power, i.e. the power can only be exercised subject to the rule of law. Finally the rule of law becomes associated within a number of other principles or values, particularly democracy, human rights, and fundamental freedoms.

3. — *The Rule of Law within EU Documents.*

To see how the phrase rule of law is being used within the European Union a search for the phrase was undertaken; firstly within Europa and Eur-Lex web-sites, and secondly within the law database, Westlaw. Using the search “rule of law” the Europa web-site found

⁽¹⁴⁾ Com/2000/07-26

2686 documents, Eur-Lex 3250, and Westlaw 3569. However the results provided a range of documents which also included “a rule of law” unrelated to the principle or value “the rule of law” and “rules of law” also unrelated to the principle or value “the rule of law”. From each of these web-sites a random sample of 300 documents (approximately 10%) containing the phrase “the rule of law” was identified and subject to analysis. Many of the documents contained more than one quote. Once the random samples were analyzed the remaining documents were reviewed to check their compatibility with the random sample.

One of the first notable features of the phrase rule of law is that it rarely stands alone. In virtually every document the phrase rule of law forms part of a much wider list, particularly other principles. What also becomes noticeable is that the phrase rule of law is associated with some of these other principles much more often than others. Beyond the list of principles the phrase rule of law is also associated with a number of activities such as a market economy, countering terrorism, humanitarian aid, and judicial and electoral reform. It is also associated with certain objectives such as peace, education, and sustainable development⁽¹⁵⁾. However, when one considers the number of times the phrase rule of law is associated with other words and phrases, the principles far outweigh the activities and objectives.

The word associated with the phrase rule of law within the EU documents is democracy. This association occurs at nearly 25% of the time (24.9%), followed by human rights at 23% of the time. After this the association drops significantly where we find Good

⁽¹⁵⁾ A list of these collocates is to be found in the Appendix. The distribution of this list into principles (now values), activities and objectives is purely a subjective one and a number of these collocates could in fact be in any one of them.

Governance (6.21%), Fundamental Freedoms (5.27%), Corruption (2.45%), Sound Judicial System (2.26%), Protecting Minorities and Combating Crime (each 2.07%). Between 1% and 2% we find Liberty, Human Dignity, Equality, Freedom, Stable Institutions, Market Economy, Peace, security, Justice, Judicial Reform, and Public Service⁽¹⁶⁾.

These words or phrases represent nearly 84% of the collocations found and divide into three distinct bands with the remaining 16% forming the fourth band.

- Band One containing democracy and human rights, representing approximately 48% of these collocates found.
- Band Two containing good governance and fundamental freedoms, representing approximately 11.5% of these collocates found.
- Band Three containing liberty, human dignity, equality, etc., representing approximately 9% of these collocates found.
- Band Four contain all those collocates which were associated less than 1% of the time, such as, economic development, poverty, proper functioning of the state, etc. representing the remaining 31.5% of these collocates found.

If we consider the association the rule of law has particularly with democracy and human rights, we find that all three phrases are represented within the Union institutions, member states, and non-member state countries and institutions in such a way that they are:

- Stable and able to guarantee democracy, human rights and the rule of law;

⁽¹⁶⁾ This represents 19 words or phrases out of the total 57 words or phrases found associated with the phrase rule of law.

- Able to strengthen democracy, human rights and the rule of law;
- Committed to or able to move swiftly towards democracy, human rights and the rule of law;
- Able to consolidate or improve the climate for democracy, human rights, and the rule of law;
- Unified in these common or shared values of democracy, human rights, and the rule of law;
- Able to face the important challenge to democracy, human rights, and the rule of law;
- Able to guarantee in partnership democracy, human rights, and the rule of law; and
- Respectful of democracy, human rights, and the rule of law.

The Union itself is to spread these principles, consolidate them, and strength them.

In fact the verbs associated with the rule of law are extremely varied. Often these require establishing, safeguarding, guaranteeing, strengthening integrating, promoting, respecting, consolidating, developing, enforcing, governing, and focusing. Sometimes the activities associated with the rule of law are entrenched, integrated, weakened, attached, or even destroyed. They also associate with nouns that form part of the framework, culture, standards, field and scope of the rule of law, or the elements or provisions of the rule of law. The rule of law is sometimes seen as an equilibrium which may be disturbed. There is sometimes a deficiency of or incompatibility with the rule of law⁽¹⁷⁾.

When we consider to whom these aspects of the rule of law are addressed we discover:

⁽¹⁷⁾ The prepositions used are “in the rule of law”; “with the rule of law”; “on the rule of law”; “under the rule of law”; and “of the rule of law”. Metaphorically this would seem to indicate that the rule of law is a container, the question then is what it contains.

- 1– The rule of law as part of the Union having an internal aspect. These phrases are often of a general characteristic:
 - a. The Union is founded on the rule of law;
 - b. Court of Justice upholds the rule of law;
 - c. EU members must have stable institutions guaranteeing the rule of law;
 - d. EU helping strengthening, encouraging and improving the rule of law and as restoring the balance;
 - e. That the rule of law has created an environment of sustainable development, private investment, cultural, social and economic development;
 - f. That the rule of law protects the market economy and positive business environment; and
 - g. European Investment Bank’s financing strategy contributing to developing and consolidating the rule of law.
- 2– The rule of law as part of the Union having an external aspect. In the Union relations with countries and organizations outside the Union. These also include the more general phrases as we see with the internal aspect such as:
 - a. Core objective of the European integration process is to ensure respect for the rule of law;
 - b. The commitment of the Russian Federation to strengthening the rule of law in Russia;
 - c. Whereas the transatlantic partnership is founded on shared core values such as democracy, human rights, the rule of law; and
 - d. Council Common Position concerning human rights, democratic principles, the rule of law and good governance in Africa.

However, the external aspect also includes more specific aid related rule of law programmes or missions. For example the Georgia

rule of law mission ⁽¹⁸⁾ funded:

- 1– Penitentiary and probation service reform;
- 2– Organizational reform of the Ministry of Justice;
- 3– Parliamentary and electoral reform; and
- 4– Confidence building.

Under the Palestinian Civil security and Rule of Law programme there was made available support for judicial reform and capacity building within the police force.

It is clear then that the phrase rule of law has both an internal aspect and an external aspect from the view point of the European Union. However the use of the phrase rule of law is not dissimilar in either aspect. Only when one considers the more specific rule of law missions do we see some form of identification of specific actions within the rule of law such as the reform of the justice system, prosecutor's office, and the proper implementation of legislation. The nearest one gets to a definition of the rule of law comes in a Commission Communication ⁽¹⁹⁾ which refers to the rule of law as follows.

“The primacy of the law is a fundamental principle of any democratic system seeking to foster and promote rights, whether civil and political or economic, social and cultural. This entails means of recourse enabling individual citizens to defend their rights. The principle of placing limitations on the power of the state is best served by a representative government drawing its authority from the

⁽¹⁸⁾ This mission made available € 465 million under the Rapid Reaction Mechanism for measures to reinforce the rule of law and democratic processes. There have been a number of rule of law missions under the Neighbourhood policy, including those to Kosovo, Afghanistan, Palestine, Turkey, Georgia, and the Russian Federation.

⁽¹⁹⁾ Com(98) 146 Commission Communication to the Council and Parliament: Democratisation, the rule of law, respect for human rights and good governance – the challenges of the partnership between the European Union and the ACP States.

sovereignty of the people. The principle must shape the structure of the state and the prerogatives of the various powers. It implies for example:

- A legislative respecting and giving full effects to human rights and fundamental freedoms;
- An independent judiciary;
- Effective and accessible means of legal recourse;
- A legal system guaranteeing equality before the law;
- A prison system respecting the human person
- A police force at the service of the law
- An effective executive enforcing the law and capable of establishing the social and economic conditions necessary for life in society”.

What then does this tell us, if anything, about the meaning of the rule of law within the European Union? Does the rule of law mean anything substantive? Does it encapsulate any norms? Can we experience the rule of law ⁽²⁰⁾?

It is clear that the institutions of the Union are committed to the principle (later the value) of the rule of law and that, as a principle, the institutions should guarantee it, strengthen it, and consolidate it. This would indicate that in order to commit, guarantee, strengthen and consolidate there must be something substantive that the rule of law represents; something that one can strengthen for example. As the collocates of the rule of law include the principles of liberty and democracy, the respect for human rights and fundamental freedoms,

⁽²⁰⁾ An important issue which will not be considered by this paper is how the rule of law fits within the theory of positivism. Does neo-constitutionalism provide more explanatory power? Is there a moral conception of the rule of law, particularly as Raz states between the citizen and the state? Could we consider the rule of law as a rational choice?

the rule of law cannot include these aspects within its meaning. It is also clear that the principle (or value) of the rule of law is one which is shared by the member states⁽²¹⁾. Both in *Les Vert* and later in *Kadi* we are told that the Community (now Union) is based on the rule of law, something that was there at the founding of the Communities even though it was not specifically referred to. Something therefore that the member states already possessed, as for instance, the principle of democracy, these were already democratic states. Therefore, whatever the rule of law means for the Union the member states already have it, it is entrenched and integrated already into their own legal systems. There is no need to define it just as there is no need to define democracy. And therein may lay its strength as a concept, that each member state has its own rule of law, its own understanding of what the rule of law means for itself. After all the phrase rule of law does not exactly translate into *État de droit*, *Rechtstaat*, *Stato a Diritto* or *Estado de derecho*. So that when the Treaty is read as the Union; “Founded on the values of...the rule of law”; “L’Union est fondée sur les Valeurs... de l’État de droit”; “L’Unione si fonda sui valori...dello Stato di diritto”; “Die Werte, auf die sich die Union gründet...Rechtsstaatlichkeit” they conjure up, or at least in principle conjure up a conception of the rule of law as represented by the different language versions. The issue then is perhaps not in the meaning of the rule of law from an internal aspect but in its meaning from an external aspect. In fact many of the documents identified have as their focus the external aspect⁽²²⁾

⁽²¹⁾ See Article 2 TEU.

⁽²²⁾ Examples include: Proposal for Council decision concluding consultations with Togo under Article 90 of the Cotonou Agreement; Communication from Commission to Council – Recommendations for Armenia, Azerbaijan, Georgia, and for Egypt and Lebanon; Communication from Commission to EP and Council – Enlargement Strategy and Main Challenges; Council Regulation on development cooperation – general objectives of developing and consolidating democracy and the rule of law and that of respecting human rights and fundamental freedoms.

either as a matter of external relations or as to the impact external relations have on the Union⁽²³⁾ The issue then becomes whether certain non-member states do not have, or have in only a limited way, the rule of law. Therefore the union must either safeguard or guarantee the rule of law within the Union, or establish and promote the rule of law outside the Union. And in doing so it undertakes this task within a framework and a culture. Furthermore this establishment and promotion of the rule of law does not stand alone but becomes part of a package such that democracy, human rights and fundamental freedoms are also established and promoted.

One of the clearest indications of what the rule of law may mean for the Union comes from a document on fighting crime and terrorism. In this document it states that “Europe’s great achievement is that it has successfully established the rule of law as the best means of organising power democratically”. This phrase, organising power democratically has resonance with much that has been written on the rule of law and can find accord with Dicey⁽²⁴⁾ in the United Kingdom, Mohl,⁽²⁵⁾ Bähr,⁽²⁶⁾ and Gerber⁽²⁷⁾ in Germany, Malberg⁽²⁸⁾ in France⁽²⁹⁾.

⁽²³⁾ For example in the Opinion of the ESC on Civil Society – fight against organized crime and terrorism it states:

- Terrorism and organized crime are attaches on the rule of law;
- Terrorism and organized crime do have one interest in common; to destroy or weaken the rule of law; and
- Organized crime aims to reduce and limit the scope of the rule of law.

⁽²⁴⁾ DICEY, A.V. (1885) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.

⁽²⁵⁾ MOHL, R. von (1832-1833) *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen: Laupp 1844.

⁽²⁶⁾ BÄHR, O VON (1864) *Der Rechtsstaat. Kassel and Göttingen: George H. Wigand*.

⁽²⁷⁾ GERBER, C.F.W. VON (1852) *Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè 1971.

⁽²⁸⁾ MALBERG, R. CARRÉ DE (1920) *Contribution à la théorie générale de l'État*.

⁽²⁹⁾ WALDRON, J. (2008) *The Concept of the Rule of Law*. New York University School of Law: Public law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No.

Perhaps the most appropriate approach the Union could take in giving meaning to the phrase rule of law would be to adopt the Declaration of Delhi as part of, or attached to, Union law. This Declaration includes such things as:

- Abstaining from enacting retroactive legislation;
- Not to interfere with the freedom of religious beliefs;
- Not to deny members of society the right to responsible government;
- Not to place restrictions on the freedom of speech, assembly or association;
- Not to impair the exercise of fundamental rights and freedoms of the individual;
- Providing procedural mechanisms to protect fundamental rights and freedoms;
- Granting power to the executive within the narrowest possible limits;
- Safeguarding the civil and political rights of individuals in a free society; and
- Establishing social, economic, educational, and cultural conditions under which legitimate aspirations and dignity may be realized.

Here, after all are the same or similar collocations that are found in EU documents but placed in a framework giving meaning to the phrase rule of law⁽³⁰⁾.

08-50 p. 5 states: “The Rule of Law is a multi-faceted ideal, but most conceptions give central place to a requirement that people in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of public norms rather than on the basis of their own preferences, their own ideology, or their own individual sense of right and wrong”.

⁽³⁰⁾ It is not my intention to discuss within this paper the difference between, and thereby the nature of, rules and standards and principles and values. However it is important to determine, in a wider context, the nature of the rule of law within the

4. — *Conclusion.*

In the end the meaning of the phrase rule of law within the European Union is rather nebulous. There is no link to a particular definition or version of the rule of law. We find little within the EU documents that defines the rule of law. In fact one of the difficulties with the phrase rule of law is that we frequently do not know what it means; the phrase somehow hangs in the air, almost as if it is too obvious to be said. To some extent, therein may lie its strength, in that the dynamism of the phrase may be constrained if fixed, it requires fluidity. Furthermore the phrase may mean different things to different people in different contexts and therefore identifying those common values may not be a simple matter. However, it is clear that there are common values by the very collocates the rule of law is associated with. So perhaps the European Union could alight upon a list of objectives that the rule of law aims at, such as those provided by the Declaration of Delhi; objectives which aspire to something. In that way the rule of law is neither constrained nor too nebulous to be without meaning⁽³¹⁾.

European Union; the instrumental, substantive, and formalist value of rules and standards and whether each of these views (instrumental, substantive, or formalist) would provide a practical approach to using the phrase rule of law.

⁽³¹⁾ ZOLO, D. (2007) *The Rule of Law: A Critical Reappraisal*, in COSTA, P., ZOLO, D. (eds.) *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, pp 3-71 at p. 3 states if “we ground our analysis on epistemological assumptions drawn from cognitive conventionalism and pragmatism, what matters is not the semantic definiteness and ideological neutrality of theories advanced in this respect; rather, it is their communicative clarity and usefulness within enunciated conventional ambits aimed at understanding and solving problems”.

Appendix

Collocates of the Rule of Law Ranked by the Number of Associations	
Ranking	Collocates of the Rule of Law
1	Democracy
2	Human Rights
3	Good Governance
4	Fundamental Freedoms
5	Corruption
6	Sound Judicial System
7	Combating Crime, Poverty, Protecting Minorities
10	Liberty
11	Equality, Freedom, Human Dignity, Stable Institutions
15	Market Economy
16	Judicial Review, Justice, Peace, Public Service, Security
21	Economic Development, Free Speech, Proper Functioning of the State
24	Capacity Building, Counter Terrorism, Social Development
27	Business Confidence, Development Assistance, Police, Poor Governance, Private Sector Development, Sustainable Development
33	Economic Growth, Economic Reforms, Education, Electoral Reform, Illegal Migration, International Law, Penal Reform, Stability, Support for Civil Society, Tolerance
43	Cultural Development, Energy, Environmental Stability, Illegal Logging, Humanitarian Aid, Humanitarian Law, Managing Resources, Multi-Stakeholder Involvement, Open Society, Political Pluralism, Refugee Law, Religious Freedom, Transport, Women's Rights

JULIUS KIRSHNER^(*)
OSVALDO CAVALLAR^(**)

DA *PUDENDA* A *PRUDENTIA*: IL *CONSILIUM* DI BALDO
DEGLI UBALDI SUL CASO DI GIOVANNI MALASPINA^(***)

Permetteteci, in apertura, di avvertire che non abbiamo mai presentato questo nostro lavoro né in inglese né in italiano. Questo saggio è una versione altamente condensata di alcuni lunghi capitoli di un prossimo libro di cui siamo co-autori. Vi preghiamo quindi di essere pazienti essendo la presentazione di oggi una prima prova.

Poco prima della sua morte, avvenuta intorno al 1370, Morello di Franceschino Malaspina, marchese di Mulazzo, preparò il suo ultimo testamento. Situato in cima ad una collina, posta sulla sponda destra del fiume Magra, nella Lunigiana, la città-castello di Mulazzo era il centro di comando dei feudi imperiali posti sotto la signoria di Morello. Il testamento di Morello, indicando i termini secondo cui i suoi figli gli avrebbero dovuto succedere come nuovi signori di Mulazzo, contiene una clausola singolare. Egli istruì: “in tutti i miei beni, istituisco eredi i miei figli, Antonio, Giovanni e Bernabò. Per quanto concerne Giovanni, Giovanni [diviene erede] alla condizione che i suoi organi sessuali maschili prevalgano su quelli femminili. In

(*) University of Chicago.

(**) Nanzan University.

(***) Rielaborazione del testo letto da Julius Kirshner il 10 giugno 2009 nella Sala del Dottorato dell'Università di Perugia.

caso contrario, se gli organi sessuali femminili di Giovanni prevalgono su quelli maschili, istituisco Giovanni erede nella somma di mille fiorini. Se il sesso di Giovanni non può essere determinato né come maschile né come femminile, istituisco Giovanni come erede soltanto nelle rendite [dei feudi] in una quota pari a quella dei suoi fratelli, ma in modo che non debba avere né mero o misto *imperium*, né giurisdizione, né possa ricevere omaggio [feudale] dai nostri sudditi e nei nostri territori”. La nostra traduzione non è basata sull’attuale testamento di Morello – il cui originale o le cui copie, dopo una lunga e approfondita ricerca, non siamo stati capaci di individuare anche perché apparentemente non esistono più – ma su una citazione parziale delle sue ultime volontà riportate in un *consilium* (parere legale) steso da Baldo degli Ubaldi di Perugia, il maggiore giurista e consultocrate della seconda metà del XIV secolo.

Agli inizi del suo insegnamento a Pavia, verso il 1391-92, gli fu chiesto di pronunciarsi sullo stato giuridico di Giovanni come erede di Morello. Per le successive generazioni di giuristi, il *consilium* di Baldo fu prezioso perché, per quanto conosciamo, fu l’unico *consilium* dedicato all’esame delle capacità giuridiche di una persona classificata e trattata come ermafrodita. Nel discutere questa questione Baldo attinse al diritto romano, feudale e canonico; ai grandi commentari dei suoi predecessori, come il civilista Cino da Pistoia e il canonista Henricus de Segusio, chiamato l’Ostiense; alle analisi aristoteliche del sesso e del genere; e ai trattati di medicina di anatomia. Oltre a queste fonti, egli fece pure ricorso alle conoscenze acquisite dal suo contatto professionale con medici e chirurghi – e non dimentichiamo pure che il padre di Baldo praticava come medico, quantunque non fosse, come spesso si è ritenuto, insegnante universitario. Prima del *consilium* di Baldo, tutte le considerazioni di giuristi medievali sugli ermafroditi erano di natura generale e ipotetica.

Originariamente, abbiamo curato l’edizione del testo latino di que-

sto *consilium* e preparato la sua traduzione inglese con l'idea di includerla in una antologia di prossima pubblicazione di testi di giuristi italiani dal 1100 al 1550 ad uso degli studenti universitari. Dopo un preliminare studio del contenuto di questo consulto abbiamo pure preso in considerazione l'idea di pubblicarne l'edizione critica accompagnata da una breve discussione dei suoi contenuti e dalla presentazione del suo contesto storico immediato. Tuttavia, appena abbiamo iniziato ad esaminare più approfonditamente la serie di affascinanti temi, sia storici che teoretici, che gravitano intorno alla figura dell'ermafrodita nella cultura medievale e pre-moderna, la rilevanza del consulto di Baldo per i dibattiti contemporanei sul genere e sull'indeterminatezza sessuale si è imposta. Abbiamo allora iniziato la ricerca per uno studio che nel suo aspetto finale avesse la lunghezza di un libro ed abbiamo scoperto una ricca vena di materiali sulla figura dell'ermafrodita. I riferimenti a ermafroditi e le loro immagini trasmesse dalla letteratura medica e di viaggi del medioevo sono ben conosciuti agli studiosi moderni. In contrasto, il trattamento che i giuristi, sia civilisti che canonisti, hanno accordato agli ermafroditi deve essere ricostruito scovando frammenti dispersi tra oscuri testi legali trasmessi da manoscritti, incunaboli e cinquecentine. Presi nel loro insieme, questi materiali, in tandem con le elaborazioni di Baldo sugli standard legali relativi al genere e al sesso, ci hanno permesso di collocare il caso e il parere di Baldo in una capiente e sfumata struttura tematica.

Vediamo ora, brevemente, una serie di interrogativi sui quali ci siamo soffermati a lungo nel nostro lavoro:

Primo, chi era Giovanni Malaspina? Perché e a chi era dovuto il fatto che la sua successione nel feudo fosse una questione rilevante?

Secondo, chi aveva chiesto a Baldo di pronunciarsi sulla posizione di Giovanni? Che ruolo ha giocato Giangaleazzo Visconti in questa vicenda? Fu lui che mise in contatto i Malaspina, o il solo Giovanni, con Baldo?

Terzo, il *consilium* di Baldo pone una serie di domande ontologiche ed epistemologiche sull'indeterminazione sessuale. Era l'ermafrodita un'idea o una realtà? Com'era trattata l'indeterminazione sessuale nel diritto romano e nel diritto canonico? Propone il consulto di Baldo una concezione del sesso come 'anatomia' e del genere come 'performance'?

Quarto, come si deve interpretare questo consulto visto che termina bruscamente e senza giungere ad una precisa determinazione dei quesiti che gli furono sottoposti? Giungere ad una precisa soluzione del caso proposto era, dopotutto, uno degli obblighi morali e professionali del giurista consulente. Per comprendere quale sia stata la posizione di Baldo sullo stato e sulla capacità successoria di Giovanni occorre, ovviamente, prendere in considerazione non solo il *consilium* ma anche tutti gli altri passi in cui il giurista ritornò su questo caso e che sono dispersi nei suoi commentari al *Codex*, al *Digestum* e ai *Libri feudorum*.

Domus Malaspinarum.

Nel 1221 la *domus Malaspinarum* si divise in due rami, rispettivamente noti come 'Spino Secco' e 'Spino Fiorito'. Giovanni di Morello, il testatore, apparteneva al ramo dello Spino Secco. I Malaspina erano vassalli del Sacro Romano Impero e i loro poteri, privilegi, titoli (marchesi) e feudi imperiali furono formalmente concessi dall'imperatore Federico Barbarossa nel 1164, e in seguito confermati da Federico II nel 1220, e da Carlo IV nel 1355. I feudi ancestrali del ramo dello Spino Secco, Mulazzo incluso, erano situati sulla sponda destra del fiume Magra e nella Val Trebbia e in Sardegna.

Grazie ai loro sovrani imperiali, le prerogative ed i privilegi goduti dai Malaspina erano paragonabili, in via di principio, a quelli eser-

citati dalle grandi famiglie nobili del centro-nord Italia: i Visconti di Milano, i della Scala di Verona, gli Este di Ferrara e i Montefeltro di Urbino. In teoria, i Malaspina erano potenti vassalli dell'imperatore; in realtà, erano piccoli signori che presiedevano un territorio altamente frammentato. Nella Lunigiana, infatti, la successione feudale non era governata dalle regole della primogenitura, come nel Nord della Francia e in Inghilterra, ma dalla legge lombarda secondo la quale tutti gli eredi, purché maschi e legittimi, ereditavano parti uguali del patrimonio paterno. Nel XIV secolo, i Malaspina divennero pedine sfruttate dai loro potenti vicini: Milano e Firenze, in primo luogo, ma anche Pisa, Lucca, e Genova.

I dati biografici relativi a Morello e ai suoi figli sono pochi e incerti. Molta della documentazione originale – una documentazione che dettagliava le loro funzioni ufficiali e gli eventi ciclici della vita (nascite, matrimoni, e morti), proprietà e trasferimenti di proprietà, e le loro relazioni con gli altri rami dei Malaspina e altri signori – è stata distrutta o dispersa. La nostra migliore stima è che Morello morì intorno al 1370. Era sposato con una sua lontana cugina, Alagia Malaspina.

Questo matrimonio produsse almeno otto figli legittimi; due figlie e sei figli sopravvissero alla morte di Morello. I quattro figli, Antonio, Azzone, Bernabò e Galeazzo succedettero al padre, mantenendo e amministrando però i beni in comune per quasi un ventennio.

Le vicende di questi quattro fratelli negli anni che seguirono alla morte di Morello sono avvolte nel mistero. I loro nomi, nell'aprile del 1390, riappaiono improvvisamente in uno spesso citato documento in cui acconsentivano alla divisione del patrimonio comune ereditato dal padre. Al momento della divisione, Antonio, il più anziano dei quattro, aveva circa venticinque anni; Bernabò ventitré; Galeazzo ventuno e Azzone venti. Con tutta probabilità, la divisione avvenne dopo che il fratello più giovane, Azzone, raggiunse il diciottesimo anno, l'età in

cui secondo la legge lombarda un maschio poteva legalmente alienare proprietà, combattere in un duello e prestare giuramento. La maggiore età era necessaria perché ad ognuno dei fratelli era richiesto di prestare giuramento a conferma dei termini della divisione. Cercando di limitare la frammentazione, i fratelli divisero il patrimonio in due parti, anziché quattro. Ad Antonio e Azzone andarono i diritti feudali su Mulazzo. Allo stesso modo, essi ricevettero altri castelli e terre di valore nel cuore del loro dominio ancestrale, sulla sponda destra del torrente Magra, e il diritto di riscuotere pedaggi a Villafranca e Aulla. A Bernabò e Galeazzo andarono i castelli strategici di Croce, Ottone e Carisetto in Val di Trebbia e i più lontani castelli di Belforte, Merlassimo e Cantalupo in Val Borbera nel nord-ovest della Liguria, un territorio che apparteneva ai Malaspina sin dall'undicesimo secolo. I possedimenti della Sardegna rimasero in comune.

Stando ad Eugenio Branchi, l'instancabile studioso dei Malaspina del XIX secolo, Morello ebbe pure un quinto figlio, chiamato Ghisello, che apparentemente morì giovane. Non convinti dall'asserzione del Branchi, gli studiosi malaspiniani successivi hanno ommesso Ghisello dalle loro tavole genealogiche. Né Branchi né nessun altro studioso dei Malaspina di Mulazzo ha mai attribuito a Morello un figlio chiamato Giovanni. L'unica fonte che attesti dell'esistenza di 'Giovanni di Morello' è il consulto di Baldo. Che Morello abbia imposto il nome di Giovanni ad uno dei suoi figli è cosa altamente plausibile, perché era consuetudine per un padre chiamare uno dei suoi figli con il nome di un fratello deceduto. È pure concepibile che, nei documenti citati da Branchi, uno scrivano abbia alterato il nome 'Ghisellus' in 'Johannes'; o che, nella documentazione presentata a Baldo, 'Ghisellus' sia stato alterato in 'Johannes'; o che Baldo stesso abbia inavvertitamente alterato questo nome in una forma più comune.

La nostra opinione è che i nomi 'Giovanni' e 'Ghisello' indichino e si riferiscano alla stessa e medesima persona. I filologi obietteranno

con ragione che questi due nomi non sono dopotutto interscambiabili. Le ragioni della nostra opinione risiedono in un atto rogato nel 1423 in cui Filippo Maria Visconti, duca di Milano, conferiva dei feudi ai figli di Antonio di Morello, uno dei quali venne rammentato come ‘Giovanni, chiamato Ghisello’ (*Johannes, dictus Ghisellus*). Tra i Malaspina, ‘Johannes’ e ‘Ghisellus’ erano dunque nomi interscambiabili. Antonio stesso aveva imposto ad uno dei suoi figli il nome ‘Ghisello’, un nome che non appare mai nelle tavole genealogiche degli antenati di Morello. Da questo momento in poi, il nome ‘Ghisello’ appare spesso tra i discendenti di Antonio. In base a questo documento siamo spinti ad accettare e seguire l’indicazione fornita da Baldo e, in seguito, ci riferiremo al protagonista di questa disputa come ‘Giovanni’.

Sebbene Giovanni fosse stato escluso dalla divisione fatta nel 1390, egli mantenne, secondo i termini del testamento di Morello, la possibilità di rivendicare parte dei feudi e dei diritti lasciati in eredità dal padre, o di rivendicare la somma di mille fiorini. Poiché la sua richiesta concerneva feudi imperiali, non poteva essere giudicata dal tribunale del podestà di Mulazzo, o da un altro tribunale civile locale. Similmente, non poteva neppure essere sottoposta in giudizio a marchesi posti a capo di altri rami dei Malaspina. Solo un superiore gerarchico – l’imperatore o più probabilmente un giudice delegato dell’imperatore – possedeva l’autorità di pronunciarsi su questa disputa. Esempi di giudici delegati di nomina imperiale che giudicarono su controversie insorte tra i Malaspina nel XIV secolo sono citati da Branchi. Qualora un superiore gerarchico fosse venuto a mancare, come in questo caso, le parti, di comune accordo o solo quella lesa, potevano sottoporre la loro vertenza ad un giurista con una reputazione nel giudicare dispute su questioni feudali. Poco prima di stendere il suo *consilium*, nel febbraio del 1390, Baldo si era trasferito da Perugia a Pavia su invito di Giangaleazzo Visconti. L’e-

sperienza di Baldo in questioni legali feudali era ampia: oltre ad una serie di consulti, stesi nel periodo prima del suo trasferimento, nel 1393 completò un commentario ai *Libri feudorum* che fu calorosamente dedicato al suo patrono, Giangaleazzo. In seguito, il nome dei Malaspina, ma non il ramo di Mulazzo, comparirà ancora una volta nei consulti di Baldo.

Essendo i Malaspina di Mulazzo alleati dei Visconti nell'ultimo decennio del Trecento, non è improbabile che le parti in causa si siano rivolte proprio a Giangaleazzo, anche se questi non aveva ancora acquisito il controllo giurisdizionale sui Malaspina, il che avvenne pochi anni dopo nel 1398. Era intenzione di Giangaleazzo entrare in accordo con i Malaspina per proteggere gli interessi di vecchia data dei Visconti in Lunigiana, un luogo strategico data anche la guerra con Firenze. Pontremoli, ad esempio, che nel 1341 era stata incorporata nello stato territoriale di Milano, era il principale stanziamento di frontiera dei Visconti nella Lunigiana. È allettante immaginare che la strada da Mulazzo a Pavia sia passata per Milano: con Giangaleazzo nelle vesti di intermediario, Baldo venne coinvolto nella disputa dei Malaspina.

Tertium genus.

Volgiamo ora la nostra attenzione alla figura dell'ermafrodita nel medioevo e poniamoci la domanda se gli ermafroditi fossero classificati come un terzo sesso dai giuristi del diritto comune.

Primo, vogliamo far notare che le persone non nascono come ermafroditi, intersessuali, bisessuali, e cose simili. 'Hermaphoditus' è un termine preso dall'iconografia mitologica e si riferisce ad una persona sessualmente ambigua, cioè dotata di entrambi gli organi sessuali. Si tratta, ovviamente, di una condizione impossibile in biolo-

gia. I criteri usati per determinare ciò che sia da considerare femmina o maschio, o sessualmente ambiguo, sono standard non biologici. In altri termini, il fatto che i corpi siano considerati normali o anormali non è un dato biologico. Essi sono piuttosto classificati come normali o aberranti in base a convenzioni sociali. Una percentuale molto bassa di infanti nasce con caratteristiche anatomiche che presentano tratti tipicamente femminili e maschili. Altri possiedono cromosomi sessuali che non sono né XX né XY, ma altre combinazioni, come X, e XXY. Altri ancora hanno sperimentato nel periodo della pubertà cambiamenti fisici inaspettati, quando i loro corpi hanno manifestato caratteristiche sessuali secondarie ‘opposte’ al sesso che originariamente la società aveva loro assegnato – proprio il tipo di trasformazione che, crediamo, si sia verificata nel corpo di Giovanni Malaspina. Mentre alcune forme di ambiguità sessuale sono ereditate geneticamente, altre sono il prodotto di un’attività ormonale occorsa durante la gestazione. Il punto che desideriamo sottolineare è che quando incontriamo il termine ‘hermaproditus’ nelle fonti classiche e medioevali, incontriamo una realtà socialmente costruita piuttosto che fondata sulla biologia.

Se nel medio evo nessuno aveva ancora intrapreso uno studio sistematico sugli ermafroditi, vi sono nondimeno numerosi e sparsi riferimenti a questa categoria negli studi specializzati dedicati alla sessualità e al genere, in trattati di medicina e di chirurgia, in opere letterarie, teologiche e filosofiche, nei resoconti di viaggi (reali o immaginati) e negli studi sugli animali. In questo periodo gli ermafroditi erano considerati come meraviglie naturali, come sodomiti e spie, ma non erano – ed è questo un aspetto da sottolineare – associati ad alcuna forma di devianza sessuale. Cary J. Nederman e Jacqui True, nel loro articolo del 1996 intitolato “Terzo Sesso: L’idea dell’ermafrodita nell’Europa del XII secolo” e in base a testi di quel periodo, hanno asserito che “l’ermafrodita era un terzo e distinto sesso”.

Lasciateci esaminare le loro conclusioni. Un'espressione abbastanza comune tra i Romani, *tertium genus* (terzo genere) non denotava il genere nel suo significato contemporaneo e occidentale, cioè gli attributi maschili e femminili contingenti inseriti in specifici contesti culturali e storici. Questo rende la classica categoria del genere (*genus*) radicalmente diversa dalla moderna categoria di genere ('gender') che si è liberata dal contesto del sesso biologico. Come usato da Cicerone, Vitruvio e Columella, dai giuristi romani, e da Ambrogio e Agostino – autori ben noti e ampiamente citati nel medio evo e nel periodo pre-moderno – l'espressione *tertium genus* si riferisce ad una terza, straordinaria classe o categoria di cose, idee, persone e razze. Così nelle *Institutiones* promulgate da Giustiniano (*De libertinis*, 1.5pr) abbiamo: “tutti gli uomini, secondo il diritto naturale (*ius naturale*), nascono originariamente liberi. Più tardi, in base al diritto delle genti (*ius gentium*), un certo numero di persone nate libere divengono schiavi; e, in finire, quasi inesorabilmente, una terza categoria di persone (*tertium genus*) compare: i *liberti* – cioè, gli schiavi liberati dai loro padroni”. Il termine *tertium genus* venne usato da Tertulliano per indicare i castrati e gli eunuchi – uomini sì non-completi ma non per questo donne – che a causa delle loro deficienze fisiche erano categorizzati come un terzo modo di essere. Rilevante per il nostro punto di vista è che, sebbene gli ermafroditi fossero associati agli eunuchi – e talvolta appaiati nella medesima frase – essi non erano per questo considerati come un *tertium genus*.

Nessuno degli autori citati da Nederman e True ha mai applicato il termine *tertius sexus* o *tertium genus* agli ermafroditi. Imperterriti, questi due autori offrono come esempio di un modello trisessuale un passo tratto dalla *Summa Institutionum* del giurista bolognese Azo – un'opera databile intorno alla fine del XII secolo. Azo scrive: “C'è un'altra divisione tra gli esseri umani: alcuni sono maschi, alcuni sono femmine, altri ancora ermafroditi”. Stando ora ai due auto-

ri citati, Azo sta parlando delle differenze sessuali tra esseri umani, guarda agli ermafroditi sostanzialmente come esseri “umani senza problemi” e, allontanandosi dalle autorità classiche e dai loro usi linguistici, li considera fisicamente come un “terzo distinto sesso ermafroditico”.

In nessun modo – eccetto che fraintendendo il testo – si può sostenere che Azo intendesse parlare di tre sessi e generi. In questo passo egli esaminava l’asimmetrica distribuzione di privilegi, di capacità e incapacità legali che tradizionalmente competevano ai maschi e alle femmine. È questo un punto che egli chiarifica con la seguente precisazione: “le donne sono diverse dagli uomini per molte cose, perché la condizione legale delle donne è inferiore a quella degli uomini”. In seguito, egli presenta una lista di situazioni intesa ad esemplificare l’inferiorità legale delle donne accompagnata da una serie di specifici impedimenti legali. La sua argomentazione si conclude con una parafrasi dell’autoritativa opinione di Ulpiano (Dig. 1.5.10, *lex Quaeritur*): “l’ermafrodita è da designare come uomo o come donna a seconda il sesso che prevale”.

Questa non equivoca accettazione dell’opinione espressa da Ulpiano rende cristallino il fatto che Azo concordava con la mentalità antichissima per cui gli ermafroditi non venivano a costituire un terzo sesso. Per l’applicazione della legge, viste le diverse capacità giuridiche dei maschi e delle femmine, lo stato ambiguo dell’ermafrodita doveva essere univocamente risolto e classificato o come femmina o come maschio. Questa concezione binaria e paradigmatica della visione dei sessi venne adottata da ogni giurista che si fosse occupato dello stato legale degli ermafroditi, almeno fino a quando Baldo, sul finire del XIV secolo, venne a complicare notevolmente la questione con la sua opinione sull’eredità di Giovanni Malaspina.

Da prudentia a pudenda.

Permetteteci adesso di spostare la nostra attenzione sul *consilium* di Baldo. Due furono le domande poste al giurista. (Cito dalla nostra edizione critica basata sui minutarî dei consulti di Baldo conservati nel Fondo Barberini della Biblioteca Apostolica Vaticana e su tre edizioni a stampa dei suoi consulti: quella di Brescia, di Milano e di Venezia). Primo: “Se un ermafrodita (*hermafrodita*), o una persona dotata di entrambi i sessi, o con tratti (*signa*) parzialmente maschili e femminili, debba essere considerato maschio o femmina”. Secondo: “se come maschio possa succedere in un feudo”. Questo secondo interrogativo a sua volta contiene due ulteriori domande o due aspetti da tenere in considerazione: primo, come il caso proposto sia da giudicare in considerazione del testamento di Morello; e, secondo, come lo sia in considerazione delle norme e degli usi feudali. Dopo aver citato le tre clausole proposte nel testamento di Morello sullo sviluppo sessuale di Giovanni, Baldo riportò la descrizione dei suoi organi sessuali – con tutta probabilità tratta da un precedente rapporto medico sullo status di Giovanni –: “In fine, il detto Giovanni ha raggiunto approssimativamente l’età di 28 anni; e questi sono i segni della sua virilità: la barba ed i testicoli; il segno della sua femminilità è la mancanza di un pene visibile, al cui posto c’è qualcosa di simile ad un uovo con un buco dal quale fuoriesce violentemente l’urina. Giovanni è privo di capacità procreative sia attive che passive”.

Baldo apre il suo consulto citando l’autorevole e consolidata opinione di Ulpiano per cui un ermafrodita deve essere assegnato al sesso che prevale. Se l’ermafrodita sia nel corpo che nel comportamento appare più maschio che femmina, l’ermafrodita dovrà essere considerato un maschio, e viceversa. Fin qui tutto bene. Ma cosa succede quando v’è incertezza nella determinazione del sesso prevalente, come nel nostro caso? Su questo punto la legge romana non

forniva alcuna indicazione. In seguito Baldo cita l'opinione, tanto influente quanto originale, espressa dall'Ostiense per cui in questo caso è l'ermafrodita che deve scegliere il sesso a cui desidera appartenere; e, una volta fatta una scelta, l'altro sesso non poteva essere più utilizzato (*quia est in sua electione, quo sexu velit magis uti et uno electo altero non utetur*). In breve, la scelta era irreversibile e doveva essere convalidata dal giuramento. Si noti che l'espressione usata dal canonista ricalca la formula consensuale usata nel matrimonio contratto per *verba de presenti*.

Per prima cosa si osservi che era l'ermafrodita, non un medico, un giurista o una qualsiasi altra autorità civile o religiosa, che era autorizzato a decidere sul sesso di appartenenza. Questa scelta, dichiarava l'Ostiense, è dopotutto 'un fatto di coscienza' e nessuno conosce meglio dell'ermafrodita stesso a quale sesso appartenga. Questa visione, profondamente umana, era una concessione al fatto che frequentemente era solo con l'inizio della pubertà che si verificava la cristallizzazione di una essenziale femminilità o mascolinità prima nascosta. È questa la dottrina, Baldo suggerisce, che uno deve applicare al caso di Giovanni Malaspina. Inoltre, dalla prospettiva del diritto canonico, Giovanni aveva raggiunto un'età in cui 'lui' stesso doveva conoscere se si era sviluppato più come maschio che come femmina, quale dei due sessi preponderasse o quale dei due prevalesse sull'altro, e se fosse più incline a compiere azioni femminili o maschili.

Tuttavia, posto davanti all'evidenza dei dati forniti dall'anatomia e dalla biologia, Baldo deve riconoscere che la dottrina proposta dall'Ostiense non era applicabile al caso di Giovanni, "perché non siamo in un caso dubbio, dove la scelta è possibile", ma in un caso che non lascia nessun spazio a dubbi, perché "Giovanni non possiede né capacità generativa maschile né femminile". Citando poi Aristotele, sostiene che il sesso di una persona si riferisce alla sua capacità di generare o procreare (*per sexum intelligimus virtutem generativam*),

cioè la potenza per cui e in cui può avvenire la generazione e la propagazione della specie. Dati gli elementi del caso, e mancando pure una diversa determinazione da parte dei medici, Baldo sostiene che Giovanni non è né di genere maschile né femminile ma di un genere misto (*qui proprie non est generis masculini neque feminini sed confuxi*). Questo significa che, secondo i termini del testamento di Morello, Giovanni non può succedere nel feudo in compagnia dei suoi fratelli. “Questa conclusione è vera”, asserisce Baldo, e non viene punto intaccata dal fatto che Giovanni sia coraggioso e di animo virile (*animus virilis*). Queste due ultime caratteristiche sono irrilevanti, sostiene il consulente, perché “non si tratta di una questione di prudenza (*prudencia*) ma di pudenda (*pudenda*)”.

Ci possiamo ora porre una domanda. Assegnando Giovanni alla categoria elaborata dai grammatici del ‘genere confuso’, stava Baldo sfidando, anche se non proprio intenzionalmente, la concezione binaria e paradigmatica dei sessi tipica dello *ius commune* e propugnando la rivoluzionaria categoria di un ‘terzo sesso’? Dopo aver trascorso anni nella lettura di tutti i commentari e *consilia* di Baldo, crediamo che sarebbe un errore e un anacronismo considerare Baldo, sulla sola base di questo *consilium*, il progenitore della moderna concezione del ‘terzo sesso’. Nondimeno, la classificazione di Baldo di un ermafrodita come di una persona che non può essere definita uomo o donna, ha significato un importante allontanamento dal trattamento riduttivo dell’ermafroditismo proposto dai giuristi dello *ius commune*.

In conclusione, la tradizione feudale e il diritto, secondo cui i feudi passano ai discendenti maschi, argomenta Baldo, non si riferiscono a maschi “in un particolare rispetto ma semplicemente a coloro che una persona normale” (l’uomo della strada) considera come maschi. Così, si deve considerare se l’ermafrodita sia dotato di “animo virile” e se sia maggiormente incline a compiere azioni adatte ad un signore feudale – come l’equitazione, il maneggiare armi, e dare consigli pru-

denti – e se è così, l'ermafrodita dovrà essere considerato maschio; o se l'ermafrodita sia fragile e dotato di una natura femminile, e allora l'ermafrodita dovrà essere considerato come femmina. Nel primo caso l'ermafrodita erediterà come un maschio il feudo per tutta la vita; nel secondo, l'ermafrodita non erediterà mai.

Il *consilium* finisce qui, bruscamente, senza giungere ad una chiara e inequivocabile conclusione, lasciando indecisa la questione della successione di Giovanni. Si può pensare che Baldo, che si è sempre dimostrato brillante nel risolvere enigmi legali complessi e che ha sempre mostrato capacità linguistiche innovative, si sia ritenuto sconfitto nel caso in questione. Noi dubitiamo molto che questo sia accaduto. Più verosimilmente, crediamo che i testi attualmente disponibili del suo *consilium* siano incompleti; o che egli scrisse la sua conclusione come una *additio* non inclusa nel minutorio e quindi nelle edizioni a stampa del suo *consilium*. Si può pure pensare che Baldo, date la difficoltà del caso, abbia riscritto il suo *consilium*. Pochi anni dopo Baldo, un altro grande canonista, Francesco Zabarella, invitava il *doctor iuris* alle prese con un argomento arduo ad abbandonare l'aiuto di un segretario e a stendere il testo di propria mano. Inoltre, nel caso di Baldo ci sono numerosi esempi di casi in cui il nostro sottopose opinioni diverse sul medesimo caso. Dopo anni di ricerca, non siamo ancora riusciti a scovare né l'ipotetica *additio* né il secondo *consilium*.

Non c'è dubbio, comunque, che il caso di Giovanni Malaspina abbia affascinato Baldo. Dopo la stesura del consulto vi ritornò sopra esplicitamente almeno due volte: nel commentario al *Codex* e in quello ai *Libri feudorum*. Queste due riprese, che sono degli anni immediatamente successivi alla richiesta del consulto, sono particolarmente importanti per comprendere quale sia stata la sua posizione definitiva. Nel commento ai *Libri Feudorum* – un luogo certamente consono a trattare un problema di diritto feudale – asserisce che

Giovanni avrebbe potuto ereditare una parte uguale a quella degli altri fratelli, così come ad una donna sterile è permesso dalla legge di trattenere i privilegi dotali. Il fatto che gli organi (*pudenda*) sessuali esterni di Giovanni siano difettosi è irrilevante, essendo questi letteralmente nascosti dai suoi vestiti, e metaforicamente, dal suo coraggio e dalla sua *prudencia*. Fortunatamente, Baldo in questo contesto fornisce anche la soluzione mancante nel suo *consilium*: “*dico quod succedit, quia sufficit quod non sit mulier. Et ita de facto consului in quadam successione marchionum de Malaspinis*”. Si trattava dunque di una questione di prudenza, non di pudenda.

Il tempo stringe, veniamo perciò ad alcune brevi conclusioni. Primo, nonostante la determinazione di Baldo in favore della successione di Giovanni, non c'è testimonianza che Giovanni abbia mai ereditato i feudi. Inoltre, nei documenti contemporanei che abbiamo esaminato non si trova alcuna menzione di Giovanni. Secondo, il *consilium* di Baldo e le osservazioni sul caso nei suoi commentari hanno profondamente informato il trattamento giuridico degli ermafroditi dal 1400 al tardo diciassettesimo secolo. Un ultimo, ma non meno importante, aspetto: il *consilium* offre un punto d'ingresso in un mondo popolato da persone i cui corpi palesemente imperfetti e la cui ambiguità sessuale hanno scatenato fantasie selvagge, erotiche, che alla fine si sono rivelate dannose. Utilizzando tutti gli strumenti a sua disposizione (logica, grammatica, diritto, medicina e filosofia) e grazie ad una profonda sensibilità per la condizione umana, Baldo, come il Virgilio di Dante, ci costringe a riconoscere che le imperfezioni fisiche di Giovanni non hanno cancellato nulla della sua umanità. Tra le lezioni da imparare dall'incontro di Baldo con Giovanni l'ermafrodita vi è quella secondo cui la misura della mascolinità di una persona e soprattutto la sua umanità non dipendono dalla misura del pene.

HUGO ERIC LÓPEZ MEDRANO^(*)

EL DERECHO DEL TRABAJO EN MÉXICO: PRESENTE Y FUTURO DE LAS RELACIONES LABORALES DE CARÁCTER INDIVIDUAL

SUMARIO: 1. Principios Fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo. — 2. Las fuentes del derecho del trabajo en México. — 3. La interpretación de la norma jurídica en el Derecho Mexicano del Trabajo. — 4. Principales derechos y protecciones para los trabajadores contenidos en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. — 5. Ámbito de aplicación del derecho del trabajo (federal y local). Sistema de doble competencia. En nuestro país lo que no está expresamente concedido a la Federación se entiende tácitamente reservado a las autoridades locales. — 6. La relación individual del trabajo. — 7. Los sujetos de la relación de trabajo. — 8. Contrato individual de trabajo. — 9. Condiciones de trabajo específicas. — 10. El salario. — 11. El trabajo de las mujeres. — 12. El trabajo de los menores. — 13. Derechos de preferencia, ascenso y antigüedad. — 14. Participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa. — 15. La prescripción. — 16. Rescisión de las relaciones de trabajo. — 17. Resumen del pago de liquidaciones laborales e indemnizaciones. — 18. El futuro de las relaciones individuales de trabajo en México. — 19. Resumen.

1. — *Principios Fundamentales del Derecho Mexicano del Trabajo*⁽¹⁾.

Equilibrio en las relaciones entre trabajadores y patrones: Siendo el Derecho del Trabajo protector de la clase trabajadora, ésta tiene a disposición los instrumentos adecuados para obtener del patrón ingresos proporcionales a la riqueza generada con su trabajo.

^(*) Tecnológico de Monterrey, CCM.

⁽¹⁾ Cfr. DE LA CUEVA, Mario: *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo I*; México, Porrúa, 2005, pp. 107-123. DE BUEN LOZANO, Néstor: *Derecho del Trabajo, Tomo I*, México, Porrúa, 2001, pp. 69-84. DÁVALOS, José: *Derecho Individual del Trabajo*; México, Porrúa, 1999, pp. 21-26.

La Justicia Social: Esta idea parte del supuesto de la desigualdad económica y traza caminos para superarla. La justicia social procura la elevación de nivel de vida de los trabajadores (cuando del Derecho del Trabajo se trata), imponiendo a los patrones determinadas responsabilidades a favor de un acreedor individual o de la sociedad.

El Trabajo como Derecho y Deber Sociales: El derecho al trabajo se manifiesta en dos formas básicamente: El derecho de adquirir un empleo y el derecho a conservarlo. El deber de trabajar se traduce en que el trabajador está obligado a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estarán subordinados en todo lo concerniente al trabajo y que se deberá ejecutar éste con la intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos.

La libertad, la igualdad, la dignidad y la salud de los trabajadores como fines del Derecho del Trabajo: La Libertad. «No se podrá impedir el trabajo a ninguna persona ni que se dedique a la profesión, industria o comercio que le acomode, siendo lícitos». «Los trabajadores en ningún caso estarán obligados a prestar sus servicios más de un año»⁽²⁾. *La Igualdad.* «A trabajo igual, desempeñando en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad»⁽³⁾. *La Salud y la Vida y la Obtención de un Nivel Decoroso para el Trabajador y su Familia.* La previsión y la seguridad sociales han tomado a su cargo las dos primeras metas. La última intenta resolverse mediante la institución de los salarios mínimos generales y profesionales.

⁽²⁾ Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: artículo 5°.

⁽³⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 86.

2. — *Las fuentes del derecho del trabajo en México.*

La Ley Federal del Trabajo en su artículo 17, señala textualmente: «A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad».

Por lo tanto, dentro de la clasificación tradicional de las fuentes del Derecho, tendríamos en el rubro de las formales directas e indirectas, a la *Legislación, Tratados, La Costumbre, Los Principios Generales Y La Jurisprudencia*, a saber:

Constitución: El artículo 123 consagra los derechos mínimos de los trabajadores, así como derechos de la clase patronal. Otros preceptos que tienen relación con el derecho del trabajo, son el 3o. (en cuanto regula la relación de trabajo entre los trabajadores académicos y administrativos con las Universidades autónomas por ley), 5o. (establece la garantía individual de la libertad de trabajo), 32 (determina la preferencia de los mexicanos sobre los extranjeros) y 73, fracción X (prescribe la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia laboral).

La Ley Federal del Trabajo: Constituye una norma reglamentaria del artículo 123, apartado “A” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los Reglamentos de la Ley: Facultad del Presidente de la República contenida en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (ejemplo: el Reglamento General para la Inspección y Aplicación de Sanciones por Violaciones a la Legislación Laboral).

Los Tratados: Acuerdo internacional celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. ⁽⁴⁾ En México son celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado. En materia laboral los tratados multilaterales se dan en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, organismo especializado de las Naciones Unidas.

La Costumbre: Es el uso implantado por una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio. Se constituye gracias a la repetición de acciones al interior de una sociedad que dada su reiteración, aceptación y permanencia van adquiriendo fuerza normativa, apareciendo como obligatorias ⁽⁵⁾.

La Jurisprudencia: Conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales ⁽⁶⁾. Interpretaciones y consideraciones jurídicas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, interpretaciones obligatorias para los inferiores jerárquicos.

Los Principios Generales del Derecho: Conjuntos de criterios orientadores insertos expresa o tácitamente en todo sistema jurídico, cuyo objeto es dirigir e inspirar al legislador y al juzgador y, en su caso, suplir las insuficiencias o ausencias de la ley u otras fuentes formales ⁽⁷⁾.

La Equidad: Constituye un instrumento para quien debe aplicar la

⁽⁴⁾ Artículo 2 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986.

⁽⁵⁾ ÁLVAREZ, Mario: *Introducción al Derecho*; México, Mc Graw-Hill, 1995, p. 141.

⁽⁶⁾ *Ibid.*, p. 149.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 151.

ley. Es un criterio de creación de normas individualizadas, atendiendo especialmente al logro de la justicia social.

No podemos dejar de mencionar como fuente formal directa del Derecho, a las normas jurídicas individualizadas⁽⁸⁾, que en el caso del Derecho del Trabajo, adquieren gran relevancia, las de carácter público a través del laudo y las de carácter privado por medio del Contrato Colectivo de Trabajo, el Contrato-Ley y el reglamento interior del trabajo.

Finalmente, debemos precisar que en materia laboral, la situación jerárquica de las normas jurídicas se presenta en forma distinta que en las diversas ramas del derecho, toda vez que de acuerdo a la teoría piramidal de Kelsen, en el ámbito jurídico-laboral ubicaríamos a la Constitución en la base, enseguida a la Ley Federal del Trabajo y las demás normas jurídicas en los niveles superiores, ya que como se ha manifestado al enunciar una de sus características, que constituye un mínimo de garantías sociales a favor de los trabajadores⁽⁹⁾.

3. — *La interpretación de la norma jurídica en el Derecho Mexicano del Trabajo.*

En atención a las normas laborales, se toma en consideración las finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. de la Ley Federal

⁽⁸⁾ “Los actos de autoridad [públicas-laudos] y particulares [privadas-convenios o contratos] generan normas jurídicas porque éstas, al producirse bajo las formalidades que el sistema jurídico establece (por eso son fuentes formales también), adquieren validez, es decir, obligatoriedad jurídica. El que las normas jurídicas individualizadas posean validez u obligatoriedad jurídica significa que, al igual que las normas generadas por la legislación y por la costumbre jurídica, gozan de la garantía con que el derecho asegura la eficacia de sus normas, o sea con la posibilidad de hacer coercible su cumplimiento”
ÁLVAREZ, Mario: *op. cit.*, pp. 146-147.

⁽⁹⁾ Cfr. M. DE LA CUEVA, *op. cit.*, pp. 131-140. J. DÁVALOS, José: *op. cit.*, pp. 82-83.

del Trabajo, por lo tanto, en el Derecho del Trabajo las reglas de la hermenéutica o interpretación prescriben el principio general de que: «En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador».

Manuel Marván, nos dice que si la duda recae en la forma de administrar o dirigir la empresa, se deberá resolver a favor del patrón.

Derivado del mencionado artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, se deriva la analogía, que consiste en el método mediante el cual se otorga una igualdad esencial entre dos situaciones, una prevista y otra no prevista por la ley. El procedimiento analógico descansa en el viejo principio de derecho “*donde existe la misma razón, debe de haber la misma disposición*” ⁽¹⁰⁾.

Bases constitucionales del Derecho del Trabajo en México: Artículo 3o. «Las relaciones laborales tanto del personal académico como administrativo de las Universidades y demás instituciones de educación superior se normarán por el apartado “A” del artículo 123 constitucional.» *Artículo 5o.* «Garantía de Libertad de Trabajo. No se podrá impedir a persona alguna que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.» *Artículo 32.* «Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias para cualquier clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.» *Artículo 73, fracción X.* «El Congreso de la Unión tiene la facultad para legislar en toda la República y para expedir leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 constitucional».

⁽¹⁰⁾ Cfr. DE BUEN LOZANO, Néstor: *op. cit.*, p. 446.

4. — *Principales derechos y protecciones para los trabajadores contenidos en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

- Jornada diurna (ocho horas, comprendidas de las 6:00 a las 20:00 horas).
- Jornada nocturna (siete horas, comprendidas de las 20:00 a las 6:00 horas).
- Prohibición de labores a menores de edad (menores de 14 años).
- Protección a la mujer durante el embarazo.
- Salario mínimo generales y profesionales.
- Principio de la Igualdad de trabajo-Igualdad de salario.
- Participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.
- Moneda de curso legal para pagar el salario.
- Horas extraordinarias.
- Legalización del contrato de trabajo entre un mexicano y un empresario extranjero.
- Ley del Seguro Social: invalidez, vejez, vida, maternidad, enfermedades accidentes, jubilación, muerte y guarderías.
- Derecho de escalafón.

5. — *Ámbito de aplicación del derecho del trabajo (federal y local). Sistema de doble competencia. En nuestro país lo que no está expresamente concedido a la Federación se entiende tácitamente reservado a las autoridades locales.*

Nuestra Ley Federal de Trabajo es de orden federal y de aplicación local. La fracción XXXI del artículo 123 constitucional, previene cuáles son en exclusiva las materias o ramas de orden federal, lo mismo que el artículo 527 de la Ley Federal del Trabajo que la reglamenta,

a saber: Ramas de la industria: textil; eléctrica; cinematográfica; huletera; azucarera; minera; metalúrgica y siderúrgica; de hidrocarburos, petroquímica; cementera; calera; automotriz, incluyendo autopartes mecánicas o eléctricas; química, incluyendo la química farmacéutica y medicamentos; de celulosa y papel; de aceites y grasas vegetales; productora de alimentos, abarcando exclusivamente la fabricación de los que sean empacados, enlatados o envasados o que se destinen a ello; elaboradora de bebidas que sean envasadas o enlatadas o que se destinen a ello; ferrocarrilera; maderera básica, que comprende la producción de aserradero y la fabricación de triplay o aglutinados de madera; vidriera, exclusivamente por lo que toca a la fabricación de vidrio plano, liso o labrado, o de envases de vidrio y tabacalera, que comprende el beneficio o fabricación de productos de tabaco. Servicios de banca y crédito. Empresas: Aquéllas que sean administradas en forma directa o descentralizada por el Gobierno Federal, aquéllas que actúen en virtud de un contrato o concesión federal y las industrias que les sean conexas; y aquéllas que ejecuten trabajos en zonas federales o que se encuentren bajo jurisdicción federal, en las aguas territoriales o en las comprendidas en la zona económica exclusiva de la Nación. También será competencia exclusiva de las autoridades federales, la aplicación de las disposiciones de trabajo en los asuntos relativos a conflictos que afecten a dos o más Entidades Federativas; contratos colectivos que hayan sido declarados obligatorios en más de una Entidad Federativa; obligaciones patronales en materia educativa, en los términos de Ley; y respecto a las obligaciones de los patrones en materia de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo, para lo cual, las autoridades federales contarán con el auxilio de las estatales, cuando se trate de ramas o actividades de jurisdicción local, en los términos de la ley reglamentaria correspondiente.

6. — *La relación individual del trabajo.*

Definición de relación de trabajo. Por relación de trabajo se entiende cualquiera que sea el acto que le de origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario ⁽¹¹⁾.

Definición de contrato individual de trabajo. Contrato Individual de Trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario ⁽¹²⁾.

A efecto de determinar la existencia de una relación laboral, se deben de dar los siguientes elementos: *a)* La obligación del trabajador de prestar un servicio material o intelectual o de ambos géneros; *b)* El deber del patrón de pagar a aquél una retribución; y *c)* La relación de dirección y dependencia en que el trabajador se encuentra colocado frente al patrón (subordinación), esto es, que aparezca de parte del patrón un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia de parte de quien realiza el servicio ⁽¹³⁾.

Diferencia entre contrato de trabajo y relación de trabajo. El contrato de trabajo se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, en tanto que la relación de trabajo se inicia hasta que empieza a prestar-se el servicio.

La interpretación armónica de artículo 20, párrafo segundo y artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo, que establece la presunción de la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe, conlleva a colegir que el contrato

⁽¹¹⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 20, párrafo primero.

⁽¹²⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 20, párrafo segundo.

⁽¹³⁾ *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 52, Abril de 1992, p. 36, tesis I.5o.T. J/31, *jurisprudencia, Laboral. Genealogía: Apéndice 1917-1995, Tomo V, Segunda Parte, tesis 895, página 619. Quinto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.*

no necesariamente debe constar en forma escrita; de donde se excluye que para demostrar la existencia del nexo laboral y las condiciones pactadas, debe únicamente hacerse a través de un documento ⁽¹⁴⁾.

7. — *Los sujetos de la relación de trabajo.*

Trabajador.- Es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. Se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerida por cada profesión u oficio ⁽¹⁵⁾.

Tipos de trabajadores

- *Trabajador de Planta:* Todo trabajador es de planta desde el momento preciso en que empieza a prestar sus servicios, a menos que exista disposición expresa en contrario, salvo los considerados como trabajadores de confianza.
- *Trabajador Temporal:* Es el que “sustituye” a otro por un lapso determinado.
- *Trabajador Eventual:* Es el que presta sus servicios en labores distintas de las que normalmente se dedica la empresa, esto es, el trabajo surge por causas que no van a operar en forma permanente, sino que se extinguirán con el transcurso del tiempo, por lo que la duración tiene que limitarse al tiempo en que sigan operando esas causas ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; VIII, Diciembre de 1991; Página: 291; Tesis Aislada, Materia(s): laboral. Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 8°.

⁽¹⁶⁾ Sexta Época; Instancia: Cuarta Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Quinta Parte, LXXV; Página: 31; Tesis Aislada; Materia(s): laboral. Amparo directo 8006/61. María de los Remedios Estrada y coagraviados. 6 de septiembre de

– *Trabajador de Confianza*: Esta categoría depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la designación que se de al puesto, esto es, aquéllos que realicen funciones de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón.

Patrón.- Es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores. Krotoschin, indica que patrón es la persona física o jurídica que ocupa a uno o varios trabajadores dependientes y en cuyo interés o para cuyos fines éstos prestan servicios. Manuel Alonso García, señala que patrón es «toda persona natural o jurídica que se obliga a remunerar el trabajo prestado por su cuenta haciendo suyos los frutos o productos obtenidos de la mencionada prestación».

Patrón sustituto.- La Sustitución de patrón no deberá afectar las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento. El patrón substituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución, hasta por el término de seis meses; concluido éste, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón. El término de seis meses a que se refiere el párrafo anterior, se contará a partir de la fecha en que se hubiese dado aviso de la sustitución al sindicato o a los trabajadores⁽¹⁷⁾.

Representantes del patrón.- Se consideran los directores, administradores y demás personas, como gerentes, que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa, quienes serán considerados representantes del patrón y en tal concepto lo obligan en sus relaciones con los trabajadores. Dicha representación surte efecto solamente para obligar a los patronos en los actos realizados por aquéllos

1963. Cinco votos. Ponente: Agapito Pozo.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 41.

en sus relaciones con los demás trabajadores, pero de ninguna manera, y por el solo hecho de tener el carácter de administradores, directores, etc., se puede concluir que éstos tengan la representación legal para comparecer a juicio en representación de los patrones, toda vez que esta representación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 459 de la Ley Federal del Trabajo, deberá acreditarse por los interesados en los términos del derecho común⁽¹⁸⁾.

Intermediario.- Es la persona que *contrata o interviene en la contratación* de otra u otras para que presten servicios a un patrón. Una interpretación sistemática de los artículos 12, 13 y 15 de la Ley Federal del Trabajo permite concluir que la figura laboral del intermediario corresponde a aquella persona que no se beneficia con los trabajos que se le presten a otra por quien contrata, de allí que frente a los trabajadores deben responder los beneficiarios que se aprovechen del trabajo contratado por intermediación. El artículo 13 antes citado establece una responsabilidad solidaria entre el que contrata y la persona que resulta directamente beneficiada con la obra o servicios que le son prestados por los trabajadores de aquélla. Esta figura contempla la responsabilidad solidaria de las empresas que obtienen beneficios aprovechándose del trabajo de diversas personas que prestan sus servicios a otras empresas, evitando que los trabajadores sean defraudados por empresas que en muchas ocasiones tienen una vida efímera. Para que tenga aplicación la hipótesis contemplada en la fracción I del artículo 15 señalado, es requisito indispensable que la empresa contratista no disponga de elementos propios suficientes y ejecute obras o servicios para la empresa beneficiaria o bien, que sus actividades principales estén dedicadas a ésta⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ *Quinta Época; Instancia: Cuarta Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación CXIV; Página: 678; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.*

⁽¹⁹⁾ *Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación XIV, Julio de 1994; Página: 638; Tesis Aislada; Materia(s):*

Establecimiento.- Unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa ⁽²⁰⁾.

8. — *Contrato individual de trabajo.*

Requisitos que debe contener el contrato individual de trabajo: a) nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio del trabajador y del patrón; b) si la relación del trabajo es para obra o tiempo determinado o tiempo indeterminado; c) el servicio o los servicios que deban prestarse, los que se determinarán con la mayor precisión posible; d) el lugar o los lugares donde deba prestarse el trabajo; e) la duración de la jornada; f) la forma y el monto del salario; g) el día y el lugar del pago del salario; h) la indicación de que el trabajador será capacitado o adiestrado en los términos de los planes y programas establecidos o que se establezcan en la empresa, conforme a lo dispuesto en esta ley, y i) otras condiciones de trabajo, tales como días de descanso, vacaciones y demás que convengan al trabajador y el patrón ⁽²¹⁾.

Consecuencia de la falta de contrato y documentos. Las condiciones de trabajo deben hacerse constar siempre por escrito. La *falta de contrato escrito* siempre será *imputable al patrón* y todo lo que afirme el trabajador se tendrá como cierto, salvo prueba en contrario. Los contratos individuales no necesitan registrarse ante la Junta de Conciliación y Arbitraje; basta que se hagan por duplicado, de los cuales quedará uno en poder de cada parte. La falta del contrato no priva

laboral. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 312/88. Inés Toribio Potrero. 4 de octubre de 1988. Unanimidad de votos.

⁽²⁰⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 16.

⁽²¹⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 25.

al trabajador de los derechos que deriven de las normas de trabajo y de los servicios prestados, pues se reitera que se imputará al patrón la falta de esa formalidad⁽²²⁾.

En el caso de que no se hubiese determinado el servicio o servicios que deban prestarse, el trabajador quedará obligado a desempeñar el trabajo que sea compatible con sus esfuerzos, aptitudes, estado o condición y que sea del mismo género de los que forman el objeto de la empresa o establecimiento⁽²³⁾.

Cantidad permitida como trabajadores extranjeros. En toda empresa o establecimiento el patrón debe emplear un 90% de *trabajadores mexicanos* por lo menos. En las categorías de técnicos y profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a *trabajadores extranjeros* en una proporción que no exceda de 10% de los de la especialidad. Los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos. Los *directores, administradores y gerentes generales* podrán ser *extranjeros*⁽²⁴⁾.

Condiciones de trabajo. Las condiciones de trabajo en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en la Ley Federal del Trabajo y deberán ser proporcionales a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecer diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política, salvo las modalidades expresamente consignadas en la propia Ley, que particularmente se refiere a la mujer con motivo de la maternidad y menores trabajadores (entre 14 y 16 años), quienes tienen una protección especial.

El contrato laboral es un contrato sinalagmático o bilateral, y el pa-

⁽²²⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículos 24 y 26.

⁽²³⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 27.

⁽²⁴⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 7.

trón no puede en forma unilateral cambiar el trabajo contratado; por eso el artículo 134, fracción IV, de la Ley Federal del Trabajo, establece que el trabajador está obligado a ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en forma, tiempo y lugar convenidos; por tanto, el trabajador puede legalmente rescindir el contrato de trabajo con apoyo en lo dispuesto por la fracción IX del artículo 51 de la ley laboral, pues se trata de causas graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajador se refiere, si le es cambiado el trabajo contratado sin su consentimiento, pues debe tomarse en consideración que el contrato de trabajo obliga a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad según lo determina el artículo 31 de la ley citada⁽²⁵⁾

Nulidad de renuncia de derechos. Es *nula la renuncia* que los trabajadores hagan de los salarios devengados, de las indemnizaciones y demás prestaciones que deriven de los servicios prestados, cualquiera que sea la forma o denominación que se le dé. Todo *convenio o liquidación*, para ser válido, deberá hacerse *por escrito* y contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos en él. Será *ratificado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje*, la que lo aprobará siempre que no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores⁽²⁶⁾.

Si bien se exige que los convenios, para que sean válidos, se celebren o ratifiquen ante la Junta correspondiente, tal exigencia implica únicamente un requisito formal cuyo cumplimiento no significa que el acto sea intrínsecamente válido, máxime que el artículo 123 de la Constitución establece que son nulas y no obligarán a los contratantes a las estipulaciones “*que impliquen renuncia de algún derecho*

⁽²⁵⁾ *Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VIII, Noviembre de 1998; Página: 425; Tesis: III. T. J/26; Jurisprudencia; Materia(s): laboral.*

⁽²⁶⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: artículo 33.

consagrada a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio de los trabajadores”, y el artículo 22 de la Ley Federal del Trabajo, al reglamentar dicha disposición, precisa que en tales casos “*se entenderá que rigen la ley o las normas supletorias en lugar de las cláusulas nulas*”, lo que significa que la renuncia de los derechos del trabajador es nula de pleno derecho y no surte, por tanto, efecto alguno⁽²⁷⁾.

Resulta conveniente señalar que la acción para impugnar la nulidad de un convenio, que implica renuncia de los derechos de los trabajadores, es imprescriptible, ya que dado el carácter imperativo del derecho del trabajo, todo convenio celebrado en contravención a los artículos 123, fracción XXVII, 15, 22 y 98 de la Ley Federal del Trabajo, es nulo de pleno derecho⁽²⁸⁾.

Duración de las relaciones de trabajo. Los contratos individuales de trabajo pueden celebrarse por tiempo fijo, por tiempo indefinido y por obra determinada. Las relaciones de trabajo pueden ser por obra o tiempo determinado o por tiempo indeterminado. A falta de estipulaciones expresas, la relación será por tiempo indeterminado. Si vencido el término que se hubiere fijado subsiste la materia del trabajo, la relación quedará prorrogada por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia. Los trabajadores en ningún caso estarán obligados a prestar sus servicios por más de un año.

El señalamiento de una obra determinada puede únicamente estipularse cuando lo exija su naturaleza. Aun cuando es cierto que un contrato de trabajo puede terminar legalmente por voluntad de las partes o por causa distinta, también lo es que si la parte demandada afirma que el contrato de trabajo terminó en virtud de haber concluido la obra para la que se había contratado al trabajador, es a dicha

⁽²⁷⁾ *Sexta Época; Instancia: Cuarta Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Quinta Parte, XXVI Página: 83; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.*

⁽²⁸⁾ *Sexta Época; Instancia: Cuarta Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación Quinta Parte, XXI; Página: 204; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.*

parte a quien toca demostrar que éste había sido contratado para la realización de una obra determinada, y que ésta concluyó, y si no lo hace, al fallar una Junta en su contra no viola sus garantías. Por otra parte, debe decirse que cuando el contrato de trabajo se celebra para obra determinada, es indispensable que con toda claridad se exprese cuál es esa obra, ya que de lo contrario no podría hablarse de un determinado objeto del contrato⁽²⁹⁾.

Requisitos para contratar por tiempo determinado. El señalamiento de un tiempo determinado puede únicamente estipularse en los casos siguientes: *I.* Cuando lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar; *II.* Cuando tenga por objeto sustituir temporalmente a otro trabajador, y *III.* En casos específicos previstos por la ley.

Si el trabajador manifiesta que su trabajo es de planta y el patrón niega tal circunstancia, afirmando que se trata de un trabajador a tiempo fijo, toca al empresario probar, en primer lugar, que el contrato fue celebrado por tiempo determinado; y, en segundo, que la naturaleza del servicio que se iba a prestar imponía la necesidad de celebrar dicho contrato en esos términos, conforme a la disposición del artículo 24, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo; pero si ninguno de esos extremos se prueba, resulta correcta la condena al pago de la indemnización constitucional que demandare el trabajador⁽³⁰⁾.

El contrato de trabajo a prueba. La Ley Federal del Trabajo actualmente no regula los contratos individuales de prueba. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fijado el criterio jurisprudencial de que los contratos de prueba, prácticamente los de 28 y 30 días, carecen de relevancia jurídica, en virtud de que muchos patrones, res-

⁽²⁹⁾ Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación XI*, Mayo de 1993; Página: 311; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.

⁽³⁰⁾ Séptima Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación 13 Sexta Parte*; Página: 19; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.

guardándose en dichos contratos, pretendían eludir las disposiciones de la ley de materia y así se daban casos de que trabajadores con más de 10 años de antigüedad estaban todavía sujetos a un contrato de prueba o de 28 días.

Consecuentemente, si se toma en consideración que nuestra Ley Federal del Trabajo sólo admite que el contrato se celebre por tiempo indefinido o permanente, por tiempo fijo mientras subsiste la materia del trabajo y las causas que originaron la contratación y por obra determinada, que dura el lapso que se emplea para terminar la obra, se concluye que el llamado contrato a prueba no está incluido en ninguna de estas tres formas de contratación, y debe estimarse que no puede existir legalmente y carece de toda validez⁽³¹⁾.

9. — *Condiciones de trabajo específicas.*

Jornada de trabajo. Es el tiempo durante el cual el trabajador *está a disposición* del patrón para prestar su trabajo. Esto se traduce en lo siguiente: es el tiempo durante el cual el trabajador presta sus servicios al patrón o los deja de prestar por causas imputables a él⁽³²⁾.

El trabajador y el patrón fijarán la duración de la jornada de trabajo sin que pueda exceder de los máximos legales. Los trabajadores y el patrón podrán repartir las horas de trabajo, a fin de permitir a los primeros el reposo del sábado en la tarde o cualquier modalidad equivalente.

⁽³¹⁾ *Séptima Época; Instancia: Sala Auxiliar; Fuente: Semanario Judicial de la Federación Séptima Parte Página: 25; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.*

⁽³²⁾ Este concepto contenido en el artículo 58 de la Ley Federal del Trabajo, implica una ruptura, a favor de los trabajadores, de la idea expuesta en la Conferencia de Washington (1919), en el sentido de que la jornada habría de medirse en función del trabajo efectivamente realizado. Cfr. BUEN LOZANO, Néstor: *Derecho del Trabajo. Tomo II*; México, Porrúa, 1991, p. 157.

La *jornada diurna* es la comprendida entre las seis y las veinte horas. La *jornada nocturna* es la comprendida entre las veinte y las seis horas. Las *jornada mixta* es la que comprende periodos de tiempo de las jornadas diurna y nocturna, siempre que el periodo nocturno sea menor de tres horas y media, pues si comprende tres y media o más se reputará jornada nocturna. La *duración máxima de la jornada* será: ocho horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta.

De la interpretación de los artículos 58 a 61 de la Ley Federal del Trabajo, se advierte que la duración máxima de la jornada de trabajo prevista en el artículo 61 podrá verse excedida legalmente, ya que el artículo 59 permite que la relativa al sábado o la tarde de éste, pueda repartirse entre los restantes cinco días de la semana, es decir, deberán sumarse las horas que corresponden al sábado o a la tarde del mismo, a las horas que corresponden a cada día de la semana; de ahí que dicha jornada diaria podrá exceder de ocho horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta, pues la finalidad del indicado artículo 59 es permitir al obrero el descanso del sábado o la tarde del mismo, o inclusive, una modalidad equivalente, siempre y cuando no exceda de la duración máxima de la jornada semanal, cuarenta y ocho la diurna, cuarenta y dos la nocturna y cuarenta y cinco la mixta⁽³³⁾.

Durante la jornada continua de trabajo se concederá al trabajador un *descanso de media hora* por lo menos. Cuando el trabajador no

⁽³³⁾ Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIV, Diciembre de 2006, p. 201, tesis 2a./J. 175/2006, jurisprudencia, Laboral. Precedentes: Contradicción de tesis 149/2006-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Octavo en Materia de Trabajo del Primer Circuito, el entonces Primero del Cuarto Circuito y Primero en Materia Administrativa del Primer Circuito. 10 de noviembre de 2006. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Marcela Ramírez Cerrillo. Tesis de jurisprudencia 175/2006. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintidós de noviembre de dos mil seis.

pueda salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas de reposo o de comida, el tiempo correspondiente le será computado como tiempo efectivo de la jornada de trabajo.

Podrá prolongarse la jornada de trabajo por *circunstancias extraordinarias*, sin exceder nunca de *3 horas diarias* ni de *3 veces en una semana*.

Las horas de trabajo extraordinario se pagarán con un ciento por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada. La prolongación del tiempo extraordinario que exceda de nueve horas a la semana, obliga al patrón a pagar al trabajador el tiempo excedente con un doscientos por ciento más del salario que corresponda a las horas de la jornada, sin perjuicio de las sanciones establecidas en ley laboral.

En caso de siniestro o riesgo inminente en que peligre la vida del trabajador, de sus compañeros o del patrón, o la existencia misma de la empresa, la jornada de trabajo podrá prolongarse por el tiempo estrictamente indispensable para evitar esos males. Las horas de trabajo en estos casos, se retribuirán con una cantidad igual a la que corresponda a cada una de las horas de la jornada.

Días de descanso. Por cada seis días de trabajo disfrutará el trabajador de un día de descanso, por lo menos, con goce de salario íntegro. En los trabajos que requieran una labor continua, los trabajadores y el patrón fijarán de común acuerdo los días en que los trabajadores deban disfrutar de los de descanso semanal. Se procurará que el día de descanso semanal sea el domingo. Los trabajadores que presten servicio el día domingo tendrán derecho a una *prima adicional de un veinticinco por ciento*, por lo menos, sobre el salario de los días ordinarios de trabajo.

Cuando el trabajador no preste sus servicios durante todos los días de trabajo de la semana, o cuando en el mismo día o en la misma semana preste servicios a varios patrones, tendrá derecho a que se le pague la parte proporcional del salario de los días de descanso, cal-

culada sobre el salario de los días en que hubiese trabajado o sobre el que hubiese percibido de cada patrón.

Los trabajadores no están obligados a prestar sus servicios en sus días de descanso. Si se quebranta esta disposición, *el patrón pagará al trabajador independientemente del salario que le corresponda por el descanso, un salario doble por el servicio prestado.*

Son días de descanso obligatorio: El 1° de enero; el primer lunes de febrero en conmemoración del 5 de febrero; el tercer lunes de marzo en conmemoración del 21 de marzo; el 1° de mayo; el 16 de septiembre; el tercer lunes de noviembre en conmemoración del 20 de noviembre; el 1° de diciembre de cada 6 años, cuando corresponda a la transmisión del Poder Ejecutivo Federal; el 25 de diciembre; el que determinen las leyes federales y locales electorales, en el caso de elecciones ordinarias, para efectuar la jornada electoral.

Vacaciones. Los trabajadores que tengan más de un año de servicios disfrutarán de un periodo anual de vacaciones pagadas, que en ningún caso podrán ser inferiores a seis días laborables, y que aumentará en dos días laborables, hasta llegar a doce, por cada año subsecuente de servicios. Después del cuarto año, el periodo de vacaciones se aumentará en dos días por cada cinco años de servicios.

Las reglas para el cómputo de las vacaciones las ha definido el Poder Judicial de la Federación a través de jurisprudencia, y al efecto ha establecido que después del cuarto año, el periodo de vacaciones se aumentará en dos días por cada cinco de servicios, que empezarán a contar desde el inicio de la relación contractual, porque la antigüedad genérica se obtiene a partir de ese momento y se produce día con día y, de forma acumulativa, mientras aquel vínculo esté vigente; por tanto, una vez que el trabajador cumple cinco años de servicios, operará el incremento aludido y, entonces, disfrutará hasta los nueve años de catorce días de asueto; luego, del

décimo al décimo cuarto años de dieciséis y así sucesivamente⁽³⁴⁾.

Los trabajadores que presenten servicios discontinuos y los de temporada tendrán derecho a un período anual de vacaciones, en proporción al número de días trabajados en el año. Los trabajadores deberán disfrutar en forma continua seis días de vacaciones, por lo menos.

Las vacaciones no podrán compensarse con una remuneración. Si la relación de trabajo termina antes de que se cumpla el año de servicios, el trabajador tendrá derecho a una remuneración proporcionada al tiempo de servicios prestados. Las vacaciones deberán concederse a los trabajadores dentro de los seis meses siguientes al cumplimiento del año de servicios. Los patrones entregarán anualmente a sus trabajadores una constancia que contenga su antigüedad y de acuerdo con ella el período de vacaciones que les corresponda y la fecha en que deberán disfrutarlo.

Los trabajadores tendrán derecho a una *prima no menor de veinticinco por ciento* sobre los salarios que les correspondan durante el período de vacaciones.

Aguinaldo. Los trabajadores tienen derecho a un aguinaldo anual, el cual deberá pagarse *antes del día 20 de diciembre* equivalente a *quince días de salario* por lo menos. Los que no hayan cumplido el año de servicio, independientemente de que se encuentren laborando o no en la fecha de liquidación del aguinaldo, tendrán derecho a

⁽³⁴⁾ *Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Febrero de 1996, p. 245, tesis 2a./J. 6/96, jurisprudencia, Laboral. Precedentes: Contradicción de tesis 25/95. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito y Segundos Tribunales Colegiados del Sexto y Octavo Circuitos. 10 de noviembre de 1995. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Rosa María Galván Zárate. Tesis de jurisprudencia 6/96. Aprobada por la Segunda Sala de este alto tribunal, en sesión privada de diez de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, por cinco votos de los Ministros: Genaro David Góngora Pimentel, Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y presidente Juan Díaz Romero.*

que se les pague la *parte proporcional* del mismo, conforme al tiempo que hayan trabajado cualquiera que fuera éste.

10. — *El salario.*

La mayoría de los tratadistas estiman que el salario constituye la retribución del trabajo prestado por cuenta ajena. La enciclopedia jurídica española dice que el salario “*es la remuneración que el patrón entrega al trabajador por su trabajo*”. Guide señala que el salario es la renta, provecho o beneficio cobrado por el hombre a cambio de su trabajo.

El salario integrado. Se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo. En la actualidad quedan exceptuadas del salario únicamente la participación de utilidades y las aportaciones que el patrón hace al INFONAVIT. Para que no formen parte del salario, los uniformes deben entregarse como útiles de trabajo, lo mismo sucede en el caso de que se proporcione automóvil a los trabajadores, ya que si no consta que se integra como herramienta de trabajo, entonces integra el salario.

El incentivo de producción, al ser una prestación que otorga la parte patronal a los trabajadores cuando se da un incremento en la producción de la empresa, implica que dicho concepto deriva del esfuerzo realizado en la prestación del servicio en activo, es decir, que se genera con motivo de la relación de trabajo vigente, lo cual lleva a concluir que tal prestación, además de que no se percibe de manera ordinaria y permanente por encontrarse sujeta a una eventualidad, no puede formar parte del salario diario ordinario, ni del

salario integrado⁽³⁵⁾.

El monto de las indemnizaciones que deban pagarse a los trabajadores se determinará con base al salario correspondiente al día en que nazca el derecho a la indemnización, incluyendo en él la cuota diaria y la parte proporcional de las prestaciones de que habla el diverso artículo 84 de dicha ley; de ahí que quede excluido el salario integrado para el cálculo del monto de las prestaciones como son la prima de antigüedad, el aguinaldo, las vacaciones y el fondo de ahorro, por no ser de naturaleza indemnizatoria⁽³⁶⁾.

Salario mínimo. El salario mínimo es la cantidad menor que el Derecho permite fijar, a diferencia del salario vital, que toma en consideración la vida del trabajador como hombre, en su expresión material y biológica. La doctrina social cristiana sostiene que el salario mínimo vital es aquel que satisface no sólo las necesidades del trabajador, individualmente considerado, sino también las de su familia y además sus placeres honestos.

Nuestra ley establece que el *salario mínimo* es la *cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador por los servicios en una jornada de trabajo*, y que debe ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social, cultural y para promover la educación obligatoria a los hijos.

Los salarios mínimos podrán ser generales para una o varias áreas geográficas de aplicación y pueden extenderse a una o más entidades federativas o profesionales para una rama determinada de la actividad económica o para profesiones, oficios o trabajos especiales, dentro de una o varias áreas geográficas.

⁽³⁵⁾ *Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII, Marzo de 2003; Página: 1734; Tesis: IV.3o.T.126 L; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.*

⁽³⁶⁾ *Séptima Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación 217-228 Sexta Parte; Página: 583; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.*

Los salarios mínimos profesionales regirán para todos los trabajadores de las ramas de actividad económica, profesiones, oficios o trabajos especiales que se determinen dentro de una o varias áreas geográficas de aplicación.

Los salarios mínimos serán fijados por una Comisión Nacional integrada por representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno, la cual podrá auxiliarse de las comisiones especiales de carácter constitutivo que considere indispensables para el mejor desempeño de sus funciones. La Comisión Nacional de Salarios Mínimos y las Comisiones Consultivas se integrarán en forma tripartita (representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno). La Comisión Nacional determinará la división de la República en áreas geográficas, las que estarán constituidas por uno o más municipios en los que deba regir un mismo salario mínimo general, sin que necesariamente exista continuidad territorial entre dichos municipios.

El Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos acordó otorgar un aumento general a los salarios mínimos de las tres áreas geográficas⁽³⁷⁾ para el 2009. Los salarios mínimos que regirán a partir del 1° de enero y hasta el 31 de diciembre de 2009, son los siguientes: Área geográfica "A", 54.80 pesos diarios; Área geográfica "B", 53.26 pesos diarios y Área geográfica "C", 51.95 pesos diarios.

⁽³⁷⁾ El *área geográfica "A"* comprende el Distrito Federal y su área metropolitana, los Estados de Baja California y Baja California Sur, las ciudades de Acapulco, Gro., Ciudad Juárez, Chih., Nogales, Son., Matamoros, Tamps. y Coatzacoalcos, Ver., entre otras. El *área geográfica "B"* comprende entre otras las ciudades de Guadalajara, Jal., Monterrey, N. L., Hermosillo, Son., Tampico, Tamps. y Poza Rica de Hidalgo, Ver. Finalmente, en el *área geográfica "C"* se integra por entidades federativas como Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas; así como en municipios específicos de los estados de Chihuahua, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Nuevo León, Sonora, Tamaulipas y Veracruz.

El salario mínimo siempre deberá pagarse en efectivo sin descuento de ninguna especie, salvo en los casos siguientes: a) cuando se trate de pensiones alimenticias, decretadas por un juez de lo familiar; b) cuando se trate de pagos de rentas a favor del patrón, en cuyo caso no podrá exceder del 10% del salario; c) para el pago de abonos con el fin de cubrir préstamos provenientes del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), en cuyo caso el descuento no podrá exceder del 20% del salario; d) cuando se trate de pagos al Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores (FONACOT), en que se autoriza un descuento hasta el 10% del salario ⁽³⁸⁾.

Normas protectoras y privilegios del salario: a) los trabajadores dispondrán libremente de sus salarios; b) el derecho a percibir el salario es irrenunciable; c) El salario se pagará directamente al trabajador. Sólo en los casos en que esté imposibilitado para efectuar personalmente el cobro, el pago se hará a la persona que designe como apoderado mediante carta poder suscrita ante dos testigos; d) el salario en efectivo deberá pagarse precisamente en moneda de curso legal; e) Es nula la cesión de salarios a favor del patrón o de terceras personas cualquiera que sea la denominación o forma que se le dé; f) el salario de los trabajadores no será objeto de compensación alguna; g) la obligación del patrón de pagar el salario no se suspende, salvo en casos y con los requisitos establecidos en la ley; h) está prohibida la imposición de multas a los trabajadores, cualquiera que sea su causa o concepto; i) el pago del salario se efectuará en el lugar donde los trabajadores presten sus servicios, en día laborable por convenio entre el trabajador y el patrón, durante las horas de trabajo o inmediatamente después de su terminación ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: artículo 123, Apartado "A", fracción VIII y *Ley Federal del Trabajo*: artículo 97.

⁽³⁹⁾ Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: artículo 123, Apar-

Los descuentos en los salarios de los trabajadores están prohibidos, salvo en los casos y con los requisitos siguientes: *a)* pago de deudas contraídas con el patrón por anticipo de salario, pagos hechos con exceso al trabajador, errores, pérdidas, averías o adquisición de artículos producidos por la empresa o establecimiento. La cantidad exigible en ningún caso podrá ser mayor del importe de los salarios de un mes y el descuento será el que convengan el trabajador y el patrón, sin que pueda ser mayor de 30% del excedente del salario mínimo; *b)* pago de la renta a favor del patrón, que no podrá exceder del 15% del salario; *c)* pago de abonos para cubrir préstamos provenientes de Fondo Nacional de Vivienda para los trabajadores destinados a la adquisición, construcción reparación, ampliación o mejoras de casas habitación o al pago de pasivos adquiridos por estos conceptos; *d)* pago de cuotas para la constitución y fomento de sociedades cooperativas y de cajas de ahorro, siempre que los trabajadores manifiesten expresa y libremente su conformidad y que no sean mayores de 30% del excedente del salario mínimo; *e)* pago de pensiones alimenticias a favor de la esposa, hijos, ascendientes y nietos, decretados por el juez de lo familiar; *f)* pago de las cuotas sindicales ordinarias previstas en los estatutos de los sindicatos; *g)* pagos de abonos para cubrir créditos garantizados por el FONACOT, destinados a la adquisición de bienes de consumo al trabajador y no podrán exceder de 20% del salario ⁽⁴⁰⁾.

Las deudas contraídas por los trabajadores con sus patrones en ningún caso devengarán intereses. Los salarios de los trabajadores no podrán ser embargados, salvo en caso de pensiones alimenticias decretadas por el juez de lo familiar. *Los salarios devengados en el último año y las indemnizaciones debidas a los trabajadores, son preferentes*

tado "A", fracción X y *Ley Federal del Trabajo*: Título Tercero, Capítulo VII, artículos 98-109.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: Título Tercero, Capítulo VII, artículo 110.

sobre cualquier otro crédito incluido los que disfruten de garantía real, los fiscales y los a favor del Instituto Mexicano de Seguro Social, sobre todos los bienes del patrón. Los trabajadores no necesitan entrar a concurso, quiebra, suspensión de pagos o sucesión. La Junta de Conciliación y Arbitraje procederá al embargo y remate de los bienes necesarios para el pago de los salarios e indemnizaciones. Los beneficiarios del trabajador fallecido tendrán derecho a percibir las prestaciones, indemnizaciones pendientes de cubrirse, ejercitar las acciones, continuar los juicios, sin necesidad de juicio sucesorio ⁽⁴¹⁾.

11. — *El trabajo de las mujeres.*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. *Ley Federal del Trabajo.* Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres. Las modalidades que se consignan tienen como propósito fundamental, *la protección de la maternidad.*

Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia y sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos, no se podrá utilizar su trabajo en labores insalubres o peligrosas, trabajo nocturno industrial, en establecimientos comerciales o de servicio después de las diez de la noche, así como en horas extraordinarias. Son labores peligrosas o insalubres las que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer en estado de gestación, o del producto.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *Ibid.*, artículo 111-115.

*Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos: a) durante el período del embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o puedan alterar su estado psíquico y nervioso; b) disfrutarán de un *descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto*, percibiendo su salario íntegro. Los períodos de descanso se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto. Tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario por un período no mayor de sesenta días; c) en el período de lactancia tendrán *dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno*, para alimentar a sus hijos, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa; d) a regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto y a que se computen en su antigüedad los períodos pre y postnatales ⁽⁴²⁾.*

12. — *El trabajo de los menores.*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 123.- Quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche de los menores de dieciséis años. Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas. *Ley Federal del Trabajo.* El trabajo de los mayores de catorce

⁽⁴²⁾ Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: artículo 123, Apartado "A", fracción V y *Ley Federal del Trabajo*: Título Quinto, artículos 164-172.

años y menores de dieciséis queda sujeto a vigilancia y protección especiales de la Inspección del Trabajo. Los mayores de catorce y menores de dieciséis años deberán obtener un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo y someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordene la Inspección del Trabajo. Sin el requisito del certificado, ningún patrón podrá utilizar sus servicios.

Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores: De dieciséis años, en: *a)* Expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato; *b)* Trabajos susceptibles de afectar su moralidad o sus buenas costumbres; *c)* Trabajos ambulantes, salvo autorización especial de la Inspección de Trabajo; *d)* Trabajos subterráneos o submarinos; *e)* Labores peligrosas o insalubres; *f)* Trabajos superiores a sus fuerzas y los que puedan impedir o retardar su desarrollo físico normal; *g)* Establecimientos no industriales después de las diez de la noche; *h)* Los demás que determinen las leyes. De dieciocho años, en: *a)* Trabajos nocturnos industriales.

Las labores peligrosas o insalubres son aquellas que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores.

La *jornada de trabajo* de los *menores de dieciséis años* no podrá exceder de *seis horas diarias* y deberán dividirse en períodos máximos de tres horas. Entre los distintos períodos de la jornada, disfrutarán de reposos de una hora por lo menos.

Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de dieciséis años en horas extraordinarias y en los días domingos y de descanso obligatorio. En caso de violación de esta prohibición, las *horas extraordinarias* se pagarán con un *doscientos por ciento más del salario* que corresponda a las horas de la jornada, y el salario de los días domingos y de descanso obligatorio.

Los menores de dieciséis años disfrutarán de un período anual de *vacaciones pagadas de dieciocho días laborables*, por lo menos.

Los patrones que tengan a su servicio menores de dieciséis años están obligados a: a) exigir que se les exhiban los certificados médicos que acrediten que están aptos para el trabajo; b) llevar un registro de inspección especial, con indicación de la fecha de su nacimiento, clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones generales de trabajo; c) distribuir el trabajo a fin de que dispongan del tiempo necesario para cumplir sus programas escolares; d) proporcionarles capacitación y adiestramiento en los términos de esta Ley; e) proporcionar a las autoridades del trabajo los informes que soliciten ⁽⁴³⁾.

13. — *Derechos de preferencia, ascenso y antigüedad.*

Preferencia. Los patrones estarán obligados a preferir en igualdad de circunstancias a los trabajadores mexicanos respecto de quienes no lo sean, a quienes le hayan servido satisfactoriamente por mayor tiempo, a quienes no teniendo ningún otra fuente de ingresos económico tengan a su cargo una familia, y a los sindicalizados respecto de quienes no lo estén.

El derecho de preferencia resulta improcedente para los trabajadores de confianza, dado que por la naturaleza del puesto de estos últimos, el patrón tiene libertad para seleccionar al trabajador que lo va a representar y cuyos actos van a repercutir directamente en su beneficio o perjuicio, atendiendo al grado de confianza que le merezcan los candidatos, pues siendo esto -la confianza- un elemento subjetivo que se relaciona con la voluntad del patrón, no podría exigírsele que deposite

⁽⁴³⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: Título Quinto Bis, artículo 180.

su confianza en una persona que no le inspira esa cualidad subjetiva⁽⁴⁴⁾.

Ascenso. Las vacantes definitivas, las provisionales con duración mayor a 30 días y los puestos de nueva creación, serán cubiertas mediante el escalafón, por el trabajador de la categoría inmediata inferior, del respectivo oficio o profesión.

Si el patrón cumplió con la obligación de capacitar a todos los trabajadores de la categoría inmediata inferior a aquella en que ocurra la vacante, el ascenso corresponderá a quien haya demostrado ser apto y tenga mayor antigüedad. En igualdad de condiciones, se preferirá al trabajador que tenga a su cargo una familia y, de subsistir la igualdad, al que, previo examen, acredite mayor aptitud.

Si el patrón no ha dado cumplimiento a la obligación de proporcionar capacitación y adiestramiento a sus trabajadores, la vacante se otorgará al trabajador de mayor antigüedad y, en igualdad de esta situación, al que tenga a su cargo a una familia. Tratándose de puestos de nueva creación para los cuales, por su naturaleza o especialidad, no existan en la empresa trabajadores con aptitud para desempeñarlos y no se haya establecido un procedimiento para tal efecto en el contrato colectivo, el patrón podrá cubrirlos libremente.

Si bien es cierto que nuestra legislación no admite los contratos a prueba, si está expresamente determinado que si se asciende a un trabajador a una categoría superior y no demuestra en el término de un mes capacidad para desempeñarla, ninguna obligación existe para el patrón de conservarlo indefinidamente en el puesto, a menos que deje transcurrir más de un mes y pretenda después volverlo a su antiguo empleo⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ *Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII, Junio de 2003; Página: 1088; Tesis: IV.2o.T.68 L; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.*

⁽⁴⁵⁾ *Sexta Época; Instancia: Cuarta Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación Quinta Parte, LXXX; Página: 11; Tesis Aislada; Materia(s): laboral.*

Antigüedad. Las principales características de la prima de antigüedad son las siguientes: *a)* solo se debe pagar a los trabajadores de planta; *b)* la prima de antigüedad consistirá en el importe de 12 días de salario por cada año de servicios; *c)* para determinar el monto del salario, se estará al doble del salario mínimo como salario tope; *d)* la prima de antigüedad se pagará a los trabajadores que se separen voluntariamente de su empleo, siempre que hayan cumplido 15 años de servicio, por lo menos. Así mismo, se pagará a los que se separen por causa justificada y a los que sean separados de su empleo, independientemente de la justificación o injustificación del despido; *e)* en el pago de la prima, en los casos de retiro voluntario de los trabajadores, se observarán las normas siguientes: *e1)* si el número de trabajadores que se retire dentro del término de un año, no excede del 10 % del total de los trabajadores de la empresa o establecimiento, o de los de una categoría determinada, el pago se hará en el momento del retiro; *e2)* si el número de trabajadores que se retire, excede del 10%, se pagará a los que primeramente se retiren y podrán diferirse para el año siguiente el pago a los trabajadores que excedan de dicho porcentaje; *e3)* si el retiro se efectúa al mismo tiempo por un número de trabajadores mayor del porcentaje mencionado, se cubrirá la prima a los que tengan mayor antigüedad y podrá diferirse para el año siguiente el pago de la que corresponda a los restantes trabajadores; *f)* en caso de fallecimiento, los deudos del trabajador tienen derecho a la prima desde la fecha en que el trabajador empezó a laborar en la empresa, por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; *g)* en caso de que un trabajador no tenga el año de servicios cumplidos, tiene derecho al pago proporcional de la prima⁽⁴⁶⁾.

Para el cómputo de la antigüedad debe considerarse el tiempo efectivo de servicios y no el tiempo efectivamente trabajado, por lo

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: Título Cuarto, Capítulo IV, artículo 162.

que en su cálculo deben incluirse los días que el empleado laboró, los festivos, los de incapacidad por enfermedad o riesgo de trabajo, los comprendidos en los periodos vacacionales, los de descanso, legales y contractuales y, en general, todos aquellos otros en que el trabajador hubiere permanecido a disposición del patrón, aun cuando no hubiese realizado su labor, pero siempre que hubiera subsistido la relación de trabajo. En consecuencia, cuando al trabajador se le autorice disfrutar de licencia sin goce de sueldo, los días que inasista no deben comprenderse en el cálculo de su antigüedad, porque al no haber permanecido bajo la disposición del empleador el vínculo de trabajo quedó interrumpido y durante ese lapso no existió dependencia ni subordinación, elementos que son imprescindibles. En cambio, como las faltas injustificadas no interrumpen la relación laboral no pueden descontarse del tiempo efectivo de servicios, pese a que pudiera producirse la deducción en los emolumentos por la inasistencia. Así pues, las faltas injustificadas deben ser incluidas para determinar la antigüedad del trabajador, no obstante la existencia de disposiciones en contrario previstas en los contratos colectivos de trabajo, puesto que, además, entrañan una renuncia de derechos prohibida por la ley⁽⁴⁷⁾.

14. — *Participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.*

Generalidades. Es un derecho de los trabajadores consagrado en la Constitución. Derecho de la comunidad de trabajadores de una

⁽⁴⁷⁾ Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, Marzo de 1993, p. 337, aislada, Laboral. Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. Precedentes: Amparo directo 312/92. Instituto Mexicano del Seguro Social. 23 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Renato Sales Garsque. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

empresa a percibir una parte de los resultados del proceso económico de producción y distribución de bienes o servicios.

Una comisión nacional, integrada por representantes de los trabajadores, de los patrones y del Gobierno, fijará el porcentaje de utilidades que deba repartirse entre los trabajadores (*desde 1985 se mantiene el 10% sobre la renta gravable*).

Para determinar el monto de las utilidades de cada empresa se tomará como base la renta gravable de conformidad con las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Los trabajadores podrán formular, ante la oficina correspondiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), las objeciones que juzguen convenientes.

El derecho de los trabajadores a participar en las utilidades no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de las empresas.

ETAPAS: a) integración de la comisión nacional; b) fijación del porcentaje a nivel nacional; c) formulación del balance por el patrón, determinando la utilidad; d) presentación por el patrón de la declaración anual ante la SHCP; e) entrega de la copia de la declaración a los trabajadores, por conducto del sindicato o de sus representantes; f) formulación de objeciones en un término de 30 días por los trabajadores; g) dictamen de la SHCP, no recurrible por los trabajadores; h) integración de una comisión mixta paritaria de representantes patronales y de trabajadores; i) entrega por el patrón a la comisión mixta, de la lista de asistencia y la lista de raya y los demás elementos de que disponga con el objeto de comprobar la asistencia de los trabajadores; j) decisión de la comisión. En caso de discrepancia, resolución del Inspector de Trabajo; k) publicación por la comisión, de un proyecto que determine la participación de cada trabajador; l) formulación por cada trabajador de las observaciones que juzgue conveniente, en un término de 15 días a partir

de la publicación del proyecto; *m*) resolución de la comisión en un término de 15 días; *n*) pago de las utilidades por parte de la empresa a los trabajadores que se presenten a cobrarla. Deberá efectuarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que debe pagarse el impuesto anual ⁽⁴⁸⁾. Si la SHCP aumenta posteriormente el monto, se realiza un pago adicional ⁽⁴⁹⁾.

Determinación individual. La utilidad repartible se dividirá en dos partes iguales: la primera se repartirá por igual entre todos los trabajadores, tomando en consideración el número de días trabajados por cada uno en el año, independientemente del monto de los salarios. La segunda se repartirá en proporción al monto de los salarios devengados por el trabajo prestado durante el año.

Para determinar el salario se tendrá en cuenta exclusivamente la cantidad que perciba el trabajador en efectivo por cuota diaria. Si el salario es variable, se promediarán las percepciones obtenidas en el año.

Empresas exceptuadas: *a*) empresas de nueva creación, durante el primer año de funcionamiento; *b*) empresas de nueva creación, dedicadas a la elaboración de un producto nuevo, durante los dos primeros años de funcionamiento.; *c*) Empresas dedicadas a la industria extractiva, de nueva creación, durante el período de exploración; *d*) instituciones de asistencia privada, reconocidas por las leyes, que con bienes de propiedad particular ejecuten actos con fines humanitarios de asistencia, sin propósitos de lucro y sin designar individualmente a los beneficiarios; *e*) el IMSS y las instituciones públicas descentralizadas con fines culturales, asistenciales o de beneficencia; *f*) empresas cuyo capital y trabajo generen un ingreso

⁽⁴⁸⁾ Mes de marzo para personas jurídico-colectivas y mes de abril para personas físicas con actividad empresarial.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: Título Tercero, Capítulo VIII, artículos 117-122.

anual no superior a trescientos mil pesos⁽⁵⁰⁾.

Condiciones especiales: a) los directores, administradores y gerentes generales no participarán de las utilidades; b) los demás trabajadores de confianza tendrán derecho a participar en las utilidades de las empresas, estableciéndose para tal efecto como salario máximo el del trabajador sindicalizado o de base de más alto salario dentro de la empresa aumentado en un 20%; c) serán consideradas en servicio activo para los efectos de la participación, las madres trabajadoras durante los períodos pre y posnatales, y los trabajadores víctimas de un riesgo de trabajo, durante el período de incapacidad temporal; d) los trabajadores eventuales sólo tendrán derecho a participar cuando hayan trabajado sesenta días durante el año, por lo menos; e) los trabajadores domésticos no participan en las utilidades.

15. — *La prescripción.*

Las acciones de trabajo *prescriben en un año*, contado a partir del día siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible. En *un mes prescriben* las acciones de los patrones para despedir o sancionar a sus trabajadores o para efectuar los descuentos autorizados por la Ley, así como las acciones de los trabajadores para separarse del trabajo por rescisión de contrato. Las acciones de los trabajadores para demandar por despido injustificado prescriben en *dos meses*.

La prescripción empieza a correr a partir del día siguiente de la fecha en que se tenga conocimiento de la causa de la separación o de la falta, desde el momento en que se comprueben los errores o pérdidas imputables al trabajador o desde la fecha en que la deuda sea

⁽⁵⁰⁾ Resolución emitida por la Secretaria del Trabajo y Previsión Social el 19 de diciembre de 1996, con la que se da cumplimiento a la fracción VI del artículo 126 de la Ley Federal del Trabajo.

exigible. La prescripción se interrumpe por la sola presentación de la demanda, independientemente de que se notifique o no al demandado o por la presentación de cualquier promoción aunque éstas se presenten ante junta incompetente. La prescripción se interrumpe si la demanda se presenta ante una autoridad civil, ya que la prescripción de las acciones es la sanción impuesta por la ley al acreedor que demuestre falta de interés al no ejercitarlas.

La prescripción no puede comenzar ni correr: *a)* contra los incapaces mentales, sino cuando se haya discernido su tutela conforme a la ley; *b)* contra los trabajadores incorporados al servicio militar en tiempo de guerra. Los términos para la prescripción se deben computar de la siguiente manera: los meses se regularán por el número de días que les corresponda. El primer día se computará completo, aun cuando no lo sea, pero el último debe ser completo y cuando sea feriado, la prescripción surtirá efectos hasta cumplido el primero útil siguiente⁽⁵¹⁾.

16. — *Rescisión de las relaciones de trabajo.*

Es la disolución de la relación individual de trabajo, por voluntad del trabajador, ante el incumplimiento grave y culposo de las obligaciones laborales del patrón. El trabajador o el patrón podrá rescindir en cualquier tiempo la relación de trabajo, por causa justificada, sin incurrir en responsabilidad.

Causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón⁽⁵²⁾:

⁽⁵¹⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: Título Décimo, artículos 516-522.

⁽⁵²⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: Título Segundo, Capítulo IV, artículo 47.

- Engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esa causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador.
- Incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia.
- Cometer el trabajador contra alguno de sus compañeros, cualquiera de los actos enumerados en el punto anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeña el trabajo.
- Cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo o administrativo, alguno de los actos que se refiere el punto segundo, si son de tal manera grave que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo.
- Ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de sus labores, o con motivo de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo.
- Ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla el punto anterior, siempre que sean graves, sin dolo, pero con negligencia tal, que ella sea la causa única del perjuicio.
- Comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en el.
- Cometer el trabajador actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo.

- Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.
- Tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un período de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada.
- Desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado.
- Negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades.
- Concurrir el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica.
- La sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación del trabajo.
- Las análogas a las establecidas en los puntos anteriores de igual manera graves y de consecuencia semejantes en lo que al trabajo se refiere.

El patrón dará al trabajador aviso escrito de la fecha y causas de la rescisión. El aviso deberá hacerse del conocimiento del trabajador, en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, deberá hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva, proporcionando a ésta el domicilio que tenga registrado y solicitando su notificación al trabajador. La falta de aviso al trabajador o a la Junta, por sí sola bastará para considerar que el despido fue injustificado.

El trabajador podrá solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario. Si en el juicio correspondiente no comprueba el patrón la causa de la rescisión, el trabajador tendrá derecho, además, cualquiera que hubiese

sido la acción intentada, a que se le paguen los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se cumplimente el laudo.

El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de la indemnización que se determina en el artículo 50⁽⁵³⁾ de la Ley Federal de Trabajo, en los siguientes casos: a) cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año; *b)* si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, están en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración la circunstancia del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo; *c)* en los casos de trabajadores de confianza; *d)* en el servicio doméstico, y *e)* cuando se trate de trabajadores eventuales⁽⁵⁴⁾.

Rescisión de las relaciones de trabajo con duración de más de 20 años. Cuando la relación de trabajo haya tenido una duración de más de 20 años, el patrón sólo podrá rescindirla por alguna de las causas señaladas en la ley, que sea particularmente grave o que haga imposible su continuación, pero se le impondrá al trabajador la corrección disciplinaria que corresponda, respetando los derechos que deriven de su antigüedad. La repetición de la falta o la comisión de otra u otras, que constituyan una causa legal de rescisión, deja sin efecto la disposición anterior.

⁽⁵³⁾ Artículo 50.- Las indemnizaciones a que se refiere el artículo anterior consistirán: I. Si la relación de trabajo fuere por tiempo determinado menor de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de la mitad del tiempo de servicios prestados; si excediera de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de seis meses por el primer año y de veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiese prestado sus servicios; II. Si la relación de trabajo fuere por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados; y III. Además de las indemnizaciones a que se refieren las fracciones anteriores, en el importe de tres meses de salario y en el de los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se paguen las indemnizaciones.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *Ley Federal del Trabajo*: Título Segundo, Capítulo IV, artículo 49.

Causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador:

- Engañarlo el patrón o, en su caso, la agrupación patronal al prometerle el trabajo, respecto de las condiciones del mismo. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador.
- Incurrir el patrón, sus familiares o personal directivo o administrativo, dentro del servicio, en falta de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos y otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos.
- Incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del servicio, en los actos a que se refiere el párrafo anterior, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo.
- Reducir el patrón el salario al trabajador.
- No recibir el salario correspondiente en la fecha o lugar convenidos o acostumbrados.
- Sufrir perjuicios causados maliciosamente por el patrón, en sus herramientas o útiles de trabajo.
- La existencia de un peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el establecimiento o porque no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad que las leyes establezcan.
- Comprometer el patrón, con su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentran en el.
- Las análogas a las establecidas en los puntos anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes, en lo que al trabajo se refiere.

- El trabajador podrá separarse de su trabajo dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se dé cualquiera de las causas mencionadas en el párrafo anterior y tendrá derecho a que el patrón lo indemnice en los términos del artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo.

17. — *Resumen del pago de liquidaciones laborales e indemnizaciones.*

- El patrón rescinde la relación de trabajo por causas imputables al trabajador. Procede el pago de *las prestaciones de ley (aguinaldo proporcional del último año de servicios, vacaciones proporcionales del último año de servicios y su correspondiente prima vacacional, pago de la prima de antigüedad).*
- El trabajador rescinde la relación de trabajo por causas imputables al patrón. Procede el pago de *las prestaciones de ley, más indemnización constitucional ((noventa días de salario integrado) más indemnización legal (veinte días de salario integrado por cada año de servicio).*
- El trabajador despedido injustificadamente. Procede el pago de *las prestaciones de ley, más indemnización constitucional (noventa días de salario integrado).*
- El trabajador renuncia. Procede el pago de *las prestaciones de ley, sin la prima de antigüedad, a menos que haya cumplido quince años por lo menos de servicio.*

18. — *El futuro de las relaciones individuales de trabajo en México.*

Los aspectos más relevantes de las 264 iniciativas de reforma a la Ley Federal del Trabajo, presentadas en los últimos once años por

los diversos partidos políticos ante el Congreso de la Unión, se sintetizan en lo siguiente ⁽⁵⁵⁾:

- *Incorporar en el texto de la ley la definición de trabajo decente*, tomando en cuenta los parámetros de la Organización Internacional del Trabajo, tales como el respeto a la dignidad humana del trabajador, acceso a seguridad social, salario remunerador, mejores condiciones de seguridad e higiene, y capacitación para el incremento de la productividad laboral ⁽⁵⁶⁾.
- *Combatir el trabajo infantil*, estableciendo penas privativas de libertad a quienes contraten a menores de 14 años ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ El día 9 de febrero de 2009, el titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social presentó un documento intitulado “Hacia una Reforma Laboral para la Productividad y la Previsión Social”, que contiene el resumen de las propuestas presentadas al Congreso de la Unión en los últimos once años.

⁽⁵⁶⁾ El término « *trabajo decente* », expresa el objetivo general de la OIT en términos normales y cotidianos; es la forma de integrar el programa de la OIT, basado en valores y estructurado en torno de los derechos en el trabajo y de la protección social, y a la vez como un programa de desarrollo sostenible al crecimiento de la empresa y del empleo. Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. La OIT ha adoptado medidas para llevar a la práctica el concepto de trabajo decente y a tal efecto se han iniciado ya diversas actividades. Como parte destacada del nuevo programa, se crearon los Programas Focus Internacionales (*InFocus*) de alta prioridad, pertinencia y visibilidad para concentrar las actividades de la OIT a fin de obtener el máximo impacto y alcance. Algunos programas InFocus se basan fundamentalmente en actividades existentes, y tienen por objetivo reforzar su coherencia y prioridad. Otros representan nuevos esfuerzos para tratar cuestiones que se espera aporten importantes contribuciones a los cuatro objetivos estratégicos de la Organización y que son: 1) Promover y cumplir los principios y derechos fundamentales en el trabajo; 2) Crear mayores oportunidades para las mujeres y los hombres, con objeto de que dispongan de unos ingresos y de un empleo decoroso; 3) Realzar el alcance y la eficacia de la protección social para todos, y 4) Fortalecer el tripartismo y el diálogo social..

⁽⁵⁷⁾ *Programa IPEC en México: Contribución a la prevención y eliminación de la explotación sexual comercial infantil y protección de las víctimas en México*. La utilización de niños, niñas y adolescentes en prostitución y pornografía es una de las peores formas de explotación infantil más urgentes y difíciles de combatir. En una investi-

- *Facilitar el acceso y desempeño de los trabajadores con discapacidad, estableciendo obligaciones para los empleadores de adecuar las instalaciones en los centros de trabajo.*
- *Prohibir la exigencia de presentar certificados médicos de ingravidez como requisito para acceder o permanecer en un empleo.*
- *Flexibilizar la distribución de las semanas de descanso, anteriores y posteriores al parto, para las madres trabajadoras.*
- *Privilegiar la capacitación como vía de acceso a las vacantes o puestos de nueva creación, eliminando el “escalafón ciego” como el criterio principal y casi único para realizar promociones del personal.*
- *Fomentar en los trabajadores las multihabilidades y multifuncionalidades para el incremento de la productividad y el mejoramiento de sus ingresos personales.*
- *Incorporar nuevas modalidades de contratación individual tales como: períodos de prueba, contratos de capacitación inicial y trabajo de temporada, a fin de romper el círculo vicioso en el que los jóvenes no tienen empleo porque no cuentan con experiencia, y no tienen experiencia porque no les dan una oportunidad de empleo.*

gación realizada en el 2000 en México, por el DIF Nacional, el CIESAS (Centro de Investigaciones y Estudios Antropológicos y Sociales), y la UNICEF, se encontró que: 1) Alrededor de 16.000 niños, niñas y adolescentes son utilizados en prácticas de prostitución, pornografía, turismo sexual, y tráfico para actividades sexuales, *además que 3.2 millones se encuentran trabajando*, y 2) La Explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI) es una problemática que se da en la mayor parte de los estados del país, y zonas donde la pornografía infantil es un negocio estructurado. Es por esto que en el año 2002, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social solicitó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de su programa IPEC (Programa Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil) la cooperación técnica para llevar a cabo un primer proyecto a ser desarrollado en México, un programa de prevención y eliminación de la ESCI. Este proyecto es fundamental para la OIT porque se trata de trabajar con el grupo más vulnerable de la sociedad: la infancia; además de que estas acciones son un inicio de una sociedad futura donde prevalezca el trabajo decente. Ningún esfuerzo será demasiado para insistir en las intenciones de IPEC de erradicar el trabajo infantil.

- *Mejorar el ingreso de los trabajadores a partir de aumentos en la productividad*, vía una mayor inversión en capacitación y adiestramiento.
- *Facilitar a la autoridad el mecanismo para la clausura inmediata* de los centros de trabajo, cuando exista peligro inminente para la vida, la salud o la integridad de las personas.
- *Facilitar la actualización permanente, ágil y oportuna de las tablas de enfermedades de trabajo y de valuación de las incapacidades*. Se propone que, en el futuro, sean emitidas por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, al margen de la Ley Federal del Trabajo, previa opinión de la Comisión Consultiva Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Por increíble que parezca, desde hace 39 años no se actualizan estas tablas, precisamente por estar incorporadas en una Ley intocada.
- *Establecer un Servicio Profesional de Carrera* específico para la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.
- *Exigir título de licenciado en derecho o abogado, como requisito para el personal jurídico de las instituciones* de administración y procuración de justicia laboral.
- *Regular y promover el uso de tecnologías de la información* en los procedimientos jurisdiccionales para hacerlos más ágiles y sencillos.
- *Tramitar los juicios individuales de seguridad social, bajo un procedimiento especial*, contribuyendo a eliminar el rezago existente en la atención de expedientes.
- *Permitir explícitamente el que el pago del salario de los trabajadores se pueda realizar por medio de depósito en cuenta bancaria, tarjeta de débito, o cualquier otro medio electrónico*.
- *Incorporar como una modalidad del “trabajo a domicilio” al llamado “teletrabajo”*, para facilitar la prestación de servicios desde el hogar

y a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

- *Incrementar significativamente el monto de las sanciones por infracciones a la Ley*, con el objeto de disuadir efectivamente su incumplimiento. Hoy es más barato violar la ley y pagar la multa que cumplir con lo debido. Así, se propone pasar de 315 a 5 mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, como sanción máxima para el caso de cada violación a la legislación.

Se considera urgente que los ámbitos académicos, profesionales, políticos, empresariales y sindicales, procedan a analizar dichos temas para promover la actualización del marco normativo, cuidando siempre el pleno respeto a los derechos individuales consagrados en la Constitución General de la República. En efecto, es momento de abordar y concretar una reforma laboral que lleva años de espera.

19. — *Resumen.*

El Derecho del Trabajo en México ha tenido un desarrollo importante a partir de 1917, año en que se incorporaron las bases fundamentales del mismo en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y derechos tan significativos como, la jornada máxima, salarios mínimos, participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, horas extraordinarias, entre otros; sin embargo, en los últimos veinte años por lo menos, se ha detectado la necesidad de introducir reformas indispensables en materia de las relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, particularmente en las figuras tales como la jornada de trabajo, nuevas modalidades de contratación individual como: períodos de prueba, contratos de capacitación inicial y trabajo de temporada, fomentar en los trabaja-

dores las multihabilidades y multifuncionalidades para el incremento de la productividad y el mejoramiento de sus ingresos personales, incorporar como una modalidad del “trabajo a domicilio” al llamado “teletrabajo”, para facilitar la prestación de servicios desde el hogar y a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras.

Por lo tanto, resulta urgente y necesario comenzar un proceso amplio de análisis y debate en los ámbitos académicos, profesionales, políticos, empresariales y sindicales, a efecto de conciliar una actualización del marco normativo, particularmente, de la Ley Federal del Trabajo como reglamentaria del artículo 123, Apartado “A”, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ANTONIO PALAZZO^(*)

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E STRUMENTI DI PROTEZIONE DEI SOGGETTI DEBOLI

SOMMARIO: 1. Il cammino verso l'amministrazione di sostegno. — 2. Poteri dell'amministratore di sostegno. — 3. Strumenti per la gestione del patrimonio e delle spese da affrontare per la cura del beneficiario: il *trust* di protezione. — 4. Il *trust* protettivo *transmortem* e gli atti di destinazione a tutela dei soggetti deboli. — 5. Gli atti di destinazione patrimoniale.

1. — *Il cammino verso l'amministrazione di sostegno.*

La disciplina degli strumenti di tutela dei soggetti deboli, ha conosciuto negli ultimi anni una vera e propria rivoluzione copernicana.

Secondo la prospettiva tradizionale, che trova espressione nel codice civile, la persona in stato di incapacità mentale subisce la limitazione della capacità di disporre validamente dei propri diritti.

L'interdizione e l'inabilitazione, più che tutelate il soggetto debole e assicurargli il sostegno⁽¹⁾, hanno l'obiettivo di proteggere gli interessi patrimoniali dei suoi aventi causa.

L'esperienza dei Tribunali ha dimostrato che le domande di inter-

^(*) Università di Perugia.

⁽¹⁾ Sulla necessità di una rimeditazione dell'incapacità v. P. RESCIGNO, *Relazione di sintesi*, in E. RUSSO (a cura di), *La protezione giuridica dell'insufficiente mentale* (Atti del I Congresso Nazionale tenuto a Perugia il 25, 26 e 27 gennaio 1985, su «La condizione giuridica del cittadino handicappato psichico»), Napoli, 1990, p. 346 ss., nonché C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *La protezione giuridica dell'insufficiente mentale*, cit., p. 35 ss.

dizione sono di regola proposte dai parenti della persona anziana, per privarla della facoltà di disporre dei propri beni per testamento, avviandoli a destinazioni diverse da quelle che i congiunti, non legittimari, si attendevano.

E, del resto, è agevole rintracciare la stessa esigenza di tutela del patrimonio familiare nella previsione della possibilità che venga inabilitato il prodigo, perché non conoscendo il valore del denaro espone se stesso «e la propria famiglia» a gravi pregiudizi economici (art. 415 c.c.).

Nell'attuale diritto «depatrimonializzato»⁽²⁾ il principio di solidarietà (art. 2 Cost.; artt. 24, 25, 26 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) cambia radicalmente la prospettiva e mette al centro dell'ordinamento le ragioni della tutela del soggetto debole⁽³⁾.

In questo contesto appare fuorviante continuare a parlare di interdetti, inabilitati o incapaci non dichiarati, per preferire a tali denominazioni – che hanno l'effetto principale in una più o meno accentuata «morte civile» del soggetto – quella di *portatore di handicap*, o di *disabile* in genere⁽⁴⁾.

Questo nella prospettiva di una protezione civilistica efficace non solo dei malati di mente, presi in considerazione dalla normativa civilistica, ma di tutti le persone che siano in una situazione di debolezza: portatori di handicap, ma anche di anziani, tossicodipendenti, persone disagiate in genere.

⁽²⁾ P. PERLINGIERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

⁽³⁾ Cfr. R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia-Roma, 2010.

⁽⁴⁾ Ai sensi dell'art. 3 della legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti del disabile, del 5 febbraio 1992 n. 104, è persona disabile «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».

Era quindi necessario modificare gli strumenti privatistici per renderli coerenti con il quadro tracciato dalle norme costituzionali e sovranazionali.

Queste esigenze di rinnovamento hanno condotto, non senza difficoltà, all'approvazione della legge n. 6 del 9 gennaio 2006, che ha introdotto nel nostro sistema l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

La nuova formulazione dell'art. 406 c.c., in specie, dispone che, su ricorso del beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, o di uno dei soggetti che, a mente dell'art. 417 c.c. (novellato per comprendervi anche il coniuge e la persona stabilmente convivente) potrebbero promuovere il giudizio di interdizione o inabilitazione⁽⁵⁾, del pubblico ministero ovvero anche del responsabile del servizio sanitario o sociale direttamente impegnato nella cura e nell'assistenza della persona bisognosa, il giudice tutelare possa provvedere alla nomina dell'amministratore di sostegno che assista «la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere alla cura della propria persona o dei propri interessi» (art. 404 c.c.).

Nell'iter parlamentare è caduto l'inciso che ammetteva la nomina dell'amministratore di sostegno anche per la persona che si trovi nell'impossibilità di provvedere a se stessa «a causa dell'età avanzata», ma la modifica non appare di così grave momento, posto che la *ratio* della norma sta nell'approntare uno strumento di sostegno a chi si trovi ad averne bisogno, perché non è in grado di amministrare da solo le proprie esigenze di vita quotidiana.

⁽⁵⁾ Designazione che si potrebbe compiere anche per testamento, da parte dei genitori o dei parenti più prossimi del beneficiario; cfr. Relazione al d.d.l., in *Amministratore di sostegno al traguardo*, in *Vita non profit*, 10 maggio 2002, p. 26, che evidenzia come «l'amministrazione di sostegno sia non solo un istituto di salvaguardia del patrimonio, ma anche di miglioramento della qualità della vita futura, in linea con tutte le future aspirazioni e le procedure del "dopo di noi", che tanto interessano i genitori dei disabili».

Rispetto ad una precedente formulazione della proposta di legge, si segnala come sia stato obliterato l'inciso che fissava l'alternatività dell'amministrazione rispetto all'inabilitazione: resta traccia del concetto nell'art. 418, 3° comma, aggiunto dalla l. n. 6 del 2004, a mente del quale «se nel corso del giudizio di interdizione o inabilitazione appare opportuno applicare l'amministrazione di sostegno, il giudice, d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione del procedimento al giudice tutelare».

L'iniziativa officiosa – eccezionale nel nostro sistema processuale – dimostra che è interesse prioritario dell'ordinamento incidere il meno traumaticamente possibile sulle attribuzioni del soggetto da tutelare, e plasmare l'area della limitata capacità, e dei corrispondenti poteri dell'amministratore, sulle reali esigenze del beneficiario della misura di sostegno.

È da sottolineare parimenti come sia stato eliminato il riferimento alla «gravità» della malattia mentale, per preferire i concetti di «infermità» o «menomazione fisica o psichica», più rispondenti all'ottica marcatamente personalistica della riforma su cui si fonda anche la rinuncia all'accertamento dell'incapacità di amministrare il proprio patrimonio, già sufficientemente soddisfatto dalla considerazione della difficoltà di provvedere a curare adeguatamente i propri interessi, da intendersi nel senso più ampio.

Anche nella scelta dell'amministratore, e non solo in sede di iniziativa, si riconosce assoluta preminenza alla effettiva tutela del beneficiario, tant'è che criterio di selezione è l'«*esclusivo* riguardo agli interessi e alla cura della persona del beneficiario» (art. 408, 1° comma c.c.), ed è addirittura riconosciuta facoltà di designazione alla volontà del medesimo assistito, espressa in previsione della propria eventuale futura incapacità con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Uguale rilevanza ha la designazione effettuata dal genitore super-

stite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata, ed è significativa l'apertura all'istanza proposta dal convivente stabile, che potrebbe anche essere nominato amministratore: il legislatore dimostra di riconoscere rilevanza alla comunità degli affetti, che non sia famiglia, quale formazione sociale idonea a prendersi cura dei bisogni dei suoi membri più fragili, perché meglio di altri li comprende e può soddisfarli.

Nella scelta il giudice è vincolato unicamente alla cura degli interessi del beneficiario, alla cui realizzazione è preordinata anche la previsione della necessaria assistenza del pubblico ministero e dell'impulso all'avvio del procedimento che è dovere d'ufficio per «i responsabili dei servizi sanitari e sociali» che siano a conoscenza dei fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno (art. 406, 3° comma c.c.).

2. — *Poteri dell'amministratore di sostegno.*

Il testo della legge attribuisce al giudice tutelare, nel decreto di nomina, l'indicazione «dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario» e di quelli «che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno» (art. 405, 4° comma, nn. 3 e 4). L'art. 409 c.c., inoltre, ribadisce che «il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno».

Ed ancora, correndo il rischio di ribadire l'ovvio, il comma successivo specifica che «il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana», così dissipando i dubbi che già sem-

bravano affollarsi sull'attività di minuta amministrazione del beneficiario, sulla falsariga di quanto già a lungo si è scritto per l'interdetto.

Degna di plauso è la tecnica normativa per clausole generali, che ha condotto a inserire tra i doveri dell'amministratore la considerazione «dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario» (art. 410, 1° comma c.c.) formulazione ben più idonea della precedente a costituire una vera e propria regola di azione quotidiana, prima che uno spartiacque tra poteri dell'amministratore e facoltà del soggetto beneficiario, che appare quale vero protagonista – soggetto, e non più oggetto del procedimento – tanto che in caso di suo dissenso rispetto agli atti da compiere, di cui deve essere tempestivamente informato, il giudice tutelare è chiamato a intervenire su istanza obbligatoria dell'amministratore, o anche del pubblico ministero e dei soggetti già indicati quali promotori della nomina dell'amministratore, nei casi di scelte o atti dannosi, o comunque nell'ipotesi di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni del beneficiario (art. 410, 2° comma c.c.).

L'amministrazione di sostegno si qualifica, in questi termini, quale modello per la soluzione dei problemi personali e patrimoniali di chi abbia bisogno di essere protetto negli atti della vita civile, garantendo con procedure semplificate e tempi ridotti l'assistenza, anche parziale o temporanea, necessaria nei periodi di crisi, inerzia o inettitudine del disabile, dell'anziano o di chi si trovi immobilizzato in conseguenza di un caso sfortunato, mantenendo comunque ferma la tutela della sua libertà personale, nei limiti in cui sia possibile e indispensabile alla stessa salute psichica della persona, in considerazione della sua residua capacità di determinarsi.

La capacità del beneficiario è infatti attenuata solo in relazione ad alcuni atti, mentre per il resto la persona bisognosa conserva le proprie facoltà, e dunque può, in ipotesi, agire anche attraverso rappresentanti negoziali, rimanendo tutelato in caso di sua incapacità naturale.

Nello svolgimento del suo ufficio l'amministratore di sostegno si delinea pertanto come una figura professionale che, per specifica formazione psico-sociale e per attitudine, funga da sostegno e sia in grado di dirigere gli interessi del disabile amministrandone il patrimonio con la diligenza del buon padre di famiglia, sotto la vigilanza del giudice tutelare e comunque con l'obbligo di informare tempestivamente il beneficiario circa gli atti da compiere nel corso della gestione.

Gli atti compiuti dall'amministratore in violazione di legge o in eccesso rispetto all'incarico possono essere annullati entro cinque anni da quando è cassata la sottoposizione all'amministrazione, su istanza del pubblico ministero, del beneficiario o dei suoi eredi o aventi causa, ed uguale destino hanno quelli compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni della legge o del decreto istitutivo, ed in tale fattispecie è ovvia la legittimazione dell'amministratore (art. 412 c.c.).

L'amministratore non potrà in ogni caso avere la propria ricompensa attraverso disposizioni testamentarie o donative, stante l'applicabilità degli artt. 596, 597 e 779 c.c., salva l'ipotesi in cui si tratti di legati, delazioni ereditarie o «convenzioni» *lato sensu* favorevoli all'amministratore che sia coniuge, stabile convivente o parente entro il quarto grado del beneficiario.

3. — *Strumenti per la gestione del patrimonio e delle spese da affrontare per la cura del beneficiario: il trust di protezione.*

La novella al codice civile, nella sua formidabile efficacia dirompente sul sistema degli strumenti di protezione degli incapaci, non è riuscita ad addentrarsi più specificamente nella materia, altrettanto problematica, della gestione delle sostanze del soggetto ammesso

all'amministrazione di sostegno, della scelta delle spese da compiersi nell'interesse della sua cura, e tantomeno si è preoccupata di introdurre strumenti di incentivazione alla cura della persona debole, sul modello del fedecommesso assistenziale.

A questo obiettivo può soccorrere un ulteriore istituto, anch'esso di recente introdotto nell'ordinamento nazionale dalla tradizione anglosassone, il *trust* con finalità protettive.

Per assicurare la cura ed il mantenimento del soggetto debole, infatti, si potrebbe destinare un patrimonio alla costituzione di un *trust*, di cui l'amministratore di sostegno sarebbe *trustee*, e potrebbe così provvedere alle esigenze di cura quotidiana del disabile, che ne sarebbe beneficiario⁽⁶⁾.

A tale scopo, l'amministratore-*trustee* dovrà essere prescelto per le sue doti di professionalità nell'amministrazione di patrimoni, perché sia in grado di potenziare gli aspetti emancipatori dell'intervento, che non si limita alla gestione diretta del patrimonio ma si indirizza alla guida del disabile nell'educazione alla gestione delle proprie risorse e delle proprie attività relazionali.

La scelta dovrà, dunque, tener conto, da un lato, del rapporto di fiducia già intessuto da questi con il disabile, senza prescindere, dall'altro, dal riscontro della sua professionalità, specie allorché lo stesso soggetto sia indicato quale *trustee* perché abbia i poteri necessari a disporre del reddito utile alle sue esigenze di vita.

⁽⁶⁾ Sul punto si confrontino M. LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto Italiano*, Milano, 1994, pp. 66 e 168; A. PALAZZO, *Successione, trust e fiducia*, in *Vita not.*, 1998, p. 770 ss.; G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommisarie, trusts e trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, p. 98 ss.; P. AMENTA, *Trust a protezione di disabile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 616 ss.; D. CARUSO, *Trust in favore di soggetto portatore di handicap*, *ivi*, p. 612 ss.; G. DE ROSA, *Trust: le principali applicazioni per la famiglia e per l'impresa*, *ivi*, 2002, p. 11 ss., spec. p. 12; V.A. FUSI, *Il trust a tutela della persona debole* (Relazione al Convegno «Il trust a tutela della persona debole», tenutosi a Firenze il 27 novembre 1999).

Sappiamo che «non possono ricoprire le funzioni di amministratore di sostegno gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in carico il beneficiario» (art. 408, 3° comma c.c.), e ciò varrebbe anche per la scelta del *trustee*, quando il patrimonio debba devolversi, dopo la morte del beneficiario, all'ente che se ne è preso cura, che sia un'organizzazione di volontariato o un servizio pubblico di assistenza.

Così, altrettanto, non è opportuno attribuire al medesimo ente i compiti di vigilanza sul *trustee* che si riconoscono al *protector* o guardiano del *trust*, se è lo stesso ente ad essere chiamato a succedere al disabile nella titolarità del *trust found*: da un lato, affidare la vigilanza sul *trustee* all'organizzazione di volontariato cui partecipa condurrebbe ad inevitabili commistioni, essendo ovvio che il socio socializzerebbe con il *protector*, pregiudicando la realizzazione dello scopo del *trust*.

Dall'altro il *protector* avrebbe interesse a conservare quanto più possibile il valore del patrimonio, che acquisterà per successione, negando autorizzazione a spese di una certa entità, che il *trustee* intendesse compiere per avviare il beneficiario a cure mediche o psichiatriche di cui necessita, ovvero ad attività ludiche, ricreative o anche di formazione personale e professionale, che potrebbero affrancarlo, anche solo in parte, da alcune delle sue difficoltà.

All'uopo, è consigliabile scindere le due figure, lasciando al socio dell'organizzazione di volontariato la cura delle esigenze strettamente personali del disabile, quali l'assistenza sanitaria e psicologica o le attività ricreative e di inserimento lavorativo, mentre l'amministratore-*trustee* dovrà rivestire le qualità professionali necessarie alla cura degli aspetti patrimoniali.

Ove, ad ulteriore esempio, il *trust found* sia costituito da un'azienda commerciale, è ovvio che l'associazione di volontariato non avrebbe, peraltro, le capacità necessarie a svolgere la funzione di *trustee* e

tantomeno quella di guardiano del *trust*: è auspicabile, invece, che sia costituito *trustee* il soggetto indicato quale successore nell'impresa per il periodo successivo all'estinzione del *trust*, dopo la morte del disabile beneficiario, mentre sarà *protector* un professionista esperto della gestione di un tale patrimonio specializzato.

Questioni ancora diverse sorgono a proposito di un *trust* istituito a favore di un'incapace dichiarato, potendo verificarsi dei conflitti tra il *trustee* ed il tutore o il curatore, i poteri dei quali verrebbero fortemente limitati dalla coesistenza di un siffatto istituto di sostegno economico e personale: in tali ipotesi, è auspicabile che, nel caso della preesistenza di un *trust* il giudice che si impegni nella nomina di un tutore verifichi le attitudini del *trustee*, anche disponendo una consulenza tecnico-contabile sull'attività di gestione patrimoniale da questi svolta, ed ove l'esito di tale verifica ne evidenzii il corretto operato, faccia coincidere nella stessa persona le due funzioni.

Nell'ipotesi opposta, esistendo un tutore giudizialmente nominato, chi si disponga all'istituzione del *trust* dovrà verificare il rischio dell'insorgenza di conflitti di interesse, specie ove sia tutore e *trustee* il fratello capace del disabile, cui il patrimonio verrebbe devoluto all'estinzione del *trust*, perché questi potrebbe essere indotto a ridurre le erogazioni a favore del bisognoso, nell'intento di conservare a sé stesso un capitale più ingente. Si auspicherebbe in tal caso, per coniugare l'esigenza di conservare un rapporto di fiducia tra istitutente e *trustee*, senza pregiudicare la realizzazione degli scopi della fiducia, la scelta di un *protector* assolutamente affidabile, che riscuota la massima approvazione per doti professionali e di equanimità, non disdegnando eventualmente una organizzazione non lucrativa di utilità sociale (O.N.L.U.S.), che garantirebbe, tra l'altro, un controllo illimitato nel tempo attraverso l'avvicinarsi dei suoi soci ed amministratori.

Il negozio fiduciario così delineato si configurerebbe dunque come *family trust*, *trust* interno e disciplinato, a norma del diritto in-

ternazionale privato italiano, dalla legge straniera prescelta tra quegli ordinamenti che contemplanò un siffatto istituto.

Segnaliamo, ad esempio, la *Internal trust law* della Repubblica di Cipro⁽⁷⁾, che contempla *charitable trusts* e *trusts* di scopo, qualificando *charitable* il *trust* che abbia quale scopo principale l'assistenza ai poveri, il progresso dell'educazione o quello della religione, ovvero altri scopi di pubblica beneficenza ed anche quello che, pur non avendo ad oggetto o come scopo la pubblica beneficenza, «possa beneficiare una parte dei cittadini o in particolare una o più persone entro una categoria di soggetti», come sarebbe il *trust* protettivo di un incapace.

Altrettanto apprezzabile è la legge del New Jersey⁽⁸⁾, che contempla i *charitable trusts* a beneficio di un interdetto, che per la sua legge personale sia privo di capacità di agire, nonché *protective trusts*, per i quali i diritti del beneficiario sono soggetti a restrizioni o a riduzioni in caso di alienazioni o atti dispositivi, e perfino a cessazione nel caso in cui alcuni dei beni diventino passibili di sequestro da parte dei suoi creditori.

Merita, infine, rilievo la legge della Repubblica di Malta⁽⁹⁾, che ammette la validità di una dichiarazione unilaterale di *trust*, avente il consueto effetto segregativo, ove resa da una società fiduciaria che assume l'incarico di *trustee* indicando le clausole del *trust* ed il nome dei beneficiari, anche omettendo l'individuazione del disponente, ove la società fiduciaria dichiara che lo stesso sia una persona «qualificata».

Il beneficiante, dunque, può attraverso un *trust* discrezionale ottenere, già durante la propria vita, la separazione di un patrimonio

⁽⁷⁾ *The International Trusts law* 1992, NO. 69 (I) of 1992, riportata in *Trusts e attività fiduciarie, Quaderni*, 1, *Leggi tradotte*, Milano, 2001, p. 45 ss.

⁽⁸⁾ *Trust Jersey Law* 1984, modificata nel 1996, in *Trusts e attività fiduciarie, Quaderni*, 1, *Leggi tradotte*, cit., p. 70 ss.

⁽⁹⁾ *Trusts Act*, approvato con l. n. 35/1988, e quindi modificato con ll. nn. 14/1989 e 20/1994, in *Trusts e attività fiduciarie, Quaderni*, 1, *Leggi tradotte*, p. 135 ss.

perché rimanga destinato a soddisfare i bisogni di un soggetto debole, enunciando nell'atto istitutivo una serie di prescrizioni alle quali il *trustee* dovrà attenersi, anche dopo la propria morte, potendo comunque verificarne il funzionamento ed eventualmente revocare l'affidamento, rimanendo sostanzialmente l'amministratore del *trust*.

Individuata, così, la normativa straniera di riferimento è possibile garantire, grazie alla legge italiana di recepimento della Convenzione dell'Aja, una più efficace protezione dei soggetti deboli, non solo *post mortem* del beneficiante – giacché beneficiario può essere anche una persona non interdetta, a differenza della sostituzione fidecommissaria assistenziale – ma anche durante la sua esistenza.

L'atto istitutivo, inoltre, bene potrebbe contemplare anche la regolamentazione della cura personale dell'incapace, dettando le direttive cui il fiduciario deve attenersi per garantirgli le migliori condizioni di vita, le terapie utili e quelle necessarie, l'assistenza professionale qualificata e, non da ultimo, il mantenimento delle sue abitudini e del suo ambiente.

Attraverso questo istituto, dunque, la versatilità della fiducia, già conosciuta all'ordinamento romano antico, si mostra efficace non solamente per l'amministrazione di grandi patrimoni o per il mantenimento dell'unità della ricchezza familiare, ma anche per la destinazione di cespiti e redditi non necessariamente ingenti al mantenimento ed alla cura di persone deboli, coniugando con l'assistenza economica anche la realizzazione di interessi non patrimoniali di cura del disabile, senza che la sua integrità psichica venga minata dalle pronunce ablatorie della capacità di agire fino ad oggi contemplate dal nostro ordinamento, che tutelano più efficacemente i familiari ed i possibili successori che il bisognoso⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ In tal senso la dottrina più attenta ha già indirizzato la propria analisi, sottolineando l'inattualità dei valori assunti come fondamento dalla norme vigenti e i condizionamenti degli istituti della c.d. protezione giuridica: per tutti, cfr. la pregevole

4. — *Il trust protettivo transmortem e gli atti di destinazione a tutela dei soggetti deboli.*

Il *trust* protettivo a favore di soggetti deboli, quali incapaci o infermi, si colora di una tipica funzione *transmortem* tutte le volte in cui l'attribuzione indiretta operata dal *settlor* a favore del beneficiario sia sospensivamente condizionata alla morte (*rectius*: premorienza) del primo. In questa ipotesi, infatti, la espressione previsione della revocabilità del *trust* da parte del disponente *usque ad mortem* rende possibile la configurabilità di una alternativa testamentaria in senso stretto, consentendo al *settlor* di garantire *post mortem* al beneficiario l'assistenza di cui necessita, al tempo stesso mantenendo un controllo diretto sull'operato del *trustee* senza necessità di ricorrere alla designazione di un *protector*.

Il *trust* riesce così a coprire il campo lasciato vuoto dal tradizionale istituto codicistico della sostituzione fedecommissaria (art. 692 c.c.)⁽¹¹⁾, che non solo ha un'applicazione limitata all'ipotesi dell'interdizione, ma soprattutto non opera quella segregazione patrimoniale che assai efficacemente salvaguarda le ragioni del beneficiario-soggetto debole. Infatti, la separazione patrimoniale delineata dall'art. 695 c.c. (secondo cui i creditori personali dell'istituto possono agire soltanto sui frutti dei beni che formano oggetto della sostituzione), non ha quel rilievo bilaterale che presenta nel *trust*, atteso che i beni

analisi di E. Russo in E. RUSSO (a cura di), *La protezione giuridica dell'insufficiente mentale*, cit., p. 13 ss.

⁽¹¹⁾ Sui rapporti tra fedecommissario assistenziale e fondazioni di famiglia cfr. M.V. DE GIORGI, *Le diverse linee di sviluppo del diritto successorio tedesco e italiano: fondazioni di famiglia tra libertà testamentaria e soddisfacimento del bene comune*, in AA.VV., *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana* (Atti del Convegno tenuto a Ferrara il 26, 27 e 28 settembre 1996), Padova, 2002, p. 617 ss., ove si rileva come fondazioni e fedecommissi evidenzino l'ostilità del legislatore nei confronti dei vincoli di destinazione che gravano su di un patrimonio.

fedecommissi e i loro frutti sono pur sempre soggetti all'azione esecutiva dei creditori personali del *de cuius*.

Si pensi, in proposito, al caso classico di un figlio portatore di handicap, che pur tuttavia non presenti alcuna minorazione psichica, ed al quale i genitori intendono assicurare, dopo la loro morte, quel grado di assistenza e quelle cure indispensabili allo svolgimento delle relazioni esistenziali. L'esigenza di assistere il figlio dopo la morte dei genitori può ottimamente essere soddisfatta attraverso il ricorso al *trust*, col quale i genitori (*settlor*) potranno, ad esempio, attribuire al *trustee* la nuda proprietà di un immobile, riservandosi l'usufrutto, in modo da conservare, vita natural durante, l'amministrazione ed il godimento del cespite destinato a soddisfare *post mortem* i bisogni del disabile superstite. Il *trustee*, dal canto suo, dovrà gestire i beni ricevuti secondo le istruzioni contenute nell'atto istitutivo del *trust* per la cura del soggetto portatore di handicap (ad es., investimenti in borsa dei frutti del patrimonio, alienazione di cespiti improduttivi, riscossione di pensioni di invalidità o reversibilità a favore del disabile); inoltre, il *trustee* può occuparsi personalmente dell'assistenza materiale del disabile, ovvero farsi coadiuvare da personale specialistico.

L'atto istitutivo potrà anche attribuire al *trustee* il potere di conferire uno o più beni in *trust* a quei soggetti che si sono presi cura dell'incapace al momento della sua morte⁽¹²⁾. L'assetto di interessi che viene così a delinearci costituisce una soluzione ottimale per quel genitore che voglia assicurare anche *post mortem* un'adeguata rendita al figlio disabile⁽¹³⁾.

Siamo quindi innanzi a tipiche fattispecie di c.d. *family trusts*, che si

⁽¹²⁾ Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, 2ª ed., Milano, 2001, p. 644 ss.

⁽¹³⁾ Né è da escludere, al di fuori dell'esistenza di un handicap, la possibilità di istituire un *trust* a favore del nascituro, come nel caso del *trust* istituito da parte della ricca vedova per garantire il mantenimento del figlio che ella sta per partorire.

prospettano come lo strumento ottimale per la pianificazione familiare (c.d. *estate planning*), in quanto costituiscono una modalità di trasmissione della ricchezza tra vivi con effetto *post mortem* atta a garantire, anche dopo la morte, il mantenimento dell'unità del patrimonio di famiglia o a soddisfare i bisogni di successori economicamente deboli.

Si tratta, ancora una volta, di una fattispecie attributiva per mezzo della quale si ottiene l'equivalenza testamentaria senza tuttavia incorrere nel divieto dei patti successori, in quanto la morte non è causa dell'attribuzione, ma determina semplicemente lo svolgimento effettuale del rapporto. Da questo assetto regolamentare ciò che emerge è uno spostamento di ricchezza *inter vivos* che giuridicamente si qualifica come atto di liberalità indiretta ad effetti *post mortem*.

L'argomentazione necessita, però, di ulteriori approfondimenti. Di atto liberale a carattere non donativo può invero parlarsi solo nei rapporti tra *settlor* e beneficiario, in quanto l'attribuzione di beni dal *trustee* al beneficiario del *trust* non è qualificabile neppure come donazione indiretta, poiché il comportamento del *trustee* non è dettato da alcuno spirito di liberalità. Egli trasferisce i beni al beneficiario in adempimento di un impegno preso originariamente con il disponente al momento dell'accettazione del *trust*. Neanche il trasferimento di beni dal *settlor* al *trustee*, a seguito dell'istituzione del *trust*, è una donazione, perché, il più delle volte, non è riscontrabile la forma solenne prescritta per l'atto donativo e, in secondo luogo, il *trust* non è un contratto, ma un negozio unilaterale di conferimento.

Come non è rintracciabile alcun atto liberale tra il *trustee* ed il beneficiario, così nessuna liberalità sussiste tra il *settlor* ed il *trustee* per mancanza dell'elemento soggettivo dell'*animus donandi* in capo al primo e del presupposto oggettivo del procurato incremento patrimoniale in capo al secondo. Infatti, ciò che anima il costituente a compiere l'atto di spossessamento in favore del *trustee* non è lo spirito di liberalità ovvero l'intenzione di arricchire costui, tanto è vero

che il bene e/o il complesso di beni conferiti in *trust* costituiscono un patrimonio separato da quello del loro titolare e da destinare ad uno scopo specifico o in favore di soggetti ben individuati o da individuare (art. 11, Convenzione de L'Aja).

Occorre osservare, quindi, che il *settlor* non intende beneficiare per spirito di liberalità il *trustee*, ma, piuttosto, il beneficiario del *trust*; di liberalità può parlarsi, dunque, solamente tra il *settlor* e il beneficiario del *trust*: non di donazione si tratta, ma di donazione indiretta *ex art.* 809 c.c. La ricostruzione dogmatica sopra indicata trova conferma anche in giurisprudenza: la magistratura francese considerò l'atto istitutivo del *trust* quale donazione indiretta soggetta all'azione di riduzione. La fattispecie era quella di un *trust* che cessava alla morte del disponente e il *trustee* era quindi tenuto a dare esecuzione alle disposizioni beneficiarie che, sino a quel momento, il disponente era in facoltà di revocare o modificare. I magistrati francesi, ritenuto che la liberalità si era perfezionata il giorno della morte del disponente, decretarono che essa andava ridotta prima di ogni altra liberalità fatta in vita, per l'operare di una norma corrispondente al nostro art. 559 c.c.⁽¹⁴⁾ Ma contro chi deve essere esercitata l'azione di riduzione qualora, morto il disponente, il bene non sia ancora stato trasferito al beneficiario? Poiché il problema della tutela del legittimario non può essere eluso, è preferibile seguire l'opinione di chi esattamente ritiene che «in questo caso il soggetto passivo dell'azione

⁽¹⁴⁾ Cass., 20 febbraio 1996, n. 1226, in *Rép. Dalloz Jur. Gén.*, 1996, p. 390. Su questa decisione, v. M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 668; L. MENGONI, *Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 4^a ed., Milano, 2000, p. 278, nt. 156.

In Italia l'unico precedente, che ammette la riduzione delle disposizioni testamentarie redatte all'estero che istituiscono un *trust* lesivo della legittima, è quello di Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2007. D'altra parte è lo stesso art. 15, 1° comma, lett. c della Convenzione de L'Aja, che fa espressamente salvi i limiti della legge nazionale in materia di diritti dei legittimari nei riguardi di un *trust*, *inter vivos* o *mortis causa*.

di riduzione sia il *trust* stesso in persona del *trustee*»⁽¹⁵⁾.

La ricostruzione giuridica di alcune tipologie di *trust* come donazioni indirette può essere ostacolata dall'operatività di alcuni divieti legislativi, come quelli previsti dagli artt. 771 e 778 c.c. Si è infatti sostenuto che la liberalità, ancorché indiretta, sarebbe comunque nulla perché avente ad oggetto beni non ancora venuti ad esistenza al momento del trasferimento al *trustee* (art. 771 c.c.), sul presupposto che, nella maggior parte dei casi, il patrimonio costituito in *trust* non corrisponde al complesso di beni in seguito trasferito al beneficiario⁽¹⁶⁾.

Invero, la norma esclude dal divieto «i frutti non ancora separati» e per essi deve intendersi qualsiasi reddito che un bene può produrre, sia i frutti già prodotti e non ancora distaccati, che quelli non ancora prodotti. È quindi possibile la donazione di frutti, sia naturali che civili, anche non prodotti, purché si tratti di cosa determinata o di un complesso di cose determinate, quali dividendi futuri di società, rendite fondiari e simili. Tutto ciò non costituisce eccezione al divieto perché in realtà non si tratta di beni futuri, ma di beni presenti, anche se concretamente non sono venuti ad esistenza, assumendo una propria individualità rispetto al bene che li produce. Naturalmente la donazione esplicherà i suoi effetti qualora la cosa produrrà i suoi frutti o quando i dividendi saranno concretamente attribuiti, in analogia a quanto disposto per la vendita all'art. 1472 c.c.

⁽¹⁵⁾ E. MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Trusts*, 2000, pp. 13 ss., spec. pp. 19-23. Cfr. anche E. MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 1075 ss., spec. 1110-1114. Sostanzialmente negli stessi termini, v. A. DE DONATO, V. DE DONATO e M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, Roma, 1999, pp. 156-157, i quali però individuano nel *trust*, quale soggetto di diritto, il soggetto passivo prima dell'assegnazione al beneficiario.

Ma v. L. MENGONI, *o. u. c.*, pp. 250-251 e *ivi* nota 78, secondo cui, analogamente al caso della disposizione fiduciaria ex art. 627 c.c., il legittimato passivo all'azione di riduzione è sempre il *trustee*, ma il beneficiario, al quale i beni sono stati (ri)trasferiti, subentra nell'obbligazione di restituzione derivante tra le parti dal giudicato.

⁽¹⁶⁾ L. CORSINI, *Trust e diritti dei legittimari e dell'erario in Italia*, in *Riv. not.*, 1998, p. 74.

Problemi dogmatici potrebbero derivare dall'art. 778 c.c., in ordine alla possibilità di configurare il *trust* quale mandato a donare. Sarebbe così nulla quella donazione, ancorché indiretta, che preveda una assoluta discrezionalità del *trustee* nella determinazione dei beneficiari del *trust* o nella designazione dell'oggetto della donazione. La donazione indiretta, per il disposto dell'art. 778, 2° e 3° comma c.c., sarà invece valida qualora l'attività del *trustee* si caratterizzi per una «discrezionalità vincolata»: l'atto costitutivo del *trust* potrà attribuire al *trustee* il potere di scegliere tra più persone designate dal *settlor* o appartenenti a determinate categorie, ovvero il potere di determinare l'oggetto della donazione tra più cose indicate dal costituente entro i limiti di valore dallo stesso stabiliti.

Stante, quindi, il rischio di riduzione del *trust* lesivo dei diritti dei legittimari, la conoscenza dell'istituto indirizza gli esperti dell'arte stipulatoria a includere clausole di salvaguardia nell'atto istitutivo del *trust*. Infatti, secondo molte leggi che disciplinano i *trusts*, è valida la disposizione che automaticamente sostituisca un'attribuzione (potenzialmente lesiva di legittima) con un'altra priva di potenzialità lesiva, qualora sia accertato che la prima abbia effettivamente prodotto una lesione.

Più impegnativo, anche se ispirato dal lodevole intento di garantire lo scopo assistenziale del *trust* protettivo, è invece il percorso *de iure condendo* di recente delineato dal disegno di Legge Comunitaria per 2010, che introduce il «contratto di fiducia a scopo assistenziale».

Ai sensi dell'art. 11, 6° comma, lett. d: «il contratto di fiducia a scopo assistenziale, prevedendo che il valore dei beni conferiti non possa eccedere i bisogni del beneficiario e facendo salve le disposizioni a tutela dei legittimari. Tali disposizioni non si applicano qualora il beneficiario sia una persona disabile».

La tecnica legislativa abbisogna di alcuni perfezionamenti: se le «disposizioni» cui si riferisce l'ultimo inciso sono quelle, appena pri-

ma nominate, dettate dal codice civile a tutela dei legittimari, assisteremo ad un'altra, incisiva, deroga al principio di riserva in natura che ispira la disciplina della successione necessaria.

Saremmo, in altre parole, dinnanzi a persone disabili aventi la qualità di legittimario rispetto al fiduciante, alle quali è preclusa l'azione di revocazione e reintegrazione per lesione di legittima, senza neppure attendere il decennio introdotto dalla riforma degli artt. 561 e 563 c.c. con il meccanismo dell'opposizione (applicabile anche alle donazioni indirette).

Se, invece, l'esclusione è riferita (solo) alla disposizione relativa alla limitazione del beneficio agli esclusivi bisogni del beneficiario disabile, la scelta normativa è assolutamente condivisibile e pienamente coerente con la disciplina solidaristica costituzionale, ma la formulazione del dettato legislativo va precisata nei termini specificati.

Di tenore simile era il disegno di legge Paissan, recante «norme in materia di *trusts* a favore di soggetti portatori di handicap»⁽¹⁷⁾, ove, all'art. 2, veniva così limitata la possibilità di esperire l'azione di riduzione: «Il soggetto disabile non può proporre azione di riduzione di disposizioni testamentarie o di donazioni o di altri atti di liberalità qualora risulti che il *trust* in suo favore sia dotato di beni sufficienti per ogni sua esigenza di cura, mantenimento e sostegno. / A meno che i beni in *trust* siano manifestamente eccessivi per il raggiungimento delle suddette esigenze, l'azione di riduzione spettante ad altri soggetti non può essere proposta, con riferimento al trasferimento dei beni in *trust* la cui durata corrisponda a quella della vita del soggetto o dei soggetti in favore dei quali è istituito, se non dopo lo scioglimento del *trust* e imputando alla porzione legittima ogni bene pervenuto a chi agisce in conseguenza dello scioglimento del *trust*».

⁽¹⁷⁾ Il disegno di legge n. 5494 del 4 dicembre 1998 può essere letto in N. CANESSA, *I trusts interni*, Milano, 2001, p. 184 ss., e in *Trusts*, 2000, p. 252 ss.

Tuttavia, la previsione di cui al 1° comma dell'art. 2, sul limite alla riducibilità delle disposizioni lesive della legittima a favore del disabile, appare superflua, atteso che, se il beneficiario è un donatario in via indiretta, si deve pur sempre tenere conto, ai fini della imputazione *ex se* di cui all'art. 564, 2° comma c.c., dei beni pervenuti dal *trustee* quale affidatario del *settlor*. Altrimenti ragionando, non si capisce come si possa privare il disabile del diritto alla riduzione delle disposizioni lesive della sua quota di riserva tutte le volte in cui i beni ricevuti dal *trustee* non siano sufficienti a coprirli, creando in questo modo una evidente disparità di trattamento, costituzionalmente illegittima *ex art. 3 Cost.*, con i soggetti non disabili beneficiari di un *trust* non protettivo, i quali, invece, potrebbero agire in riduzione liberamente.

Lo stesso anno in cui è entrata in vigore l'amministrazione di sostegno, si è sentito il bisogno di inserire nel codice civile una norma nuova, che prende in considerazione la possibilità di atti di destinazione a sostegno del soggetto debole: è la norma dell'art. 2645-*ter* sugli atti di destinazione.

Nonostante la sistematica della norma pone in primo piano l'aspetto patrimoniale⁽¹⁸⁾, riferendosi alla trascrizione del trasferimento dei beni immobili o mobili registrati (cioè a dire a proposito della ricchezza: «Gli atti in forma pubblica con cui i beni immobili o i beni mobili scritti in pubblici registri sono destinati [...] per un periodo

⁽¹⁸⁾ La tendenza sovente seguita anche dal legislatore è quella tesa a tutelare gli interessi principalmente da un punto di vista patrimoniale, ma tra gli studiosi del diritto civile vi è chi considera la patrimonialità in posizione strumentale alla valorizzazione della persona e al servizio della stessa: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger, Milano, 2007, p. 612 ss., spec. p. 620 ss.; ID., *Gratuità e attuazione degli interessi*, in *I contratti gratuiti*, Torino, 2008, p. 5 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, spec. pp. XIII ss., 29 ss., 37 ss., 377 ss.; A. SASSI, *Diritti patrimonialmente neutri*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2010, p. 455 ss.; ID., *Derechos patrimonialmente neutros*, in *Diccionario Histórico Judicial de México*, I, México D.F., 2010, p. 417 ss.

non superiore a 90 anni, o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria»), essa attribuisce generale rilevanza «alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, riferibili a persone con disabilità».

La ragione di questo inciso è davvero notevole: una vecchia diatriba che nasce con i codici civili ottocenteschi, a proposito dell'autonomia del privato, proprietario di grandi patrimoni, di poter istituire o anche inventare negozi atipici.

5. — *Gli atti di destinazione patrimoniale.*

L'approdo di questa tendenza si è avuto con l'introduzione del patto di famiglia, pensato per la successione nell'impresa individuale o nella quota di impresa sociale, in cui l'imprenditore – che ha un figlio disabile, o alcuni figli che non sono capaci o non desiderano continuare la sua attività di rischio – sceglie uno tra i suoi discendenti quale proprio successore, e come tale donatario dell'impresa o della quota societaria.

Insieme al beneficio, egli viene onerato del peso della legittima, ossia di corrispondere la quota riservata agli altri eredi legittimari del disponente, ed anche dell'assistenza di quelli bisognosi perché malati o disabili.

Lo strumento del patrimonio destinato di cui all'art. 2645-ter c.c.⁽¹⁹⁾, si propone, rispetto al patto di famiglia, essenzialmente per

⁽¹⁹⁾ Si vedano, almeno, i commenti alla normativa di G. TUCCI, *La tutela del figlio disabile tra nuove «fiducie» e/o «affidamenti fiduciari», trust e clausole testamentarie tradizionali*, in *Trust*, 2011, p. 13 ss.; F. FORMICA, *Figli da proteggere*, *ivi*, 2011, p. 5 ss.; A. TONELLI, *Si è conclusa l'esperienza triestina che è ricorso al trust per costruire un asilo nido*, *ivi*, 2011, p. 95 ss.; A. FUSARO, *Il trust nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 813 ss.; A. GALLARATI, *Fiducie vs trust. spunti per una riflessione sull'adozione di modelli fiduciari in diritto italiano*, in *Trust*, 2010, p. 238 ss.; A.C. LANDRO, *La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione, atti di destinazione e trust*, *ivi*, 2009, p. 493 ss.; M. MARCHINI, *Osservazioni su trust e protezione dei soggetti deboli*, in *Fam. dir.*, 2009, p.

le persone che non dispongono di grandi patrimoni imprenditoriali, eppure cercano uno strumento per tutelare, dopo la propria morte, i soggetti deboli a loro cari, ed è caratterizzato – a differenza del patto di famiglia – dall'inciso che ne qualifica la direzione alla realizzazione di «interessi meritevoli di tutela». Vale a dire che non tutti gli atti di destinazione possono trovare la garanzia della segregazione patrimoniale, ma unicamente quelli che rispondono, con la loro tipicità, a determinati interessi.

Rispetto, dunque, al *trust* amorfo risultante dal recepimento della Convenzione de L'Aja, negozio di affidamento ad un soggetto fiduciario tipicamente destinato a grandi patrimoni, anche per le ingenti spese di funzionamento, mi pare opportuno richiamare l'attenzione dei giuristi, cui sia domandato uno strumento di protezione di soggetti deboli, bisognosi, accessibile a tutti ed a costi più modesti, sullo strumento del patrimonio di destinazione 2645-ter c.c.

Patto di famiglia e atti di destinazione hanno in comune l'elemento determinante: i beni, destinati ai beneficiari, amministrati dal fiduciario, non possono essere intaccati da colui il quale li sta amministrando, né i suoi creditori, né i suoi eredi possono vantare diritti su questa situazione patrimoniale.

Tutto quello che è avvenuto prima della trascrizione di quest'atto può essere opposto ai creditori; tutto quello che avviene dopo quest'atto non si può opporre ai creditori, diventa essenzialmente blindato. I patrimoni possono essere anche minimi, possono limitarsi alla casa di abitazione per un soggetto debole, o viceversa possono comprendere un grossissimo patrimonio.

Tutte le riflessioni condotte a proposito del *trust*, dei suoi limiti ed effetti, vanno dunque confrontate con lo strumento, sostanzialmente analogo, dell'atto di destinazione.

817 ss.; A. BATÀ, A. SPIRITO, *Trust interno e soggetti deboli*, *ivi*, 2009, p. 716 ss.

STEFANIA TUCCANI ^(*)

IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E DANNO ALLA PERSONA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Diritto alla ragionevole durata del processo e tutele. — 3. Determinazione della ragionevole durata. — 4. Danno provocato e sua riparazione. — 5. Considerazioni finali.

1. — *Premessa.*

È risaputo che, tra i mali che affliggono la giustizia italiana, quello di certo più tristemente noto riguarda la durata eccessiva dei processi. Molto si è scritto e dibattuto riguardo alle problematiche connesse all'esigenza di giudizi sempre più rapidi ed equi. D'altra parte, il bisogno della società civile di vedere risolte le controversie, mediante risposte giuste fornite in tempi ragionevoli, ha costituito da sempre un obiettivo da perseguire.

Ad esempio risulta risalente il disfavore per gli appelli ⁽¹⁾ specie

^(*) Comune di Terni.

⁽¹⁾ Come sottolinea L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961, p. 22, il diritto romano non ha conosciuto né concettualizzato le 'impugnazioni' come categoria unitaria, di cui si possa quindi stabilire con la massima esattezza l'area di applicazione. Manca infatti una trattazione organica di tutto il regime delle impugnazioni, se si eccettuano poche e sommarie esposizioni a livello istituzionale. V. sull'argomento F. PERGAMI, *Centralismo e decentramento nell'attività giurisdizionale della tarda antichità*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Napoli, 2001, p. 175: «Pare addirittura discutibile che il tardo impero conoscesse un vero e proprio ordinamento giudiziario, inteso come chiara individuazione e delimitazione di competenze e di rapporti fra i vari organi giurisdizionali. [...] Nessuna norma

se temerari o se rischiano di essere ‘secondi giudizi di prima istan-

infatti indica quanti e quali fossero i gradi di giurisdizione che in alcuni casi, seppure in modo del tutto incidentale, appaiono estendersi oltre il secondo. È opinione consolidata in dottrina che l'imperatore costituisse la suprema istanza giurisdizionale d'appello, a motivo della destinazione al suo tribunale di tutte le controversie in secondo grado». R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, p. 431 segnala che vi sono testi che addirittura parlano di un appello dopo l'altro (ad es. SCAEV. D. 45.1.122.5 e MACER. D. 49.4.2 pr.) e che quindi presuppongono una scala giurisdizionale a gradini sovrapposti dove al vertice di ognuna si trovava l'imperatore, «nel quale tutte le giurisdizioni si assommavano e culminavano». Sempre R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., p. 432 sostiene che l'appello all'età dei Severi si presenta come un mezzo procedurale del tutto entrato nell'uso normale. In realtà, esaminando la storia di questo istituto, sostiene F. PERGAMI, *Centralismo e decentramento*, cit., p. 178, il ricorso all'imperatore non sempre era ammesso, anzi in alcuni casi era espressamente escluso. Costantino stabilì espressamente, CTh. 11.30.13 del 329, deprecando il comportamento di *iudices inferioris gradus* che mal tolleravano l'appello contro le loro sentenze, che siffatte impugnazioni fossero decise dal *praefectus urbi*, cui la costituzione è indirizzata e, nel contempo, vietava che venissero invece rimesse al tribunale imperiale (*minime ... ad nostram referre clementiam*).

F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, 5, Napoli, 1975, p. 495, in più occasioni, rivolge l'attenzione alla gravità della condizione dei tribunali nel tardo impero, con il groviglio di giurisdizioni, con i privilegi delle classi elevate e con il predominio dei ricchi sui poveri. Tale autore nota, altresì, che i processi erano costosi e invano si tentò di reagire contro l'uso invalso di pretendere compensi per la notifica degli atti giudiziari, le *sportulae*, veri e propri odiosi balzelli dovuti ai funzionari dei giudici per le loro prestazioni. I processi erano anche interminabili per l'ampia possibilità di rinvii e per il favore verso l'appello; inoltre poteva succedere, e succedeva, che i giudici, tra le parti, preferissero quella di condizione più elevata, o per ragione di classe o perché non erano in grado di resistere alle pressioni e all'influenza esercitata su di loro; «era difficile che il povero potesse avere la meglio rispetto al ricco che era in condizioni di far durare un processo quanto volesse». Cfr. F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, cit., p. 495. Dunque, anche nel tardoantico era in qualche modo sentita la necessità di stabilire tempi più adeguati per lo svolgimento dei processi, al fine di non appesantire eccessivamente l'amministrazione della giustizia. V. sull'argomento CTh. 4.14.1 del 14 novembre 424=C. 7.39.3: «*Sicut in re speciali est, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur [...]*». A tale proposito F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 192, rileva che, fermo restando l'uso di rivolgersi all'imperatore per risolvere questioni giuridiche o per ottenere provvedimenti di favore, la normativa teodosiana appare confermare l'ammissibilità dell'appello *in criminalibus*. Come si ricava ad esempio da CTh. 11.30.38 emanata il 18 giugno del 380 e indirizzata a *Syagrius praefectus praetorio*: «*In condemna-*

za', limitandosi il più delle volte a una semplice rivisitazione della

tionibus appellationes iubemus admitti». Il diritto di appello, come sottolinea B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1954, 3, p. 517, risponde all'intento di salvaguardare il reo contro ogni possibile errore giudiziario o corruzione o *iracundia iudicis*. F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione*, cit., p. 194, fa notare la singolarità del testo di CTh. 11.30.42, emanata a Costantinopoli il 31 marzo del 384, contenente l'approvazione del comportamento di un giudicante, presumibilmente il destinatario del provvedimento, nella specie il proconsole di Palestina: «*Probamus verecundiam iudicantis, si superfluum quoque recipiat provocationem, ne interim reliquum negotium audiret*». Il contenuto è singolare per il fatto che viene qualificata *verecundia* del giudice l'ammissione di un appello, benché superfluo, che non doveva proseguire. CTh. 11.30.51 emanata a Costantinopoli il 9 giugno del 393 e indirizzata ad *Apodemius praefectus praetorio Illyrici et Italiae* contiene, invece, disposizioni contro i giudici che non diano corso agli appelli (multa di 30 libbre d'oro per il giudice e di 50 per l'ufficio): «*Quibus causis non est provocatio respuenda, iubemus respuentem iudicem XXX librarum auri, obsecundantem officii gratiam quinquaginta esse feriendam*». Il testo in esame è rilevante perché conferma i rapporti tra le due *partes imperii* a livello normativo e sancisce un inasprimento delle sanzioni per il giudice e per l'ufficio che avessero rifiutato l'accoglimento e l'inoltro di un atto di appello. Sull'argomento rileva, altresì, CTh. 11.36.31, emanata a Costantinopoli il 9 aprile del 392, che esclude l'appello per i rei confessi, giacché *nec enim eos fas est adimi debitae severitati, qui pacem publicam actuum perturbatione confusam ribelli contumacia miscuerunt*. In realtà il Pergami sostiene che nel diritto del tardo impero l'appello si presenta come un fenomeno volto ad ottenere la riforma non solo di una sentenza, ma più in generale, di un provvedimento autoritativo. D'altra parte, come sottolinea L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 23, l'appello riflette comunque lo spirito di una società burocratizzata, dominata dal culto della norma astratta e dal principio d'autorità, dove la caratteristica peculiare consiste nella possibilità di un riesame delle pronunce giudiziarie nelle più normali ipotesi in cui vi sia un interesse giuridicamente apprezzabile ad una nuova cognizione della medesima causa, ad opera di un organo superiore a quello che ha compiuto la precedente.

Tuttavia, da varie costituzioni, traspare con evidenza l'intenzione di contenere il numero degli appelli. Ad esempio, D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae*, Napoli, 1999, p. 143, segnala CTh. 9.39.1, emanata a Costantinopoli il 30 dicembre del 383, con la quale l'imperatore oltre a stabilire pene per i calunniatori, afferma che non vi è nessuna ragione per la quale la condanna del *calumniator manifestus* debba essere differita (*non est ratio, qua manifesti calumniatoris supplicium differatur*) e che, pertanto, non è permesso rinnovare le accuse che non possono *consistere prima actione*.

Come fa notare R. ORESTANO, *Appello (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, p. 724, costituiva un freno agli abusi del ricorso in appello, in primo luogo la possibilità che il secondo giudizio avesse un esito per l'appellante peggiore del primo. Per scoraggiare le impugnazioni prive di un solido fondamento da far valere, sono state in alcuni

decisione di prime cure⁽²⁾.

casi stabilite pesanti sanzioni a carico degli appellanti temerari: v. CTh.11.30.48 del 387 (*Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Eusignium praefecto pretorio*): «*Revocare appellationem suam unicuique minime permittatur, sed sacro auditorio totius negotii examinatio reservetur. Quod si hac lege neglecta gratiam siverit appellationis, et ipse quinquaginta libras argenti et eius officium parem summam condemnationis inferre cogetur*».

Come rileva L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 49, in costituzioni successive, si preferisce perseguire lo stesso risultato più liberamente, ammettendo il principio della revocabilità dell'atto di impugnazione e rendendo così possibile il ritiro dei *libelli* agli appellanti, che si accorgessero di avere poche probabilità di successo. V. al riguardo CTh. 11.30.56 del 396 di Arcadio e di Onorio che riconosceva il diritto di ritirare i *libelli appellatorii* entro tre giorni dalla loro presentazione (*intra triduum post oblationem legitimam*). Secondo B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, cit., p. 385, la minore rigidità di questo trattamento è riconducibile all'influenza cristiana.

Nella codificazione giustiniana non mancano pronunce contro l'appellante temerario, tuttavia l'appello infondato, in quanto tale, non sembra più meritare le sanzioni introdotte nell'età precedente. V. altresì sull'argomento A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, 1, Milano, 1967, p. 81 ss.

Sulle vicende dell'appello nell'alto Medioevo, per es., v. P. FIORELLI, *Appello (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, 1958, p. 714 ss.: nel diritto germanico era ammessa soltanto la disapprovazione della sentenza, la *blasphematio iudicii*, che non è propriamente un mezzo per fare annullare una sentenza già formata o per farne modificare gli effetti, ma piuttosto un mezzo per far ritornare l'assemblea giudicante sopra una propria decisione non ancora divenuta definitiva. Era legittimata a dichiarare ingiusta la sentenza, chiedendone la riforma, non soltanto la parte soccombente, ma chiunque si ritenesse danneggiato dalla stessa. Nello Stato carolingio il re, insieme con alcuni consiglieri esperti nel diritto civile e nel diritto canonico, riesamina e definisce secondo equità quelle controversie in cui la sentenza di primo grado ha gravato una delle parti in una misura che essa ha ritenuto iniqua. Sempre P. FIORELLI, *Appello (diritto intermedio)*, cit., p. 718, rileva che, negli ultimi tempi del Medio Evo, il numero massimo degli appelli era limitato a due. Risultò infatti efficace l'introduzione del principio della 'doppia conforme', per cui non si ammettevano più tanti appelli quanti erano i gradi della magistratura a cui teoricamente si potesse ricorrere, ma si considerava non più appellabile la sentenza che ne avesse confermata un'altra.

⁽²⁾ In vari casi capita che la sentenza del giudice dell'appello richiami integralmente la decisione del giudice di primo grado, per cui, creandosi una fusione dei due provvedimenti, verrebbe a vanificarsi ogni pretesa del riesame e ogni verifica da parte del giudice del gravame. Cass., 14 febbraio 1994, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, 7, p. 125,

Vi è stato chi ⁽³⁾ ci ha fornito un giudizio complessivo (abbastanza efficace) sulla attuale politica disposta a produrre norme caotiche e occasionali, al fine di rispondere a una società che chiede sempre più 'diritti': «Qualche giudice, anziché ergersi a custode della legalità, preferisce sostituirla con una sua 'legalità' alternativa. *Plurimae leges* provocano confusione ed incertezza sul diritto vigente. Confusione ed incertezza spesso superate dall'interpretazione 'creativa' dei giudici che riconducono a sistema ciò che è asistemico e occasionale. E rimediate in parte dallo stesso legislatore che, divenuto consapevole dei guasti provocati dalla alluvione delle leggi, nelle vesti di Penelope, distrugge quel che ha prodotto in precedenza con le leggi di delegificazione e, per quel che più direttamente riguarda il diritto amministrativo, con le c.d. leggi di semplificazione amministrativa, nonché con la redazione di testi unici di settore, nei quali, spesso e volentieri, si manipola assieme alle leggi anche la gerarchia delle fonti».

Risulta di tutta evidenza come oggi, con maggiore intensità rispetto al passato, in particolare con l'introduzione della cultura dei risultati, si sia imposta una rivisitazione del modo di operare dell'apparato 'giustizia', che tenga conto del principio di efficienza.

ebbe a sostenere che «In tema di sentenza penale di appello, non sussiste mancanza o vizio della motivazione, allorquando i giudici di secondo grado, in conseguenza della completezza e della correttezza dell'indagine svolta in primo grado, nonché della corrispondente motivazione, seguano le grandi linee del discorso del primo giudice; ed invero, le motivazioni della sentenza di primo grado e di appello, fondendosi, si integrano a vicenda, confluendo in un risultato organico ed inscindibile al quale occorre in ogni caso fare riferimento per giudicare della congruità della motivazione».

V. sull'argomento Cass., 25 gennaio 2008, n. 1604, in *Foro it.*, 2008, c. 3: «In tema di impugnazioni, la sentenza d'appello anche se confermativa, si sostituisce totalmente alla sentenza di primo grado, onde il giudice d'appello ben può in dispositivo confermare la decisione impugnata ed in motivazione enunciare, a sostegno di tale statuizione, ragioni ed argomentazioni diverse da quelle addotte dal giudice di primo grado, senza che sia per questo configurabile una contraddittorietà tra il dispositivo e la motivazione della sentenza d'appello».

⁽³⁾ V. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 20.

Di sicuro l'atmosfera che si respira negli uffici giudiziari non è delle migliori e oscilla tra la rassegnazione fatalistica dei magistrati e lo sconforto del personale amministrativo costretto da tutta una serie di riforme a nuovi aggravii del lavoro di segreteria. Con il risultato che si è prodotta la moltiplicazione non già delle sentenze e dei decreti di condanna e di archiviazione, ma delle notificazioni da fare e delle fotocopie da rilasciare.

Foderaro, deputato al Parlamento⁽⁴⁾ più di mezzo secolo fa, già rappresentava come nel periodo di riferimento il problema della lentezza della giustizia fosse «in contrasto stridente con la celerità e la dinamicità dei tempi moderni. [...] A volte si è perfino pensato che sia utile, in quanto più rispondente all'interesse superiore della giustizia, che il movimento delle procedure giudiziarie sia il più lento possibile, in modo da consentire – nel processo civile – che le parti addivengano ad un componimento amichevole e – nel processo penale – che le ire si placino [...]». Tale politico aggiungeva: «Attualmente avviene che spesso alcuni capi abbandonino a sé stessi i magistrati dipendenti, sicché il lavoro dei vari uffici riesce spesso slegato. Pare invece necessario creare un'organizzazione gerarchica tale da far sentire ai magistrati come anche essi siano legati a saldi vincoli di coordinamento e di subordinazione, con conseguente controllo dei *modi* con cui viene esplicata la funzione. Ciò può anche contribuire ad evitare che magistrati – specie se giovani – si abituino, a furia di sentirsi incensare e proclamare indipendenti, a considerarsi fuori e al di sopra di qualsiasi controllo, anche se attenga al lato *esterno* della funzione, al rispetto, cioè, del *modo* come la legge viene applicata. Il magistrato è indubbiamente indipendente nel giudizio, ma non può essere evidentemente indipendente dalla legge: non può avere,

⁽⁴⁾ S. FODERARO, *Sveltire e ammodernare la giustizia*, in *Relazione al bilancio di grazia e giustizia per l'esercizio finanziario 1955-56*, p. 9 ss.

cioè, indipendenza dal fare il proprio dovere, sì bene *indipendenza per fare il proprio dovere*». Afferma infine Foderaro⁽⁵⁾: «Le sentenze che dovrebbero essere decisioni di carattere pratico, si trasformano in vere monografie dottrinarie, in eleganti disquisizioni di carattere scientifico, con perdita di tempo per i magistrati estensori [...]».

Tale politico nel suo scritto evidenziava in corsivo i termini ‘esterno’, ‘modo’, ‘indipendenza per fare il proprio dovere’, accentuando così l’importanza, ovvero la necessità di dare ‘visibilità’ al comportamento professionale dei giudici, al fine di infondere all’esterno fiducia e serietà.

Anche Mortati⁽⁶⁾, a suo tempo, affermava: «L’eccessiva durata dei giudizi (che si calcola in quella di almeno 6 anni) appare tanto più grave per il suo persistere, nonostante l’accertata riduzione delle vertenze, dovuta al fatto del crescente ricorso ai mezzi extragiudiziali di risoluzione delle controversie [...]» e aggiungeva che «La rapidità nella risoluzione delle cause che si voleva ottenere non solo non si è raggiunta, ma è andata sempre più attenuandosi, anche per effetto della cattiva distribuzione del personale giudiziario, cui bisognerebbe ovviare, aumentando gli organici delle grandi sedi in corrispondenza alla soppressione di uffici giudiziari nei quali le cause proposte si mantengono al di sotto di un livello minimo».

I paragrafi che seguono hanno per oggetto l’esame della tutela del diritto a una ragionevole durata del processo, svolto sulla base di numerosi contributi forniti sia dalla giurisprudenza nazionale che da quella comunitaria. Verranno, in alcuni casi, attraverso lo studio delle fattispecie concrete, analizzati i danni alle persone e i relativi risarcimenti per il ritardo maturato nella conclusione dei procedimenti giudiziari.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 55.

⁽⁶⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2, Padova, 1976, p. 1301.

2. — *Diritto alla ragionevole durata del processo e tutele.*

L'art. 111, comma 2 Cost.⁽⁷⁾ recita: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». Tale principio costituisce un valore già desumibile dall'art. 24, comma 1, Cost., che «include il diritto ad una ragionevole durata del processo, affinché la decisione giurisdizionale perseguita tramite l'azione⁽⁸⁾,

⁽⁷⁾ Comma inserito ex art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione). V. M. CECCHETTI, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, aggiorn., Milano, 2001, 5, pp. 595–596. Riguardo agli innesti operati nell'art. 111 Cost., A. GIARDA, *Giusto processo, prove penali e diritto di difesa*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Cesano Boscone, 2002, p. 11, sostiene che si tratta di un programma ambizioso in grado di rifondare la macchina per un verso obsoleta del processo penale, come se l'anno 2000 fosse l'anno zero di un nuovo corso della giustizia penale italiana. Cfr. M. BOVE, *Art. 111 Cost. "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss. V. P. PERLINGERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, pp. 41–58.

⁽⁸⁾ La garanzia dell'art. 24, come sottolinea L. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 602, costituisce una componente primaria del c.d. *diritto al processo* o del *diritto alla tutela giurisdizionale*, da inserirsi nel novero dei *diritti inviolabili dell'uomo*, consacrati dall'art. 2 Cost. Nella Costituzione si rinvencono disposizioni dalle quali risulta in primo luogo che i diritti soggettivi hanno piena tutela giurisdizionale anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni e, in secondo luogo, che la tutela giurisdizionale concerne anche gli interessi legittimi. Non solo infatti si riconosce con l'art. 24, comma 1, che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», ma viene anche chiarito, da un lato, (art. 113, comma 1 Cost.) che «la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi» è sempre ammessa «contro gli atti della pubblica amministrazione» e dall'altro (art. 113, comma 2) che «tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti». Oggi si può tranquillamente affermare che a ogni diritto soggettivo corrisponde l'azione (potere di promuovere un giudizio per far valere le proprie ragioni), il cui riconoscimento è implicito in quello di diritto soggettivo: esso è logicamente un *prius*; l'azione che ne discende automaticamente, un *posterius*. Per il diritto romano il rapporto tra diritto sostanziale e processo era diverso. L'idea di 'azione' derivava dall'*actio* delle fonti romane intesa come strumento per l'esercizio del potere di promuovere un giudizio. Ebbene, nelle fonti romane non si parlava di *actio*, quanto

assicuri l'efficace protezione della situazione tutelata e, in definitiva,

di *actiones* al plurale e le *actiones* erano tipiche, cioè solo quelle riconosciute espressamente e singolarmente: vi era, in un certo senso, un elenco di azioni, ognuna a difesa di una diversa posizione giuridica soggettiva attiva e ognuna con propria struttura. Ne consegue che una ragione era tutelabile soltanto se vi era un'apposita *actio* o altro idoneo strumento processuale. La prospettiva era quindi rovesciata rispetto a quella cui ora siamo abituati: oggi l'azione presuppone il diritto soggettivo; per il diritto romano il diritto soggettivo presupponeva l'azione. I giuristi romani erano soliti porsi più spesso dal punto di vista del processo che da quello del diritto sostanziale; più spesso dal punto di vista dell'*actio* che da quello del diritto soggettivo. Non è quindi un caso il fatto che in luogo di dire, ad esempio, che Tizio in determinate circostanze sarebbe divenuto creditore, si preferisse dire che Tizio in quelle circostanze avrebbe potuto esercitare un'azione *in personam*. V. sull'argomento M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2001, p. 60. Sia la giurisprudenza classica nelle sue opere, sia gli imperatori nei loro testi normativi parlano non di rado di *iura*, piuttosto che di *ius*. Si consulti M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, p. 37 ss. Il termine *ius* viene usato, al plurale, per indicare a volte i 'diritti soggettivi' dei singoli (cfr., per es. CTh.5.13.4, CTh.5.15.17, CTh.8.13.1), a volte l'insieme delle regole giuridiche relative a una particolare materia o a un particolare istituto, a volte per fare riferimento al diritto vigente nel suo insieme. Ma, come nota E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1980, p. 34, a parte il problema storico della priorità presso i Romani del concetto di diritto soggettivo rispetto a quello di azione o viceversa, l'esame dei passi dei giuristi classici persuade che essi concepivano, distinguendolo dall'azione, il conferimento a una persona della facoltà di esigere da altri una determinata condotta. La ragione della rilevanza data dai Romani all'azione e della loro preferenza a considerare sotto questo aspetto e non sotto quello del diritto soggettivo le situazioni giuridiche, deve ricercarsi nell'attività giurisdizionale del pretore che in vari casi a titolari di un diritto soggettivo negava l'*actio* (cioè l'espletamento dei mezzi processuali aventi come risultato l'accertamento del loro diritto violato e l'applicazione della norma e della sanzione), mentre invece in altri casi concedeva l'*actio* ad individui che, non essendo titolari di un diritto soggettivo, si trovavano in una situazione di fatto non riconosciuta da una norma di *ius civile*. Per i Romani aveva pertanto assai maggiore importanza, piuttosto che affermare di avere un diritto soggettivo (che poteva anche non trovare protezione giudiziaria da parte del pretore), poter affermare di avere un'azione, trovarsi cioè in una situazione giuridica o di fatto che il pretore avrebbe tutelato giudiziariamente. Ancora nel '500, come rileva M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 52, tanto l'espressione *ius* quanto quella di *iura* designano fundamentalmente cose ben diverse da una situazione simile all'attuale diritto soggettivo. *Ius* significa ancora soprattutto diritto (oggettivo) ovvero giustizia, o ordine giuridico giusto. Nell'epoca rinascimentale gli *iura* possono ancora essere concepibili al modo romano, come "cose", ovvero come situazioni in-

la realizzazione della giustizia»⁽⁹⁾.

Non è mancato chi⁽¹⁰⁾ abbia segnalato come la portata del novelato art. 111 Cost. sia stata in parte ‘sterilizzata’ da un orientamento giurisprudenziale secondo il quale il diritto alla ragionevole durata dei procedimenti giudiziari in esso sancito non rappresenterebbe un diritto direttamente esercitabile dai singoli, non potendosi quindi includere tra i diritti fondamentali della persona, la cui inviolabilità è garantita dalla Costituzione. Detta previsione normativa è stata infatti intesa quale norma meramente programmatica e non direttamente precettiva, dovendosi pertanto ritenere, secondo tale giurisprudenza, come rivolta al solo legislatore e non ai singoli cittadini, i quali non ne potrebbero, conseguentemente, invocare una diretta applicazione a loro favore⁽¹¹⁾.

La Suprema Corte, pronunciatisi a sezioni unite con sentenza 26 gennaio 2004, n. 1338⁽¹²⁾ non ha ritenuto condivisibile tale assunto,

differentemente di libertà e di soggezione. A parere di M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 55, significativa è la rivoluzione epocale segnata dal pensiero cristiano. In questo vi è una netta tendenza a individualizzare la nozione di diritto naturale che accompagna la soggettivizzazione del concetto di essere umano. Tale svolta soggettivistica viene sancita sul terreno specifico della dottrina giuridica, dall’elaborazione teorica avviata dai Glossatori bolognesi, per i quali la concessione di un’*actio* segnala la presenza della corrispondente posizione giuridica soggettiva sostanziale.

⁽⁹⁾ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Cons. Stato*, 1999, 2, p. 1446 e in *Foro it.*, 1999, c. 1.

⁽¹⁰⁾ V. LOCCISANO, *Equa riparazione per irragionevole durata del giudizio ed illecito civile*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 252 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., 8 agosto 2002, n. 11987, in *Giust. civ.*, 2002, 1, p. 2393 e in *Foro it.*, 2002, c. 167: La previsione dell’art. 111 Cost. «prefigura un canone oggettivo di disciplina della funzione giurisdizionale e non direttamente una garanzia del singolo strutturata in termini di diritto soggettivo; contiene cioè una norma meramente programmatica, non utilizzabile come strumento di controllo della durata del singolo processo (a ciò appunto ora provvedendo la legge n. 89/2001) e che rileva, invece, unicamente come parametro di controllo della legge che sia in tesi in contrasto con gli obiettivi della ragionevole durata dei processi».

⁽¹²⁾ Cass., Sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1338, in *Danno e resp.*, 2004, p. 499.

enunciando il principio, secondo cui il novellato art. 111, comma 2, Cost., pur rivolgendosi al legislatore nella parte in cui dispone che la legge assicura la ragionevole durata del processo, non debba essere contrapposto, bensì integrato con la previsione di cui all'art. 6 della CEDU, secondo la quale ogni persona ha diritto a una causa entro un termine ragionevole. Infatti, secondo Cass., 26 gennaio 2004, n. 1338, il bene tutelato dalle due disposizioni è lo stesso: la durata ragionevole del processo. È diversa soltanto la prospettiva secondo la quale esso viene considerato: garanzia oggettiva dell'ordinamento nella norma costituzionale, garanzia soggettiva della persona nella CEDU. Il diritto alla ragionevole durata dei procedimenti giudiziari deve quindi essere riconosciuto conformemente a quanto espresso in più occasioni, anche dalla Corte costituzionale⁽¹³⁾, quale vero e

⁽¹³⁾ Cfr. Corte cost., 25 luglio 2001, n. 305, in *Foro it.*, 2001, c. 10. D. CARCANO, *Le due corti e il "giusto processo"*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 449, fa notare che la Corte Costituzionale (v. Corte cost., 29 gennaio 2002, n. 78, in *Cons. Stato*, 2002, II, p. 375), dopo l'inserimento nella Costituzione italiana dell'art. 111, ha riconfermato il proprio orientamento, espresso con riferimento al parametro dell'art. 97 Cost., secondo cui «il legislatore, nel regolare il funzionamento del processo dispone della più ampia discrezionalità, sicché le scelte concretamente compiute sono insindacabili soltanto ove manifestamente irragionevoli».

G. SCARSELLI, *La ragionevole durata del processo civile*, in *Foro it.*, 2003, V, cc. 126-134, scrive che «il giusto processo non si realizza solo abbreviando i tempi del processo, poiché nel nostro sistema vi sono altri principi costituzionali da rispettare, quali quelli della predeterminazione legale del rito, quelli del contraddittorio, della difesa e della prova, quello di una giustizia resa da un giudice terzo ed imparziale e quello del rispetto della parità delle armi tra i vari litiganti. [...] Se il principio della ragionevole durata del processo entra in collisione con alcuno di questi altri principi processuali (perché ad esempio comprime il contraddittorio o il diritto alla prova in misura rilevante) questo è l'ultimo principio costituzionale del processo da rispettare e non il primo e principale».

Cfr. App. Genova, 29 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2003, p. 275; in *Giur. merito*, 2003, p. 18; in *Foro it.*, 2003, c. 170: «Sussiste un diritto soggettivo perfetto di rango costituzionale, ai sensi degli art. 24 e 111 Cost., alla "ragionevole durata" del processo, la cui violazione dà luogo a risarcimento del danno, azionabile ex art. 2, l. n. 89 del

proprio diritto soggettivo, in forza tanto del generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo operato dall'articolo 2 Cost., quanto dallo specifico diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi, garantito dall'art. 24 Cost. che, comunque, implica una ragionevole durata del processo.

La legge 24 marzo 2001, n. 89⁽¹⁴⁾ riconosce il diritto a una equa ri-

2001»; la Corte d'appello di Brescia, 29 giugno 2001 (Parti: D'Ingianti c. Min. giust.), in *Foro it.*, 2002, c. 227, definisce il diritto alla ragionevole durata del processo "un diritto assoluto e incompressibile". V. altresì Cass., 28 settembre 2005, n. 18924, in *Nuovo dir.*, 2006, p. 474, con nota di M. SENSALÉ, *Condotta processuale della parte e danno da ritardata giustizia*.

⁽¹⁴⁾ Legge 24 marzo 2001, n. 89 «Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile», in G.U. 3 aprile 2001, n. 78, nota come «legge Pinto», dal nome del senatore Michele Pinto, primo firmatario del disegno di l. n. 3813 presentato al Senato il 16 febbraio 1999. Al Capo 1° della legge 'Pinto' «Definizione immediata del processo civile», l'art. 1 introduce una modifica all'art. 375 c.p.c. finalizzata ad ampliare le ipotesi di definizione immediata del procedimento nel giudizio di cassazione, mentre al Capo 2° la legge si occupa dell'equa riparazione per irragionevole durata dei procedimenti giudiziari, definendo all'art. 2 la portata del diritto a un termine ragionevole del processo e all'art. 3 il procedimento per ottenere la relativa riparazione. Sulle prime applicazioni della legge da parte dei giudici nazionali si veda B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1362 ss. Il Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi, in occasione della seduta straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura che si è tenuta a Roma presso il Palazzo dei Marescialli, in data 2 ottobre 2001, in *www.quirinale.it*, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della legge Pinto, esprimeva qualche perplessità: «[...] Le informazioni che provengono da Strasburgo a proposito della posizione dell'Italia davanti alla Corte Europea dei diritti umani, segnalano una notevole riduzione dei ricorsi: infatti secondo dati recentemente comunicati dal Ministero della giustizia, risultano attualmente in attesa di decisione nel merito poco meno di 500 ricorsi di cittadini italiani e tuttavia non sono pochi anche 500! Ma sappiamo bene che vi è una mole alle spalle. Ma, infatti, a seguito dell'entrata in vigore della legge Pinto, la Corte si appresta a dichiarare irricevibili ben 11.171 ricorsi presentati da altrettanti cittadini italiani, che torneranno così nelle mani dei giudici italiani. Quindi questa legge ci consente un certo respiro ma ci si deve augurare, però, che la massima parte di quei giudizi per una equa riparazione del danno derivante dalla irragionevole durata del processo sia definita rapidamente, e penso soprattutto in via transattiva, prendendo a base i parametri cui si attiene per la liquidazione del danno la giurisprudenza della

parazione, qualora la durata del processo vada oltre quella “ragionevole”. L’art. 2, comma 1⁽¹⁵⁾ della citata legge dispone che chi ha subito un danno per il «mancato rispetto del termine ragionevole di cui all’art. 6, paragrafo 1⁽¹⁶⁾ della Convenzione, ha diritto a una equa riparazione». Si tratta di un rimedio interno (azione di fronte alla Corte d’appello competente, cioè quella più vicina al distretto in cui si è svolto il processo della giustizia ordinaria nei gradi di merito) per far valere il diritto al risarcimento (art. 3, comma 1, legge 24 marzo 2001, n. 89).

L’art. 35 della Convenzione prevede un filtro alla proponibilità dell’azione diretta alla magistratura europea, stabilendo che l’azio-

stessa Corte Europea. Perché se ciò non si verificasse, tra qualche tempo, tutti quei ricorsi tornerebbero a Strasburgo, causando ulteriori condanne dell’Italia [...]». La preoccupazione di Ciampi non era infondata; infatti, a distanza di un anno, i ricorsi affollavano le cancellerie delle Corti d’appello di tutta Italia, pertanto prese forma l’esigenza di un nuovo intervento, in tema di irragionevole durata dei processi, del legislatore italiano, il decreto-legge 11 settembre 2002, n. 201, teso a introdurre una ‘pregiudiziale conciliativa’ nell’originario meccanismo della suddetta legge. Il nuovo art. 2 bis subordinava la domanda di un’equa riparazione del danno al fatto che fossero decorsi 90 giorni da quello della comunicazione della volontà di introdurre l’azione da parte del futuro ricorrente, all’Avvocatura dello Stato. Il legislatore, in sede di conversione, con legge 14 novembre 2002, n. 259, ha soppresso il predetto decreto legge n. 201/2002, eliminando così l’obbligo di esperire il tentativo di conciliazione.

La legge Pinto è stata oggetto di rivisitazione da parte del d.d.l. n. 1880 del 12 novembre 2009, approvato dal Senato il 20 gennaio 2010, ora all’esame della Camera (sulle novità v. par. 5. del presente lavoro).

⁽¹⁵⁾ L’art. 2, comma 1, della legge n. 89 del 2001 stabilisce che «Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955 n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all’art. 6, paragrafo 1 della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione».

⁽¹⁶⁾ L’art. 6, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo dispone che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

ne non può essere proposta se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne. Ciò equivale a dire che il cittadino è obbligato ad attraversare i vari gradi del giudizio della giurisdizione italiana, proseguendoli tutti fino alla Suprema Corte di Cassazione, dopo la quale può ricorrere alla Corte di Strasburgo entro sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Sul punto, tuttavia, è da ricordare la presa di posizione assunta dalla Corte EDU, 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 361, (caso Scordino), che ha ritenuto legittimo il ricorso anche in difetto del previo esaurimento delle vie interne, considerando determinante a tal fine l'insufficienza del controllo operato dalla Corte di Cassazione in punto di congruità della liquidazione riconosciuta dal giudice di merito. Nel caso deciso la Corte europea ha ritenuto inadeguata la misura della liquidazione del danno morale disposta dalla Corte d'appello per la irragionevole durata del processo. La Corte in questo caso ha ammesso che «la regola dell'esaurimento dei rimedi interni non si presta ad un'applicazione automatica e non ha carattere assoluto [...]» e che al fine di accertarne il rispetto, la corte «deve avere riguardo alle circostanze del caso». A commento di tale decisione si vedano M. PADELLETTI, *Ancora sulla legge Pinto «equa riparazione» o indennizzo iniquo per la durata irragionevole del processo?*, in *Riv. dir. intern.*, 2003, p. 771; cfr. M. ESPOSITO, *Il non ragionevole contrasto del giudice italiano con quello di Strasburgo sulla ragionevole durata del processo*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 363 ss. La decisione del 27 marzo 2003 relativa al caso Scordino ha indotto le sezioni unite della Corte di Cassazione ad allineare la giurisprudenza italiana a quella della Corte di Strasburgo, basti vedere quello che è avvenuto con le sentenze del 26 gennaio 2004, n. 1338–1340, in *Corr. giur.*, 2004, p. 600 ss., con nota di R. CONTI, *Cedu e diritto interno: le Sezioni unite si avvicinano a Strasburgo sull'irragionevole durata dei processi*.

La Cassazione, in particolare nelle citate sentenze 1340 e 1339, ha riconosciuto come «l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano» dell'art. 6 CEDU, sancita dalla legge n. 89/2001, non possa «discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo», la cui giurisprudenza «s'impone» ai giudici nazionali. Tali conclusioni sono state riprese e confermate da Cass., sez. unite, 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, c. 158, con cui si è ammessa la possibilità di considerare il diritto all'equa riparazione come esistente nel sistema italiano sulla base della sola disposizione CEDU e indipendentemente dal successivo intervento della normativa nazionale, che con la legge Pinto si sarebbe limitata a specificare modalità di tutela di un diritto fondamentale già configurabile ai sensi della Convenzione. V. sull'argomento S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, p. 193 ss.; rileva, altresì, Corte EDU, 24 giugno 2004 (Parti: D. S. c. Gov. Italia), in *Foro it.*, 2004, c. 160: «Un decreto della corte d'appello italiana emesso in base alla legge Pinto (n. 89/2001 sull'equa riparazione per la durata non ragionevole del

In realtà, le eccessive lungaggini dello svolgimento dei processi avanti agli organi giudiziari italiani avevano determinato un grande numero di richieste di indennizzo presentate da parti che ritenevano lesa il loro diritto alla ragionevole durata del giudizio. Quanto esposto aveva inciso sul funzionamento della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo che aveva grosse difficoltà a smaltire i relativi carichi lavorativi. La legge Pinto doveva, dunque, porre riparo a quelle precedenti inadempienze dell'Italia, restituendo all'intervento della Corte europea il carattere suo proprio di sussidiarietà (e non di supplenza) rispetto all'intervento interno. Da ciò la perfetta "simmetria di contenuto della norma nazionale rispetto alla prescrizione comunitaria", nel senso che il meccanismo riparatorio introdotto dal legislatore italiano del 2001 mirava ad assicurare al ricorrente «una tutela analoga a quella che egli avrebbe ricevuto nel quadro della istanza internazionale»⁽¹⁸⁾.

processo), a decorrere dal 26 luglio 2004, non può più essere impugnato direttamente davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo, se alla stessa data del 26 luglio 2004, era ancora pendente il termine per la impugnazione dello stesso decreto, mediante notifica del ricorso *ex art.* 360 c.p.c., davanti alla Cassazione italiana; tale ricorso per cassazione diviene obbligatorio ai sensi dell'art. 35, 1° comma, della convenzione europea dei diritti dell'uomo, per poter adire la Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo». Più chiaramente, nota C. RECCHIA, *Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione*, Milano, 2006, p. 139, la Corte europea ha riconosciuto che la Cassazione fornisce ormai una effettiva tutela del cittadino, stante la piena ricezione dei principi elaborati a Strasburgo. Perciò non sarà più consentito ricorrere direttamente alla Corte di Strasburgo nel caso si ritenga una sentenza della Corte di appello non rispettosa dei principi della Convenzione. Sarà pertanto necessario esaurire le vie interne e impugnare il decreto davanti al giudice di legittimità. La Corte europea considera la data di pubblicazione delle quattro sentenze delle sezioni unite della Cassazione "26 luglio 2004", come un vero e proprio termine per la ricevibilità dei ricorsi diretti. Pertanto sono ricevibili i ricorsi avverso le decisioni delle Corti territoriali presentati prima di questa data e irricevibili i ricorsi presentati successivamente. Resta ferma, ovviamente, la possibilità di ricorrere alla Corte europea qualora non si ritenga di aver ricevuto adeguata tutela neanche dalla Corte di Cassazione.

⁽¹⁸⁾ V. Cass., 17 giugno 2004, n. 11350, in *Corr. trib.*, 2004, p. 2687; in *Bollettino*

È pacificamente riconosciuto che la disciplina introdotta con la legge Pinto per quanto attiene al diritto all'equa riparazione è applicabile a qualsiasi tipo di processo, sia esso civile⁽¹⁹⁾, penale⁽²⁰⁾ o amministrativo⁽²¹⁾.

Per quanto riguarda invece l'operatività della disciplina dell'equa riparazione nei giudizi in materia tributaria, essa, secondo il condiviso orientamento della Corte di Cassazione⁽²²⁾, è esclusa.

trib., 2004, p. 1675; in *Fisco*, 1, 2004, p. 4233, con nota di M. DE STEFANO; in *Foro it.*, 2004, c. 195.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., 8 ottobre 2004, n. 20086, in *Foro it.*, 2004, c. 191, per l'applicabilità alla procedura fallimentare; cfr. Cass., 30 novembre 2006, n. 25529, in *Foro it.*, 2007, c. 191, per l'applicabilità al giudizio di esecuzione forzata.

⁽²⁰⁾ V. Cass., 12 gennaio 2007, n. 569, in *Foro it.*, 2007, c. 212: «In tema di equa riparazione da irragionevole durata del processo penale, ai sensi della l. n. 89 del 2001, alla persona offesa dal reato in quanto tale non può essere direttamente e personalmente riconosciuto il relativo diritto se non a partire dal momento in cui essa abbia assunto la qualità di parte costituendosi parte civile nel procedimento, indipendentemente dalla precedente proposizione di querela o denuncia».

⁽²¹⁾ Cfr. Cass., 24 aprile 2003, n. 6519, in *Foro it.*, 2003, c. 180: «Anche nel caso di danni derivati dalla irragionevole durata del processo amministrativo, sorge il diritto all'equo indennizzo indipendentemente dalla situazione soggettiva oggetto di valutazione da parte del giudice amministrativo». Risulta altresì interessante sull'argomento Cass., 15 gennaio 2003, n. 521, in *Foro it.*, 2003, c. 140, la quale stabilisce che in caso di pregiudizialità tra giurisdizioni differenti, l'equa riparazione deve essere richiesta nei confronti dei legittimati passivi di ogni giurisdizione, nella misura in cui ogni singolo giudizio abbia contribuito all'eccessiva durata dei processi medesimi. Sicché non è possibile cumulare il ritardo di più procedimenti connessi e contestualmente pendenti dinanzi a giudici diversi, quali il giudice ordinario e il giudice amministrativo. Si consulti sull'argomento M. PACINI, *Eccessiva durata dei processi e «pregiudizialità amministrativa»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 911 ss.

⁽²²⁾ V. Cass., 4 aprile 2005, n. 21404, in *Foro it.*, 2005, c. 142 e Cass. 6 aprile 2006, n. 8035, in *Foro it.*, 2006, c. 136: «La disciplina dell'equa riparazione per mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quale introdotta dalla legge 24 marzo 2001, n. 89, art. 2 e ss., non è applicabile ai giudizi in materia tributaria involgenti la potestà impositiva dello Stato, stante l'estraneità e irriducibilità di tali vertenze al quadro di riferimento delle liti in materia civile, cui ha riguardo la citata

Sotto altro profilo, come rileva Raineri⁽²³⁾, l'esclusivo riferimento ai ritardi derivanti dall'esercizio della funzione giurisdizionale non consente di configurare un diritto all'equa riparazione per irragionevole durata di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, né di tenere conto, ai fini della determinazione della durata del processo, anche dei procedimenti di carattere meramente amministrativo, quantunque essi abbiano avuto ad oggetto la stessa pretesa poi fatta valere in via giurisdizionale⁽²⁴⁾.

3. — *Determinazione della ragionevole durata.*

Nell'ambito della convenienza economica di una lite, indubbiamente, la durata è una componente rilevante della controversia. Tuttavia, non si ravvisa, né sul piano normativo, né all'interno della giurisprudenza della Corte europea, alcuna norma avente ad oggetto la fissazione di un termine di durata media, oltre il quale il processo non avrebbe più un decorso temporale ragionevole⁽²⁵⁾. In definitiva

norma pattizia».

⁽²³⁾ L. RAINERI, *Il danno da ritardo nel processo*, in *I danni: verso quali prospettive?*, Atti del convegno di Catania, 23 e 24 novembre 2007, a cura di A. Cariola, A. Corsaro, G. D'Allura e F. Florio, Torino, 2008, p. 110.

⁽²⁴⁾ V. Cass., 6 ottobre 2006, n. 21567, in *Foro it.*, 2007, c. 166.

⁽²⁵⁾ Il concetto di tempo, ormai assodato nella filosofia della scienza, viene descritto come «ineluttabile e irreversibile successione di fatti». V. in tal senso F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 7; cfr. G. CAPOZZI, *L'individuo il tempo la storia*, Napoli, 2000, p. 27 ss. Che il tempo implichi una successione, può apparire addirittura scontato, articolandosi la temporalità nella sequenza di prima, adesso e dopo. Quanto al carattere della fattualità, esso riflette la convinzione che sia possibile cogliere la struttura del tempo solo se lo si rapporta ad una qualche forma di realtà. Tutto ciò vale *a fortiori* nel mondo del diritto che può essere visto empiricamente come un insieme di fatti cronologicamente connessi. Cfr. S. COTTA, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologia*, in AA.VV., *La responsabilità politi-*

necessiterebbe un parametro quantitativo da interpretare come idea guida e come misura di controllo. D'altra parte, l'esigenza di rispettare il generale criterio di ragionevolezza non è altro che un'esigenza di giustizia, utile alla migliore soluzione della causa.

Risulta di tutta evidenza che per 'ragionevole durata' si intende quasi sempre la durata massima che un processo deve avere e non anche la durata minima e, generalmente, si presuppone il senso di 'ragionevole durata' come breve. La giurisprudenza, in alcuni casi, tende a distinguere il 'termine ragionevole' dal 'tempo strettamente necessario per la trattazione della causa', il primo costituendo un valore da perseguire e attuare ai sensi della CEDU, ma non fino al punto di trasformarlo in una giustizia affrettata e sommaria, perché ciò renderebbe il processo non giusto, ai sensi dell'art. 111 Cost.⁽²⁶⁾.

ca. *Diritto e tempo*, a cura di R. Orecchia, Milano, 1982, p. 142 ss. *Amplius* G. CAPOZZI, *Temporalità e norma*, Napoli, 1996, pp. 280 ss., 315 ss., 383 ss.

Come sottolinea P. PERLINGERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, cit., p. 44, il necessario bilanciamento tra la 'ragionevole durata del processo' e 'la garanzia di tutela dei diritti fondamentali nel processo' implica «la razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo e, con essa, l'effettività della giurisdizione penale a fronte delle legittime aspettative della collettività di fronte al delitto»; in tal senso Cass., Sez. un., 1° febbraio 2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1372 ss., da cui emerge che «ogni fattispecie di indebita regressione costituisce un serio *vulnus* all'*ordo processus*, inteso come sequenza logico-cronologica coordinata di atti».

Quanto alla ragionevolezza, essa per Aristotele consiste nella capacità, conoscendo i dati, di ordinare i dati stessi ragionevolmente, in altri termini, nella capacità di attuare di volta in volta la giusta misura, il giusto mezzo. In senso assoluto il concetto di misura è base della giustizia. Cfr. sull'argomento F. ADORNO, T. GREGORY, V. VERRA, 1, Roma, 1974, pp. 146-147. Secondo D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2002, p. 278, il criterio che si avvicina di più alla ragionevolezza è la proporzionalità ragionevolmente intesa. «In realtà, a ben vedere, la ragionevolezza è un elemento pregiuridico che costituisce una condizione della stessa esistenza di un ordinamento giuridico, in quanto rende possibile la comunicazione pacifica tra le persone, di cui il diritto può considerarsi una delle forme. [...] È alla luce della ragionevolezza che debbono essere interpretati gli altri principi anche nei loro reciproci rapporti».

⁽²⁶⁾ In tal senso Cass., 5 novembre 2003, n. 16600, in *Foro it.*, 2003, c. 145 e Cass. 2 marzo 2004, n. 4207, in *Foro it.*, 2004, c. 234. Sull'argomento, per una questione

Di certo non si richiede efficienza a scapito delle garanzie: nella gerarchia dei valori costituzionali il dovere di garantire un processo rapido viene dopo il rispetto di diritti quali la libertà personale e il diritto alla difesa⁽²⁷⁾.

D'altra parte, la ragionevolezza è un connotato da valutarsi caso per caso, con riguardo a specifiche vicende processuali, posto che un processo può avere anche una durata in assoluto non breve, ma comunque ragionevole, in quanto giustificata dalla complessità dell'accertamento⁽²⁸⁾.

Sull'argomento rileva Cass., 3 febbraio 2004, n. 1921⁽²⁹⁾, la quale stabilisce che «Una volta individuato l'intero arco temporale del processo, occorre operare una selezione tra i segmenti temporali attribuibili alle parti e quelli riferibili all'operato del giudice, sottraendo i primi alla durata complessiva del procedimento. Ciò che risulta da tale sottrazione costituisce il tempo complessivo imputabile al giudice, inteso come apparato giudiziario e, cioè, come complesso organizzato di uomini, mezzi e procedure necessari all'espletamento del servizio, in relazione al quale dovrà essere emesso il giudizio inerente alla ragionevolezza o meno della durata del processo. Non tutto il tempo imputabile al giudice, nel senso appena precisato, può essere

di illegittimità costituzionale della normativa processuale in materia di termini per la chiamata di terzi in causa, alla luce dei recenti principi di celerità del processo, v. Corte cost., 15 luglio 2003, n. 251, in *Giur. cost.*, 2003, p. 4. Sulla materia v. altresì D. CARCANO, *Le due corti e il "giusto processo"*, cit., p. 448; cfr. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Cortina, 2000, p. 18 ss.; v. L. FILIPPI (a cura di), *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, Padova, 2006.

⁽²⁷⁾ Cfr. AA.VV., *I tempi della giustizia. Un progetto per la riduzione dei tempi dei processi civili e penali*, a cura di E. Paciotti, Bologna, 2006.

⁽²⁸⁾ A tale proposito si consulti Cass., 21 aprile 2006, n. 9411, in *Foro it.*, 2006, c. 174; in tal senso Cass., 19 gennaio 2005, n. 1094, in *Foro it.*, 2005, c. 290; di recente, in argomento, Cass., 9 aprile 2010, n. 8521, in *www.leggiditalia.it*.

⁽²⁹⁾ Cass., 3 febbraio 2004, n. 1921, in *Foro it.*, 2004, c. 216; v. altresì Cass., 30 marzo 2005, n. 6713, in *Giur. it.*, 2005, p. 1455; in *Dir. e giust.*, 2005, 17, p. 13.

però considerato come tempo eccedente la durata ragionevole. Ogni processo, infatti, anche il più celere, ha una durata fisiologica inevitabilmente collegata allo svolgimento delle varie fasi processuali, delle attività che vi si compiono e degli eventuali diversi gradi di giudizio in cui esso si è articolato. Affinché, nei singoli casi, i tempi possano essere considerati irragionevoli, non basta guardare al dato relativo alla durata complessiva del processo, ma è necessario verificare di volta in volta se le singole attività che sono state in esso compiute siano o no tali da giustificarne la concreta durata».

Ad ogni modo, si segnala che la durata ragionevole di un processo in primo grado è stata fissata dai giudici italiani ora in quattro⁽³⁰⁾, ora in tre anni⁽³¹⁾, fatta salva la valutazione della complessità del caso concreto.

Ad esempio, la Corte d'appello di Firenze, 29 settembre 2006⁽³²⁾ sostiene che la durata ragionevole del processo deve essere calcolata – di regola – in tre anni per il primo grado, in due per il secondo e in un anno per ciascuna fase successiva.

Secondo la Corte d'appello di Salerno, 3 maggio 2002⁽³³⁾, i tempi processuali ragionevoli non possono superare i sei anni complessivi.

Secondo la Corte d'appello di Catanzaro, 30 luglio 2001⁽³⁴⁾, un

⁽³⁰⁾ Cfr. App. Genova (decr.), 28 agosto 2001, in *Foro it.*, 2001, c. 113.

⁽³¹⁾ Cfr. App. Torino (decr.), 25 giugno 2001, in *Foro it.*, 2001, c. 105.

⁽³²⁾ App. Firenze, 29 settembre 2006, in *Foro it.*, 2007, c. 225. V. in tal senso Cass., 3 gennaio 2008, n. 14, in *Foro it.*, 2008, c. 13.

⁽³³⁾ App. Salerno, 3 maggio 2002, in *Arch. civ.*, 2003, p. 504; in *Foro it.*, 2003, c. 148.

⁽³⁴⁾ App. Catanzaro, 30 luglio 2001, in *Foro it.*, 2002, c. 234, con nota di M.G. Civinini: «Sussiste la responsabilità dello stato per violazione del diritto alla ragionevole durata di un processo civile allorquando i tempi abnormi dello stesso (nella specie, trent'anni) siano stati determinati dalla ripetuta violazione degli obblighi di diligenza

giudizio civile deve reputarsi di durata eccessiva, con conseguente violazione del diritto di cui all'art. 6 della CEDU, allorquando ecceda complessivamente i dieci anni.

In tale contesto, a mio modo di vedere, rileva la Corte d'appello di Brescia, 29 giugno 2001⁽³⁵⁾ secondo cui, ai fini dell'accertamento della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, deve farsi riferimento all'attività processuale effettivamente espletata. In altri termini, il tempo impiegato per la definizione del processo dovrebbe risultare rapportato all'attività svolta, pertanto il mero superamento di termini ordinatori non integrerebbe di per sé la violazione quando l'attività processuale venga compiuta in un termine comunque accettabile.

D'altra parte, come sostiene la Corte cost., 12 aprile 2005, n. 148⁽³⁶⁾, la ragionevole durata del processo «non è in altro modo definibile se non in funzione della ragionevolezza degli adempimenti che ne scandiscono il corso e ne determinano i tempi».

La c.d. legge Pinto con l'art. 2, comma 2⁽³⁷⁾, in realtà, demanda all'interprete l'onere di determinare il lasso di tempo massimo, superato il quale la durata del processo diviene irragionevole, desumen-

e puntuale applicazione della legge processuale da parte del giudice, il quale abbia omissso i necessari controlli sull'operato del consulente tecnico d'ufficio, in particolare non procedendo alla sua sostituzione a fronte di un'inerzia perdurante per anni, ed abbia disposto ripetuti rinvii delle udienze di trattazione e dell'udienza collegiale anche immotivatamente e per lunghi periodi (talvolta pari o superiori a un anno)».

⁽³⁵⁾ App. Brescia, 29 giugno 2001, in *Foro it.*, 2002, c. 228.

⁽³⁶⁾ Corte cost., 12 aprile 2005, n. 148, in *www.giurcost.org*. V. sull'argomento L. FILIPPI (a cura di), *Equo processo: normativa italiana ed europea*, cit.

⁽³⁷⁾ L'art. 2, comma 2, della legge 89 del 2001 stabilisce che «Nell'accertare la violazione il giudice considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione».

dolo dalla complessità del caso⁽³⁸⁾, dal comportamento del giudice⁽³⁹⁾,

⁽³⁸⁾ La complessità del caso, sostiene P. STRATOTI, *Legge Pinto e ragionevole durata del processo*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 250, deve essere valutata sia in punto di fatto che di diritto, anche se non è sempre agevole distinguere questi due elementi. Dal punto di vista del diritto, è necessario accertare quali e quante siano le questioni giuridiche da trattare; la loro complessità: la novità o la mancanza di precedenti, l'esistenza di un testo legislativo da applicare oscuro o contraddittorio sulla base del quale si sono formati orientamenti contrastanti, ecc. Dal punto di vista del fatto, è necessario vedere quante siano le parti concretamente coinvolte nel procedimento: se tutte le parti sono italiane, se si debba procedere a notifiche all'estero con traduzione degli atti, se debbano essere richieste rigorose, se i fatti siano contestati o meno e così via.

⁽³⁹⁾ Cfr. App. Genova, 29 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2003, p. 275; in *Giur. merito*, 2003, p. 18; in *Foro it.*, 2003, c. 129: «Ai fini della valutazione della 'ragionevole durata', rileva il comportamento del magistrato, cui il procedimento era assegnato, così come quello del capo dell'ufficio giudiziario, ma più in generale responsabilità può sussistere per ogni possibile difetto dell'organizzazione giudiziaria (vacanze prolungate di sedi, inadeguata distribuzione dei magistrati ecc.)». F. FURNARI, *Il risarcimento dei danni per la lentezza della giustizia*, Torino, 2005, p. 38 segnala che il comportamento negligente del giudice va generalmente inteso come negligenza dell'ufficio giudiziario, compresa la Cancelleria e gli Uffici Giudiziari; invece nei casi in cui si ricorre avverso il comportamento personale del giudice, esso ricade unicamente sulla personalità dello Stato che, conseguentemente, va condannato al risarcimento dei danni a favore del ricorrente con possibili riflessi sulla responsabilità del giudice anche sul piano disciplinare. In tema di illeciti disciplinari commessi da magistrati, rileva Cass., 1° ottobre 2007, n. 20602, in *Foro it.*, 2007, c. 185: «L'accertata trasgressione dei doveri di diligenza e di operosità, in alcun modo giustificata, non impone alla sezione disciplinare del Csm, quale giudice del merito, di spiegare altrimenti perché detta condotta comporti anche la perdita della fiducia e della considerazione di cui il magistrato deve godere, in quanto, una volta stabilito che il limitato numero dei provvedimenti adottati è segno univoco di mancanza di diligenza e di scarsa operosità, tale da superare i limiti della ragionevolezza, e che per tale condotta è da escludere ogni legittima esimente, la lesione del prestigio dell'ordine giudiziario è intrinseca, essendo *in re ipsa* la perdita della fiducia ed il discredito per il magistrato negligente (fattispecie in cui l'incolpazione consisteva nell'aver il magistrato redatto un numero di sentenze inadeguato rispetto alla media annua dei colleghi della medesima sezione nell'arco di tre anni e mezzo e la sezione disciplinare aveva accertato che la scarsa laboriosità del magistrato non trovava giustificazione né nelle sue condizioni di salute, né nell'applicazione per periodi limitati al settore penale del medesimo tribunale, né nella complessità delle controversie decise, né nel fatto che il magistrato fosse stato in grado di compensare la minore sua produzione giudiziale con la eliminazione in altro modo di un adeguato

e delle parti⁽⁴⁰⁾, nonché di ogni altra autorità⁽⁴¹⁾ chiamata a concor-

numero delle pendenze del suo ruolo mediante le soluzioni alternative della estinzione dei processi e della conciliazione delle controversie)».

⁽⁴⁰⁾ Cfr. App. Cagliari, 9 maggio 2003, in *Riv. giur. sarda*, 2005, p. 297 e in *Foro it.*, 2005, c. 186: «Perché possa vantare un diritto alla riparazione del danno da irragionevole durata del processo, la parte deve collaborare fattivamente con l'amministrazione della giustizia e fare ricorso a tutti gli strumenti offerti dall'ordinamento per accelerare la procedura; conseguentemente, chi abbia ritenuto di non far ricorso agli strumenti offerti dall'ordinamento per accelerare il ricorso del processo, non può poi porre a fondamento del diritto anzidetto il ritardo che il mancato utilizzo di tali strumenti abbia determinato nel processo». Rileva altresì sull'argomento Cass., 13 aprile 2006, n. 8716, in *Foro it.*, 2007, c. 234, che esclude il danno se le parti provocano la stasi del procedimento per coltivare la prospettiva, poi concretizzatasi, della definizione in sede stragiudiziale. Per quanto attiene alle vicende che riguardano le condotte abusive nel processo civile o comunque le anomalie in termini di durata ad esso connesse, v. art. 96 c.p.c. che prevede la risarcibilità del danno da lite temeraria. Per il caso in cui la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo di una parte sia stata provocata dall'abusiva condotta processuale della controparte, si consulti Corte d'appello di Firenze, 5 maggio 2006, n. 1010, in *Foro toscano*, 2007, c. 17 e Trib. Milano, 22 marzo 2006, n. 3662, in *Corr. merito*, 2006, p. 1263.

In realtà, il comportamento delle parti nel processo può essere fonte di lentezza, quando esse ad arte ritardano gli atti (ad es. nel processo civile non comparendo all'udienza onde provocare il rinvio ex art. 309 c.p.c.). Si segnala che la Corte d'appello di Messina, decr. 19 giugno 2001, in *Guida al diritto*, 2001, p. 43, ha negato il risarcimento, in relazione alla durata non ragionevole del processo, in quanto tale durata è stata automaticamente imputata all'inerzia delle parti. In realtà tale orientamento si discosta dalla giurisprudenza di Strasburgo che in ogni caso, per il processo civile non dispensa il giudice dall'obbligo di assicurare il rispetto dei limiti di durata prescritti dall'art. 6, par. 1, CEDU. Infatti in base all'art. 175 c.p.c. il magistrato deve esercitare tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento. Cfr. P. STRATOTI, *Legge Pinto e ragionevole durata*, cit., pp. 251-252; si consulti altresì Corte EDU, 20 febbraio 1991 (Vernillo c. Francia), in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 334 e Corte EDU, 8 febbraio 1996 (Commissione c. Danimarca), in *Danno e resp.*, 1999, p. 184.

⁽⁴¹⁾ L'ultima parte dell'art. 2, comma 2 della legge Pinto prevede la responsabilità degli altri organi dello Stato che abbiano concorso o contribuito alla lentezza del procedimento. Tale criterio (comportamento delle autorità competenti) investe il comportamento degli organi dello Stato. Corte EDU, 2 agosto 2005 (Quattara c. Francia), in *www.echr.coe.int*, pur dando atto di una certa complessità dell'affare a causa dell'esplicitamento di pratiche di cooperazione internazionale, ha accertato che il ricorrente

rervi e comunque a contribuire alla sua definizione. Chiaramente la complessità di un giudizio per divisione ereditaria importa una diversa valutazione del termine ragionevole rispetto alla semplicità di una causa di sfratto per finita locazione. Così la Corte di giustizia delle Comunità europee, 25 gennaio 2007, n. 403/04 P, 405/04 P⁽⁴²⁾ ha stabilito che «Il carattere ragionevole del termine è valutato alla luce delle circostanze proprie di ciascun caso di specie e, in particolare, alla luce della posta in gioco nella controversia per l'interessato, della complessità del caso in esame, nonché del comportamento del ricorrente e di quello delle autorità competenti; a questo proposito, l'elencazione dei detti criteri non è esaustiva e la valutazione del carattere ragionevole del termine non richiede un esame sistematico delle circostanze della causa alla luce di ciascuno di tali criteri quando la durata del procedimento risulti giustificata alla stregua di uno solo

con il suo comportamento non aveva contribuito all'allungamento della procedura, mentre più periodi di inattività erano imputabili alle Autorità nazionali. Cfr. Cass., 10 gennaio 2005, n. 297, in *Giur. it.*, 2005, p. 1721 e Cass., 17 gennaio 2006, n. 789, in *Foro it.*, 2006, c. 146.

In riferimento alle 'altre autorità' il cui comportamento concorre o comunque può contribuire alla definizione del processo in un tempo ragionevole, P. STRATOTI, *Legge Pinto e ragionevole durata*, cit., c. 254 rileva come tale nozione sia abbastanza eterogenea, includendo in tale ambito cancellieri, consulenti tecnici, copisti giudiziari, insomma tutti i componenti degli uffici giudiziari. Cfr. Cass., 18 luglio 2005, n. 15143, in *Foro it.* 2005, c. 183: «In tema di equa riparazione per la violazione del termine ragionevole di durata del processo ai sensi della l. 24 marzo 2001, n. 89, i ritardi dovuti a rinvii delle udienze causati dall'astensione degli avvocati non sono attribuibili a "violazioni di sistema", per cui non possono essere ascritti a disfunzioni dell'organizzazione giudiziaria, essendo imputabili a fattori a questa esterni ed estranei. Mentre la durata dei singoli rinvii, benché resi necessari dalle esigenze difensive degli imputati, deve essere sempre valutata ai fini di stabilire l'incidenza della durata dei rinvii stessi nell'economia dell'intero procedimento».

⁽⁴²⁾ Corte di giustizia delle Comunità europee, 25 gennaio 2007, n. 403/04 P, 405/04 P (Parti: Sumitomo Metal Industries Ltd. c. Commiss. Ce), in *Foro it.*, 2008, c. 246. In tal senso Corte giustizia Comunità europee, 2 ottobre 2003, n. 196/99 P, in *Foro it.*, 2005, c. 1620 (Parti: Siderúrgica Aristrain Madrid S L c. Commiss. Ce).

di essi». Alla luce di quanto esposto, «La complessità di una causa, caratterizzata dalla proposizione di numerosi ricorsi in diverse lingue processuali, che hanno dovuto essere esaminati in parallelo e hanno richiesto un'istruttoria approfondita, può essere considerata una valida giustificazione di un termine a prima vista troppo lungo».

Il momento iniziale in cui comincia a decorrere il termine di durata di un processo è stato ritenuto dalla giurisprudenza nella data di notifica della citazione nel processo civile⁽⁴³⁾ o di notifica del ricorso nel processo amministrativo⁽⁴⁴⁾ o tributario, mentre nel processo penale è stato individuato nella notifica da parte dell'organo competente della contestazione di un fatto costituente reato (es. atto di arresto, informazione di garanzia, ecc.)⁽⁴⁵⁾. La Cass., 15 settembre 2005, n. 18266⁽⁴⁶⁾ ha stabilito che non si può in via generale escludere la fase delle indagini preliminari del processo penale dall'ambito di tutela predisposto dalla legge Pinto. In effetti è stato specificato che la nozione di causa o di processo si identifica con qualsiasi procedimento si svolga dinanzi agli organi pubblici di giustizia; di conseguenza, anche la fase delle indagini preliminari che precedono il vero e proprio esercizio dell'azione penale, se protrattesi irragionevolmente nel tempo, assume rilievo ai fini della determinazione dell'equa riparazione⁽⁴⁷⁾.

In definitiva, come correttamente nota Culot⁽⁴⁸⁾, in particolare nella giurisprudenza dei giudici europei, sono considerati irragione-

⁽⁴³⁾ Cfr. Corte EDU, 19 febbraio 1991 (caso Santilli), in *www.echr.coe.int*; già nel 1987, con la sentenza 26 giugno 1987 (caso Capuano), in *www.echr.coe.int*, la Corte europea aveva giudicato irragionevole la durata di un processo non ancora definito dopo dieci anni e quattro mesi dal suo inizio.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass., 23 dicembre 2005, n. 28507, cit. (v. nt. 17).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Corte EDU, 10 dicembre 1982 (Foti e a. c. Italia), in *www.echr.coe.int*.

⁽⁴⁶⁾ Cass., 15 settembre 2005, n. 18266, in *Foro it.*, 2005, c. 159.

⁽⁴⁷⁾ Si consulti sull'argomento F. FURNARI, *Il risarcimento dei danni*, cit., p. 42 e P. STRATOTI, *Legge Pinto e ragionevole durata*, cit., p. 246 ss.

⁽⁴⁸⁾ D. CULOT, *Separazione e divorzio in appello*, Milano, 2002, p. 449.

voli i c.d. ‘tempi morti’, i lunghi intervalli fra un’udienza e l’altra che non trovano giustificazione in oggettive esigenze giudiziarie.

4. — *Danno provocato e sua riparazione.*

La legge Pinto, all’art. 2⁽⁴⁹⁾, ha previsto la riparazione del danno

⁽⁴⁹⁾ Art. 2, comma 3, legge Pinto: «Il giudice determina la riparazione a norma dell’art. 2056 del codice civile, osservando le disposizioni seguenti: a) rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1; b) il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell’avvenuta violazione». In realtà l’art. 2 della legge Pinto prevede che il giudice accerti il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole, in ciò valutando quale avrebbe dovuto essere il tempo necessario in relazione all’oggetto della causa, onde detrarre gli anni ritenuti necessari e che il danno non patrimoniale venga riparato, oltre che con il pagamento di una somma di danaro, anche con adeguate forme di pubblicità. Quest’ultima disposizione, come sottolinea F. FURNARI, *Il risarcimento dei danni*, cit., 41, non ha trovato pratica applicazione, non avendo alcun interesse il danneggiato a richiedere tale forma di risarcimento.

L’art. 2 della legge Pinto, come nota R. MARTINO, *Sul diritto all’equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1077, parla sì di un «diritto», ma non al risarcimento dei danni, bensì ad una «equa riparazione». Ancora l’art. 3, comma 7 della medesima legge parla di «indennizzi», statuendo, per di più, che la loro erogazione avvenga «nei limiti delle risorse disponibili». Si segnala che la Suprema Corte si riferisce il più delle volte alla riparazione per la violazione della durata ragionevole del processo in termini di ‘indennizzo’: v. in tal senso Cass., 17 febbraio 2003, n. 2382, in *Danno e resp.*, 2003, p. 857; Cass., 3 gennaio 2008, n. 14, cit., (v. nt. 32); Cass., 7 febbraio 2008, n. 2983, in *Foro it.*, 2008, n. 18; Cass. (ord.), 14 febbraio 2008, n. 3716, in *Foro it.*, 2008, c. 21; Cass., 21 gennaio 2009, n. 1575 e Cass., 21 gennaio 2009, n. 1557, entrambe in *www.leggiditalia.it*. Tuttavia, come sottolinea R. MARTINO, *Sul diritto all’equa riparazione*, cit., p. 1077, lo stesso art. 2 della legge Pinto offre diversi elementi che consentono di affermare che ci troviamo di fronte ad un vero e proprio diritto di natura risarcitoria, il quale ha ad oggetto l’integrale ristoro dei danni subiti dagli utenti della giustizia in conseguenza della violazione del termine ragionevole. Infatti il disposto dell’art. 2, comma 3, risulta chiaro nel disporre che il giudice determina la riparazione «a norma dell’art. 2056 c.c.», il quale fornisce un contenuto risarcitorio all’obbligazione dello Stato verso le

patrimoniale e non patrimoniale patito per l'eccessiva durata del giudizio.

Dalla violazione del diritto ad un processo svolto in tempi ragionevoli possono infatti discendere sia un danno patrimoniale⁽⁵⁰⁾, che andrà provato dalla vittima, ferma restando la possibilità anche di una sua valutazione equitativa, ex art. 2056 c.c., sia un danno morale⁽⁵¹⁾, inteso come ansia e turbamento derivanti dall'irragionevole lungaggine del procedimento, sia un danno esistenziale⁽⁵²⁾, in termini

parti lese. Si consulti sull'argomento V. LOCCISANO, *Equa riparazione per irragionevole durata del giudizio*, cit., p. 255.

⁽⁵⁰⁾ Il codice civile prevede per i danni patrimoniali una regola di generale risarcibilità (art. 2043 c.c.) condizionata dall'ingiustizia del danno e dunque da criteri di selezione delle ipotesi meritevoli di tutela. Cfr. V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007. In realtà l'art. 2043 c.c. fissa i principi informatori della responsabilità civile ai quali il giudice deve informarsi. Principi che possono riassumersi nella necessaria ricorrenza al fine del riconoscimento della responsabilità risarcitoria, dell'ingiustizia del danno, del nesso causale tra questo e l'azione, dell'elemento psicologico doloso o colposo a sostegno dell'azione. Elementi tutti la cui prova è posta a carico di chi esercita la pretesa risarcitoria secondo l'ordinario canone di cui all'art. 2697 c.c.

Il danno patrimoniale è un danno conseguenza, costituito da un insieme di danno emergente e di lucro cessante, basato su quanto emerge dal fatto illecito, nel nostro caso causato dalla durata non ragionevole del processo (per esempio distruzione dell'azienda in caso di durata ingiustificata della procedura fallimentare) e dalla ripercussione sul guadagno del danneggiato per la incidenza sulle conseguenze temporanee o permanenti derivate e in definitiva sulla vita del danneggiato. V. sull'argomento F. FURNARI, *Il risarcimento dei danni*, cit., p. 68.

⁽⁵¹⁾ Il danno morale anch'esso un danno conseguenza, richiede quale presupposto un turbamento psicologico dell'uomo, con una alterazione di carattere permanente ed irreversibile. È appena il caso di rilevare che anche le persone giuridiche possono subire danni non patrimoniali "a causa dei disagi e dei turbamenti di carattere psicologico che la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo solitamente provoca alle persone preposte alla gestione dell'ente o ai suoi membri": v. Cass., 18 febbraio 2005, n. 3396, in *Foro it.*, 2005, c. 266 e Cass. 3 agosto 2005, n. 17500, in *Foro it.*, c. 268.

⁽⁵²⁾ Si tratta di un danno da sconforto psichico, che a volte incide sulle modalità di esistenza dell'uomo e sul suo sviluppo economico. Cfr. F. FURNARI, *Il risarcimento dei*

di diminuzione della qualità della vita. La lentezza eccessiva di una causa può provocare nel cittadino anche un danno biologico⁽⁵³⁾, inte-

danni, cit., p. 69. In questo caso ci troviamo di fronte ad una terza tipologia di danno non patrimoniale, il c.d. danno esistenziale, che consiste in “situazioni soggettive di carattere psico-fisico non riconducibili né al danno morale soggettivo, né al danno biologico”; cfr. Cass. 12 giugno, 2006, n. 13546, in *Resp. civ.*, 2007, p. 220; Cass., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 17, ha identificato il danno esistenziale in «ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare aredduale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all’espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno». Il danno esistenziale, quindi, si distingue dal danno morale in quanto non consiste in “mere sofferenze” che rimangono nella sfera interiore del soggetto leso, ma deve aver determinato “concreti mutamenti in senso peggiorativo nella qualità della vita”; mentre diversifica dal danno biologico poiché, a differenza di questo, rimane integrato a prescindere dalla accertabilità in senso medico legale. Cfr. F. MALAGESI, in *www.overlex.com*.

La differenza intercorrente tra danno esistenziale, danno biologico e danno morale è stata di recente affermata da Cass. 6 febbraio 2007, n. 2546, in *Foro it.*, 2007, c. 241; v. altresì, sulla differenza tra danno morale e danno esistenziale, App. Perugia, 15 dicembre 2004, in *Foro it.*, 2005, c. 244 : «Mentre il danno morale si identifica con il transeunte turbamento dello stato d’animo della vittima, quello esistenziale attiene al forzato mutamento delle abitudini di vita». Il danno esistenziale, secondo P. CIANNI, *Risarcimento del danno non patrimoniale alla persona*, in *Il civilista*, aprile 2008, non è altro che un mancato guadagno non patrimoniale, ex art. 1223 c.c., oppure se si preferisce, un mancato guadagno esistenziale (ossia una rinuncia forzata ad attività realizzatrici della persona umana in termini esistenziali e di qualità della vita).

⁽⁵³⁾ La sentenza n. 184 del 14 luglio del 1986 della Corte costituzionale, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053, ha definito il danno biologico un ‘danno evento’, in quanto interno al fatto illecito, mentre ha definito ‘danni conseguenze’ in quanto accadimenti esterni, il patrimoniale e il morale. Tale sentenza ha introdotto la figura del danno biologico come danno alla salute (fondato sull’art. 32 Cost., che riconosce la salute come diritto dell’uomo), risarcibile ex art. 2043 c.c. V. altresì sull’argomento Cass., 11 marzo 2006, n. 5386, in *Foro it.*, 2006, c. 244: «Deriva come ‘conseguenza normale’ il danno non patrimoniale indennizzabile ai sensi della medesima l. n. 89 del 2001, nel senso che il danno in questione, ancorché presunto, è pur sempre un ‘danno conseguenza’ (del quale è quindi possibile con prova a contrario, dimostrare la non ricorrenza in concreto nel caso di specie) e non già un ‘danno evento’, riconducibile al fatto in sé della irragionevole protrazione del processo (nella specie la corte ha respinto il ricorso avverso il denegato accoglimento della domanda indennitaria, fondato sul rilievo che la parte si era astenuta dal fornire qualsiasi indicazione sulla natura e sull’entità

so come lesione della sua integrità psico-fisica, indipendente dal suo reddito, che varia solo in rapporto all'età.

Vi è stato chi ⁽⁵⁴⁾ ha notato che la figura del danno esistenziale sia emersa in risposta alla necessità di riconoscere ristoro, in via risarcitoria, anche qualora la lesione causata dall'illecito non fosse inerente al bene salute, ma a beni appartenenti in senso lato alla sfera soggettiva della persona, lesioni della possibilità di vivere una vita sociale e relazionale completa nelle sue più ampie manifestazioni.

Sull'argomento rileva Cass., 9 novembre 2006, n. 23918 ⁽⁵⁵⁾, la quale osserva che, una volta liquidato dal Giudice di merito il danno biologico e quello morale soggettivo nelle sue varie componenti, non sia possibile una duplicazione risarcitoria della stessa voce di danno, sotto la generica categoria del danno esistenziale. Non è mancato chi ⁽⁵⁶⁾ abbia sottolineato come tale affermazione trovi le sue radici nella diversità esistente tra l'art. 2043 e l'art. 2059 c.c., in quanto il primo evoca l'ingiustizia del danno e comporta una atipicità dell'illecito, mentre uguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile, dal momento che la struttura dell'art. 2059 c.c. ne limita il risarcimento ai soli casi previsti dalla legge.

La Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 4712 del 25 febbraio 2008 ⁽⁵⁷⁾, ha rimesso al primo presidente gli atti del proce-

del danno lamentato)». Cfr. M. MONNINI, *La corte d'appello di Firenze si pronuncia in tema di prova e quantificazione del danno risarcibile ex art. 96 c.p.c.: un "giusto monito" per l'avvocatura ed un idoneo strumento deflativo del "contenzioso temerario"?*, in *Foro toscano*, 2007, p. 23.

⁽⁵⁴⁾ G. GLIATTA, *Il danno esistenziale, origini, funzione, voci contrarie e recenti riconferme*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 462.

⁽⁵⁵⁾ Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Resp. civ.*, 2007, p. 276.

⁽⁵⁶⁾ P. CIANNI, *Risarcimento del danno non patrimoniale*, cit.

⁽⁵⁷⁾ Cass., 25 febbraio 2008, n. 4712 (ordinanza interlocutoria), in *Foro it.*, 2008, c. 16: «Vanno rimessi al primo presidente della corte di cassazione, affinché valuti l'opportunità dell'assegnazione alle sezioni unite, gli atti del procedimento sulle questioni

dimento per la eventuale assegnazione della causa alle sezioni unite, sussistendo un forte contrasto giurisprudenziale in seno alle sezioni semplici della stessa Suprema Corte circa la configurabilità e la risarcibilità del danno esistenziale come terza sottocategoria autonoma, ossia distinta dal danno biologico e dal danno morale nell'ambito del danno non patrimoniale. Ora con Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 ⁽⁵⁸⁾, si è osservato che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente denominate. In particolare, ai fini dell'art. 2059 c.c., non può

riguardanti l'individuazione, ai fini della risarcibilità del danno esistenziale, di una tavola di valori/interessi costituzionalmente garantiti, nonché l'autonoma risarcibilità di un danno esistenziale da lesione del diritto alla salute di tipo non biologico [...]. Cfr. M. FRANZONI, *Prove di assetto per il danno non patrimoniale: alcune suggestioni*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 626: «Sono occorsi 14 punti per descrivere lo stato di fatto del danno esistenziale attraverso la sua storia; 8 ulteriori punti per porre quesiti alle Sezioni unite, infine 9 punti per chiedere alle medesime Sezioni unite di confermare o eventualmente modificare assunti che paiono abbastanza pacifici. [...] L'idea che si riceve dalla lettura di questa precisa e meditata ordinanza interlocutoria è che l'intero settore del danno alla persona debba essere ridefinito dopo l'intervento del 2003, confermato dalla Corte costituzionale». Con tale assunto tale autore si riferisce alle sentenze 8827 e 8828 del 2003 (confermate dalla Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, tutte in *Corr. giur.*, 2003, p. 1017), che prendono atto della progressiva evoluzione della tutela riconosciuta, sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, al danno non patrimoniale, «nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica. [...] Non sembra tuttavia proficuo ritagliare all'interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo: ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059, è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguono pregiudizi non suscettivi di valutazione economica». Come sottolinea sempre M. FRANZONI, *Prove di assetto per il danno non patrimoniale*, cit., p. 628, nonostante il profondo cambiamento apportato dalle sentenze del 2003, «il diverso modo di intendere le *parole* (danno esistenziale, danno morale, danno biologico relazionale) ha fatto perdere di vista che il mutamento era intervenuto nelle cose: il diritto vivente era cambiato».

⁽⁵⁸⁾ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *www.altalex.com*; v. sull'argomento M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 5 ss.

farsi riferimento a una generica sottocategoria denominata ‘danno esistenziale’, perché attraverso questa si finisce per portare il danno non patrimoniale nella atipicità, sia pure attraverso l’individuazione della apparente figura categoriale del danno esistenziale. Pertanto sarà compito del giudice accertare la effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore ‘uomo’ si siano verificate e provvedendo alla loro riparazione.

Ritornando all’esame della legge Pinto, si rileva che l’art. 2, comma 3, con la espressa indicazione dell’art. 2056 c.c., richiama gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., stabilendo che il giudice deve valutare il lucro cessante con equo apprezzamento delle circostanze del caso, cioè è tenuto a liquidare anche il danno non patrimoniale presuntivamente ed equitativamente nei casi in cui la esatta determinazione non può essere effettuata. Infatti l’art. 1223 c.c. prevede come danno la perdita subita dal danneggiato per il ritardo e il suo mancato guadagno, sicché il giudice deve tenere conto di tali elementi al fine di stabilire la loro incidenza sull’ammontare del danno da liquidare. L’art. 1226 c.c. prevede che il danno, quando non possa essere provato nel suo preciso ammontare, vada liquidato equitativamente. Tale caso nel procedimento della legge Pinto è costantemente ricorrente nella determinazione dei danni morali, non essendo nel potere della parte di provare l’ammontare del danno causato dall’ansia di attesa della definizione della sua causa. L’art. 1227 c.c. prevede il concorso della colpa del danneggiato, sicché, se la parte del giudizio ha concorso alla sua lentezza, tale elemento deve essere valutato ai fini della riduzione dell’ammontare del danno.

Per i criteri in punto di liquidazione, in concreto, del danno non patrimoniale rileva Cass., 23 aprile 2005, n. 8568⁽⁵⁹⁾, secondo cui «In

⁽⁵⁹⁾ Cass., 23 aprile 2005, n. 8568, in *Foro it.*, 2005, c. 277; v. altresì Cass., 26 genna-

tema di equa riparazione conseguente alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, la valutazione equitativa dell'indennizzo a titolo di danno non patrimoniale è soggetta, per specifico rinvio contenuto nell'art. 2, l. 24 marzo 2001, n. 89 all'art. 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, al rispetto della convenzione medesima, nell'interpretazione giurisprudenziale resa dalla Corte di Strasburgo, e dunque, per quanto possibile, deve conformarsi alle liquidazioni effettuate in casi simili dalla predetta Corte europea, la quale (con decisioni recentemente adottate a carico dell'Italia il 10 novembre 2004⁽⁶⁰⁾ ha individuato nell'importo compreso fra euro mille ed euro millecinquecento per anno la base di partenza per la quantificazione di tale indennizzo; la precettività, per il giudice nazionale, di tale indirizzo non concerne tuttavia anche il profilo relativo al moltiplicatore

io 2006, n. 1630, in *Foro it.*, 2006, c. 8. Anche Cass., 3 gennaio 2008, n. 14, cit. (v. nota n. 32) sostiene che ai fini dell'indennizzo del danno non deve aversi riguardo ad ogni anno di durata del processo presupposto, ma soltanto al periodo eccedente il termine di ragionevole durata.

⁽⁶⁰⁾ Più decisioni della Corte europea, emesse a carico dell'Italia in data 10 novembre 2004, hanno affermato che il termine, da prendere in considerazione ai fini della liquidazione dell'indennizzo per la eccessiva durata del processo, è quello della intera durata del procedimento. V. per esempio Corte EDU, 10 novembre 2004, in *Foro it.*, 2004, c. 171 e in *Fisco*, 2004, c. 7525: «Il giudice nazionale nel quadro della legge Pinto n. 89/2001, quanto al termine ragionevole di durata dei processi, deve valutare quale prima base di calcolo, l'entità del risarcimento del danno non patrimoniale in ragione di mille/millecinquecento euro per ciascun anno di durata della procedura, nel suo complesso e non isolatamente per anno di ritardo ed a prescindere dall'esito della lite per la parte (sia che essa avesse perso o vinto o conciliato la lite davanti ai giudici nazionali); la risultante di questo primo calcolo costituisce la base di partenza della valutazione e può subire un ulteriore aumento o diminuzione in relazione alla peculiarità della materia oggetto del contendere, del numero dei gradi di giudizio, del comportamento processuale della parte ricorrente; una ulteriore decurtazione del trenta per cento può effettuarsi in conseguenza della facilità (per il ricorrente) della procedura di cui alla legge Pinto; tutte le somme liquidate a titolo di equa riparazione devono essere al netto di ogni imposta».

di detta base di calcolo: mentre, infatti, per la Corte europea per i diritti dell'uomo l'importo come sopra quantificato va moltiplicato per ogni anno di durata del procedimento (e non per ogni anno di ritardo), per il giudice nazionale è, sul punto, vincolante il 3° comma, lett. a), dell'art. 2, l. n. 89 del 2001, ai sensi del quale è influente solo il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole; detta diversità di calcolo, peraltro, non tocca la complessiva attitudine della citata l. n. 89 del 2001 ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo, e, dunque, non autorizza dubbi sulla compatibilità di tale norma con gli impegni internazionali assunti dalla repubblica italiana mediante la ratifica della convenzione europea e con il pieno riconoscimento, anche a livello costituzionale, del canone di cui all'art. 6, par. 1, della convenzione medesima (art. 111, 2° comma Cost., nel testo fissato dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2)». In definitiva, come sottolinea Venturelli⁽⁶¹⁾, l'art. 6 della Convenzione riconosce il diritto a un processo equo ed enuncia le caratteristiche che questo deve possedere per essere tale e, conseguentemente, le modalità delle sue possibili violazioni; non disciplina certo le conseguenze delle violazioni e le modalità della loro riparazione. Atteso quanto precede, deve necessariamente ritenersi che il diverso parametro di calcolo dell'equa riparazione introdotto dalla Corte europea produce il solo effetto di aprire alla vittima della violazione la via sussidiaria dell'applicabilità dell'art. 41 della Convenzione sull'equa soddisfazione, il quale dispone che «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso,

⁽⁶¹⁾ A. VENTURELLI, *Danno da irragionevole durata del processo: continua la deriva indennitaria del rimedio ex lege Pinto*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 861 ss.

una equa soddisfazione alla parte lesa»⁽⁶²⁾.

Da quanto finora esposto, appare evidente che la storia del danno alla persona⁽⁶³⁾ è caratterizzata da costante conflitto tra orientamenti espansivi e tendenze restrittive, nell'esigenza di evitare sovrapposizioni o cumuli tra risarcimenti che si determinano, in modo particolare, quando le voci del danno non patrimoniale si frazionano in diverse figure.

In tale contesto, le pronunce sia delle Corti d'appello che della Suprema Corte non sembrano potersi sottrarre a giudizi critici. A tale proposito è apparso utile, per esempio, esaminare due posizioni giurisprudenziali differenti di fronte ad altrettanti casi concreti, per certi aspetti, simili.

Nella prima vicenda processuale⁽⁶⁴⁾ la domanda di equa riparazione era stata proposta da persona sottoposta a procedimento penale per due reati nel 1994 e assolta irrevocabilmente nel 2000, perché il fatto non era più previsto dalla legge come reato per una imputazione e, per intervenuta prescrizione, per l'altra. La Corte d'appello competente *ex art. 11 c.p.p.* aveva rigettato la domanda, osservando come dalla durata irragionevole del processo l'interessato non avesse subito alcun danno e, anzi, avesse beneficiato dell'estinzione del reato per prescrizione dell'imputazione più grave, cioè quella di emissione di fatture false. Prescrizione alla quale il ricorrente non aveva rinunciato,

⁽⁶²⁾ In tema di rapporti ed eventuale contrasto tra normativa convenzionale e legislazione nazionale, v. Cass., 10 settembre 2003, n. 13211, in *Ced Cassazione* e Cass., 5 novembre 2003, n. 16600, in *Foro it.*, 2003, c. 285.

⁽⁶³⁾ Secondo M. PORTIGLIATTI-BARBOS, *Danno alla persona*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 1960, p. 150, per danno (da *demere*: menomare, togliere, privare) alla persona si intende la conseguenza di ogni modificazione peggiorativa (sia essa estrinseca o intrinseca, generale o localizzata, temporanea o permanente) che turbi la integrità anatomica o funzionale dell'individuo, considerato come entità somatica e psichica.

⁽⁶⁴⁾ V. Cass., 5 novembre 2002, n. 15449, in *Foro it.*, 2002, c. 185 (tra l'altro segnalata da A. DIDONE, *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 198).

optando per una assoluzione piena. La Cassazione, nell'annullare il decreto della Corte d'appello, ha ritenuto invece che il semplice fatto che tale ritardo abbia prodotto la prescrizione del reato ascritto al ricorrente, non ha escluso la sussistenza del danno, sia patrimoniale che non patrimoniale, derivato dal mancato rispetto del termine ragionevole, di cui all'art. 2, comma 1 della legge Pinto. Secondo la Suprema Corte occorre, invece, «apprezzare se l'effetto estintivo della prescrizione stessa sia intervenuto o meno a seguito dell'utilizzo di tecniche dilatorie o di strategie sconfinanti nell'abuso del diritto di difesa, ben potendo un effetto del genere prodursi, in tutto o almeno in parte (e, in questa seconda ipotesi, con valenza preponderante), indipendentemente da simili tecniche e da tali strategie, ovvero a prescindere dalla reale volontà del sottoposto al procedimento penale e ad autorità precedenti, senza che, del resto, in quest'ultimo caso, possano ritenersi di per sé in grado di elidere completamente il danno, né la mancata rinuncia alla prescrizione a opera dell'imputato né la certezza, eventualmente acquisita da parte di quest'ultimo, circa la sopravvenienza della prescrizione stessa»⁽⁶⁵⁾. La Suprema Corte nel caso esaminato

⁽⁶⁵⁾ In tal senso Cass., 19 dicembre 2002, n. 18130, in *Foro it.*, 2002, c. 221, con nota di R. BARBANERA, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 197 ss.: «Ai fini del diritto all'equa riparazione di cui alla l. 24 marzo 2001 n. 89, il danno non patrimoniale che il soggetto lamenti per la durata irragionevole del processo penale in cui egli era imputato, se può sostanziarsi nello stato d'ansia e di turbamento, deve nondimeno essere provato nella sua esistenza ed ammontare dal richiedente, posto che l'irragionevole durata del processo, non violando un diritto fondamentale della persona, non costituisce danno evento di per sé risarcibile». In tale caso il ricorrente esponeva di aver subito un processo penale per truffa durato oltre cinque anni e conclusosi con una pronuncia di non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato; lamentava che la durata del procedimento non era ragionevole alla luce della semplicità del giudizio e chiedeva, pertanto, alla Corte d'appello la condanna del Ministero della Giustizia al pagamento di una equa riparazione, ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89. La Corte respingeva la domanda, in via di principalità perché essendosi concluso il processo con una pronuncia di prescrizione del reato, non era ravvisabile un danno per l'imputato, avendo questi tratto dalla durata del giudizio un indubitabile

salvava le ordinarie regole *ex art. 2697 c.c.* che disciplinano l'onere della prova in ordine all'*an* e al *quantum* del danno non patrimoniale.

A confronto, rileva sull'argomento un caso molto vicino (perché si riferisce comunque a soggetto sottoposto a procedimento penale) a quello dianzi esaminato, gestito però sia dalla Corte d'appello competente che dalla Suprema Corte, in modo a dir poco singolare. Si tratta di Cass., 24 ottobre 2007, n. 22280⁽⁶⁶⁾, con la quale la nota attrice L.A. è stata risarcita dal Ministero di Grazia e Giustizia con la somma di euro 108.000,00. Nel caso di specie la Cassazione riteneva legittimo il *quantum* già disposto dalla Corte d'appello civile di Perugia, decreto 23 maggio 2006⁽⁶⁷⁾, in virtù della c.d. legge Pinto e rigettava, peraltro, il ricorso presentato dal Ministero di Grazia e Giustizia che sosteneva che la cifra oggetto del risarcimento fosse troppo elevata. Nella fattispecie in esame è stato risarcito lo stress e la depressione in cui l'attrice era caduta per le lungaggini della giustizia nel processo per droga, durato 9 anni, dal quale è infine uscita assolta dall'accusa di spaccio. Per la Suprema Corte l'eccessiva durata del processo «ha senz'altro influito in maniera determinante sulla destabilizzazione psichica della A.». In realtà l'attrice, condannata in 1° grado nel 1991 per il reato di cui all'art. 73 d.P.R. 309 del 9 ottobre 1990 "*Produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope*", veniva successivamente (in data 16 marzo 2000) assolta dalla Corte di appello di Roma perché il fatto non era più previsto come reato. Infatti l'intervenuto d.P.R. 5 giugno 1993, n. 171, depenalizzando l'uso personale di sostanze stupefacenti, andava a configurare l'illecito penale soltanto nel caso in cui la sostanza stupefacente fosse destinata a terzi.

beneficio. Avverso il decreto della Corte d'appello veniva presentato dal soccombente ricorso per Cassazione nel quale veniva richiesto anche il risarcimento del danno non patrimoniale.

⁽⁶⁶⁾ Cass, 24 ottobre 2007, n. 22280, in *www.personaedanno.it*.

⁽⁶⁷⁾ App. Perugia (decr.), 23 maggio 2006, in *www.personaedanno.it*.

Ci troviamo di fronte a un caso di accoglimento di ricorso per violazione del termine di ragionevole durata del processo da parte di una Corte d'appello che, al contrario di quanto accaduto per il primo fatto sopra esaminato, non ha preso in considerazione l'ipotesi che l'attrice potesse aver beneficiato del ritardo della giustizia (vista l'intervenuta assoluzione dal reato ascrittale), anzi, ha determinato la riparazione del danno subito con un risarcimento molto elevato (euro 108.000,00), valutato senza tenere conto dei parametri stabiliti dalla Corte EDU o da precedente giurisprudenza italiana. Tra l'altro, la Corte di Cassazione riconfermava il *quantum* fissato dalla Corte d'appello, presumibilmente sopravvalutando il lucro cessante costituito dall'inevitabile blocco della carriera conseguente alla pendenza dell'imputazione di spaccio di droga e al danno morale derivante dal disonore e dal discredito discendenti dal permanere dello stato di incolpato, fonte peraltro di ansie, preoccupazioni e frustrazioni. In realtà, la pronuncia in rassegna ha visto coinvolta una nota attrice che essenzialmente ha subito un danno a sfondo professionale⁽⁶⁸⁾ e quindi un danno patrimoniale (derivante dall'impoverimento legato alla perdita di guadagni presenti e di maggiori guadagni futuri) e un danno non patrimoniale legato alla lesione del diritto all'immagine e alla vita di relazione. La singolarità di tale pronuncia, a mio modo di vedere, risiede nell'elevato risarcimento accordato alla ricorrente, a fronte di danni non rigorosamente provati *ex art.* 2697 c.c. o, comunque, non adeguatamente rapportati alla riparazione.

D'altra parte, potrebbe non essere facile per il giudice valutare le ragioni del caso concreto nel bilanciamento tra la durata ragionevole e i fattori di complessità propri dei giudizi, che devono tenere conto, tra l'altro, anche di eventuali implicazioni o ripercussioni negative nella sfera soggettiva di individui, che pur non essendo parti proces-

⁽⁶⁸⁾ V. sul tema Cass., 28 settembre 2005, n. 18953, in *Foro it.*, 2005, c. 232.

suali, subiscono comunque le conseguenze della decisione del giudice in relazione alle particolari circostanze del caso⁽⁶⁹⁾. A tale proposito il riferimento è rivolto, per esempio, ai disagi psicologici subiti dai figli minori a seguito dei tempi dilatori delle cause di divorzio⁽⁷⁰⁾. Così pure, a proposito di danni da irragionevole durata del processo procurati a persone, che non sono parti processuali, rileva Cass., 4 ottobre 2005, n. 19354⁽⁷¹⁾, in cui il ricorrente eccepisce che l'irragionevole durata della procedura intesa ad ottenere la caducazione degli effetti civili del precedente matrimonio gli ha determinato l'impossibilità di contrarre un nuovo vincolo coniugale, «per ciò solo gravemente compromettendo un suo diritto fondamentale». Il ricorrente nel caso di specie ha presentato al giudice la dichiarazione sostitutiva di notorietà della convivente che aveva interrotto «la consolidata relazione intrapresa con il ricorrente sin dal 1996», a seguito dell'ulteriore rinvio della procedura di divorzio, comunicatole nell'estate del 2000. La Cassazione ha rigettato il ricorso, non configurandosi come

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Corte EDU, 20 luglio 2004 (Parti: W. K. c. Gov. Italia), in *Guida al dir.*, 2004, 35, p. 93, con nota di M. CASTELLANETA e in *Foro it.*, 2004, c. 164.

⁽⁷⁰⁾ Per esempio, nella relazione del 2 ottobre 2006 del Presidente del Tribunale per i minorenni di Firenze, in *Foro toscano*, 2007, c. 13 si legge che «È sempre più alto il numero dei ricorsi in materia di potestà genitoriale, a segno di una forte conflittualità genitoriale che non riesce a trovare spazi di mediazione conciliativa anche per l'importante fenomeno delle famiglie di origine straniera che non sempre riescono a cogliere il senso e il significato degli interventi dei servizi del territorio e del Tribunale per i minorenni». A. ARACHI, *Divorzi, l'anno dei record*, in *Il Corriere della Sera*, 11 gennaio 2008, p. 8, ci fornisce alcuni dati statistici significativi: «Sono stati oltre 60.000 i divorzi nel 2006 (61.153, per la precisione, secondo le cifre del Ministero della Giustizia). [...] Ci vogliono oltre 670 giorni in media per concludere un divorzio giudiziale e ben 130 persino per un divorzio congiunto, che non vorrebbe avere discussioni. Ma poi ci sono i picchi: si raggiungono tranquillamente anche i dieci o anche i quindici anni per mettere la parola fine su un pezzo di carta della nostra giustizia. Picchi che hanno spinto un magistrato come Francesco Greco, procuratore aggiunto di Milano, a sentenziare che in Italia si fa prima ad uccidere il coniuge piuttosto che a divorziare».

⁽⁷¹⁾ Cass., 4 ottobre 2005, n. 19354, in *Dir. e giust.*, 2005, 46, p. 21.

«prova seria» la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà posta in essere da un terzo estraneo alla lite. Nella fattispecie in esame, infatti, la sopra citata convivente non è stata neppure indicata quale teste sulle circostanze contenute nella dichiarazione stessa.

5. — *Considerazioni finali.*

Autorevole dottrina⁽⁷²⁾, pochi mesi dopo l'entrata in vigore della c.d. legge Pinto, in riferimento al rimedio interno apportato dalla stessa, affermava: «Il rischio è che il rimedio risulti peggiore del male, in considerazione del presumibile notevole aumento del carico di lavoro delle Corti di appello, già gravate, di recente, della nuova competenza sull'appello nelle controversie di lavoro prevista dall'art. 433 c.p.c. (come modificato dall'art. 86, d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51). È certamente prematuro parlarne oggi; tuttavia non sembra proprio da escludere il paradosso di un processo diretto a riparare i danni conseguenti alla violazione dell'art. 6, par. 1, che abbia, a sua volta, una durata 'irragionevole'». In tal senso si esprimeva anche Apicella⁽⁷³⁾, il quale rivolgeva l'attenzione all'«impatto dirompente di questa scelta sul bilancio pubblico, avuto riguardo alla complessiva entità del contenzioso pendente nei vari ordini di giurisdizione».

Sono passati oltre 50 anni dalla ratifica della CEDU e quasi un decennio dall'entrata in vigore della c.d. legge Pinto, che ha introdotto una tipica azione nei confronti dello Stato amministrazione inadempiente per non essere in grado di organizzare l'apparato 'giustizia' a garanzia della ragionevole durata dei processi. Il Governo, quale

⁽⁷²⁾ R. MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole*, cit., in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1071.

⁽⁷³⁾ E.A. APICELLA, *Il danno da irragionevole durata del processo. Primi problemi applicativi*, in *Giust. amm.*, 2002, p. 174.

organo rappresentativo dello Stato Amministrazione unitariamente inteso, è stato peraltro chiamato a rispondere dei disservizi di questo settore ed è stato chiamato ancora prima, a intervenire per approntare tutte quelle misure dirette a garantire una più celere soluzione delle controversie.

Purtroppo, a tutt'oggi, proseguono le condanne dell'Italia al risarcimento dei danni per il ritardo nella conclusione dei processi, a dimostrazione che il problema non sembra essere stato risolto dall'introduzione della legge Pinto.

Tra l'altro, non ha funzionato (perché ancora non applicato) neppure il meccanismo di rivalsa introdotto con la legge finanziaria 2007 (articolo 1, commi 1217-1222 della legge 27 dicembre 2006, n. 296) che prevede il recupero degli indennizzi versati dal Ministero dell'economia dagli enti responsabili di irregolarità nelle procedure che hanno causato una condanna da Strasburgo⁽⁷⁴⁾.

In occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2009, Carbone, primo presidente della Corte di Cassazione, ha dichiarato che la eccessiva durata dei processi costituisce emergenza cronica di un sistema che non solo compromette i diritti dei cittadini e la competitività dell'Italia, ma ogni anno prende sempre più soldi alle casse dello Stato: 118 milioni di euro dal 2002 al 2008, di cui 32,1 milioni nell'ultimo anno, il 19% in più del 2007. Il rapporto "Doing Business" della Banca mondiale, riferito all'anno 2008, sulla durata dei processi civili vede l'Italia piazzarsi al 156° posto, dopo Angola, Gabon, Guinea, ecc.⁽⁷⁵⁾

Nel disegno di legge del 12 novembre 2009, n. 1880⁽⁷⁶⁾, sulla rivi-

⁽⁷⁴⁾ Cfr. M. CASTELLANETA, *Meno processi alla Corte europea*, in *Sole 24 Ore*, 8 luglio 2008, p. 27.

⁽⁷⁵⁾ Si consulti sull'argomento D. STASIO, *Processi lenti, peggio dell'Africa*, in *Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2009, p. 9.

⁽⁷⁶⁾ D.d.l. n. 1880/2009, "Misure per la tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi, in attuazione dell'art. 111 della Costituzione e dell'art. 6 della Con-

situazione della legge Pinto, è fissata la durata massima (due anni) per ogni grado di giudizio (due anni per il primo grado, altri due anni per il giudizio di cassazione, nonché un altro anno per ogni successivo grado di giudizio nel caso di giudizio di rinvio) e, tra le altre cose, è previsto che la richiesta di risarcimento sia subordinata alla presentazione da parte dei cittadini, parti in giudizio, di una istanza di sollecitazione⁽⁷⁷⁾ da avanzare nei processi civili, penali e amministrativi,

venzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», approvato dal Senato il 20 gennaio 2010, ora all'esame della Camera. Nella *Relazione* accompagnatoria al d.d.l. n. 1880 del 12 novembre 2009, in *Atti parlamentari*, p. 3 si afferma che «Il nostro Paese è quello che subisce il maggior numero di condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, con conseguenze molto severe, sia in termini finanziari che di immagine». Nella *Relazione* della seconda Commissione permanente (giustizia) sul d.d.l. n. 1880 del 12 gennaio 2010, in *Atti parlamentari*, 4, si rinviene che «Il processo penale, oltre ad essere irragionevolmente lungo è anche in molti casi privo di reale sostanza, come dimostra il numero sempre maggiore di reati dichiarati estinti per prescrizione. Ciò significa che l'organizzazione giudiziaria occupa una parte delle proprie risorse per celebrare processi privi di reale utilità, generando sfiducia nella certezza della pena e indebolendo la capacità della norma penale di operare come un deterrente». Risulta interessante sull'argomento O. MAZZA, *La lotta del diritto contro il tempo: il processo breve*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, pp. 349-355 che, da una prima riflessione sul disegno di legge in tema di processo breve, mette in luce le difficoltà che si incontrano nel tentativo di garantire il rispetto del principio costituzionale ed europeo di durata ragionevole del processo attraverso la rigida determinazione di termini di fase al cui superamento venga collegata l'estinzione del processo stesso, da dichiararsi con apposita sentenza di proscioglimento. Come sottolinea tale autore, non è valida l'equazione durata ragionevole–durata predeterminata, dato che la ragionevolezza è un connotato da apprezzarsi caso per caso, con riguardo a concrete situazioni processuali, mentre la predeterminazione postula, all'opposto una scelta generale ed astratta del legislatore da applicarsi indistintamente ad ogni tipo di processo. Sempre secondo Mazza, una volta approvato il disegno di legge in esame, 'la lotta del diritto contro il tempo' sarà impari e duplice: ci saranno due diversi orologi a scandire il conto alla rovescia per l'estinzione del reato e per l'estinzione del processo, «con intuibili ricadute sul principio di economia processuale, sull'abuso del processo, sulla scarsa appetibilità dei riti speciali».

⁽⁷⁷⁾ A proposito della istanza di sollecitazione, rileva Cass., 12 ottobre 2005, n. 19801, in *Foro it.*, 2006, c. 157. V., altresì, sull'argomento G. NEGRI, *Processi veloci*,

prima che scadano i termini assegnati a ciascun grado di giudizio. L'obiettivo appare quello di un cambio di prospettiva del rimedio da legge Pinto, che da risarcitorio diventerà anche acceleratorio.

La criticità del quadro tracciato induce, in buona sostanza, alla riflessione che la giustizia è, comunque, riportata al contesto politico e sociale. Risulta, infatti, di tutta evidenza che negli ultimi anni l'esigenza di tutelare la persona nei suoi aspetti dinamico-relazionali ha inevitabilmente creato una moltiplicazione di forme e di garanzie che, purtroppo, ha provocato l'allungamento dei tempi processuali. Come osserva De Stefano⁽⁷⁸⁾, l'ordinamento giuridico italiano, in astratto, pur essendo all'avanguardia nel mondo sul piano della qualità della protezione dei diritti (da cui non si può regredire), per contro, al momento del controllo giurisdizionale, e di applicazione delle norme sostanziali, non riesce a fornire una risposta in termini ragionevoli.

appello alle parti, in *Sole 24 Ore*, 8 febbraio 2009.

L'art. 1 del d.d.l. n. 1880/2009 (a modifica e ad integrazione dell'art. 2 della legge n. 89/2001) stabilisce che la domanda di equa riparazione sarà subordinata ad una istanza di sollecitazione che la parte dovrà presentare nel processo (civile, penale o amministrativo) entro 6 mesi dalla scadenza dei termini di non irragionevole durata, previsti dal nuovo comma 3-ter dell'art. 2 legge n. 89/2001: «Non sono considerati irragionevoli, nel computo del periodo di cui al comma 3, i periodi che non eccedono la durata di due anni per il primo grado, di due anni per il grado di appello e di ulteriori due anni per il giudizio di legittimità, nonché di un altro anno per ogni successivo grado di giudizio nel caso di giudizio di rinvio [...]». Nella liquidazione dell'indennizzo, secondo le previsioni del d.d.l. n. 1880, il giudice potrà considerare il valore della domanda proposta, o accolta, nel procedimento in cui si è verificata la violazione del termine di ragionevole durata del processo. V. sull'argomento C. CONSOLO, *La improcrastinabile radicale riforma della legge Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 425-433; si consulti A. GONFALONIERI, *Il "ragionevole" diritto all'impugnazione nella prospettiva europea*, in *Dir. uomo*, 2009, pp. 15-26.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. M. DE STEFANO, *Venti anni dopo, la giustizia italiana ancora "vigilata speciale" da Strasburgo*, in *Dir. uomo*, 2007, p. 71.

La figura del danno alla persona da irragionevole durata del processo va peraltro esaminata tenendo conto della ‘nuova’ responsabilità civile, la cui disciplina è particolarmente attenta ad apprestare tutela ai molteplici aspetti in cui si estrinseca la personalità dell’uomo, quale soggetto di diritto. Non è mancato chi⁽⁷⁹⁾ ha sottolineato l’evoluzione giurisprudenziale in materia di danno attraverso la quale si è operata una effettiva tutela e riparazione di lesioni a diritti, che prima non venivano considerati in concreto tutelabili. Ciò sarebbe a dimostrazione che, ove nel processo concorrano diverse professionalità in modo adeguato, si potrebbe giungere all’affermazione di principi di civiltà giuridica sempre più avanzata.

La nuova realtà, peraltro, comporta problematiche che nascono da un contesto in movimento, che pone a carico dei magistrati un onere di qualità e tempestività delle pronunce giurisdizionali e, al contempo, esige il ‘ripensamento’ del modo di lavorare dei singoli uffici giudiziari, al fine di evitare passaggi di carte con inutile spreco di tempo e di energie.

A dire il vero, negli ultimi tempi si è ottenuto qualche segnale positivo (se pur isolato) attinente alla sfera organizzativa del sistema giudiziario: per esempio, di recente, quotidiani e telegiornali hanno parlato del caso della Procura di Bolzano, che è riuscita ad abbattere costi e ad accelerare procedure con i contributi del fondo sociale europeo. Altrettanto interessante sull’argomento è risultato il caso del Presidente del Tribunale di Torino, Mario Barbuto, premiato da una giuria internazionale per aver eliminato gli arretrati. Nel corso di un’intervista il dott. Barbuto ha affermato: «Nel 2001, solo a Torino, avevamo un arretrato globale di 40 mila processi, oggi lo abbiamo ridotto del 36% eliminando totalmente le cause stagionate. ...Quando

⁽⁷⁹⁾ Cfr. M. CECERE, *Magistratura e diritti umani; un connubio possibile*, in *Dir. uomo*, 2007, p. 62.

sono arrivato c'era una causa per successione che andava avanti da 48 anni. Abbiamo recuperato i dati di base, convocato le parti per ben 5 volte e in 7 mesi abbiamo chiuso. [...] Ho solo applicato la legge, trasformando i giudici in "direttori d'orchestra" con forti poteri organizzativi che hanno coinvolto anche gli avvocati, partendo dalle cause vecchie»⁽⁸⁰⁾.

Il caso del Tribunale di Torino, se inserito in un contesto generale di 'buona amministrazione' della giustizia, non sarebbe valutato come un fatto di 'diligenza eccezionale' (lo stesso dott. Barbuto dichiara di avere semplicemente applicato la legge), considerato che, come sottolineava, a suo tempo, autorevole dottrina⁽⁸¹⁾, «Una volta investito il giudice di una controversia, anche se vertente solo fra privati, sorge l'interesse pubblico a che il processo si svolga con la maggiore rapidità compatibile con l'esigenza di una sufficiente tutela degli interessi in giuoco e in modo da assicurare, insieme al più esatto accertamento della verità della situazione di fatto, la fedele attuazione della volontà della legge».

⁽⁸⁰⁾ Si consulti R. BAGNOLI, *Nel Tribunale delle cause lampo: «Così faccio lavorare i giudici»*, in *Corriere della Sera*, 19 maggio 2008.

⁽⁸¹⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2, Padova, 1976, p. 1294.

ALESSIA VALONGO

SOGGETTIVITÀ DEL CONCEPITO E DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La capacità giuridica speciale del concepito. — 3. I recenti sviluppi della giurisprudenza: la titolarità di diritti fondamentali. — 4. La soggettività giuridica del concepito. — 5. Il diritto del concepito alla vita e i limiti normativi alla sua tutela. — 6. Il diritto del concepito alla salute e la responsabilità dei sanitari. — 7. L'esigenza di una tutela effettiva del nascituro nel "contatto sociale" tra medico e paziente. — 8. Le tipologie di danno risarcibile al nascituro. — 9. Il risarcimento del danno "da procreazione" e da "vita indesiderata".

1. — *Premessa.*

L'evoluzione giuridica ha condotto alla qualificazione del concepito non semplicemente come un valore degno di protezione, ma come un vero e proprio "soggetto dell'ordinamento": al concepito non può riconoscersi la titolarità di diritti e interessi protetti dal sistema senza, nel contempo, attribuirgli un'autonoma soggettività giuridica.

A questo risultato giunge la Corte di Cassazione con la sentenza dell'11 maggio 2009, n. 10741⁽¹⁾, che afferma espressamente la

(*) Università di Perugia.

⁽¹⁾ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Corr. giur.*, 2010, p. 365 ss., con nota di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per danno al nascituro*; in *Foro it.*, 2010, c. 157 ss., con nota di F. DI CIOMMO, "Giurisprudenza-normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1159 ss., con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.* Nella fattispecie, una donna si era rivolta ad una clinica per risolvere problemi legati alla fertilità e, senza essere informata dei rischi connessi alla cura, era stata sottoposta ad una terapia farmacologi-

soggettività del concepito, con riferimento alla titolarità di diritti fondamentali.

Come si vedrà nel paragrafo seguente, già dall'esame di alcune norme codicistiche si desume l'idoneità del concepito ad essere titolare di determinati diritti e ciò è sufficiente per il conferimento al medesimo della qualità di soggetto dell'ordinamento. La presenza di una soggettività, infatti, esige l'individuazione di un centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, ossia di un centro autonomo di riferimento di interessi presi in considerazione dalla norma giuridica.

La configurazione di una soggettività giuridica presuppone il necessario riconoscimento, in capo al concepito, di una capacità giuridica, intesa come attitudine astratta ad essere titolare di situazioni soggettive giuridicamente rilevanti. Tale definizione si addice propriamente ai diritti di carattere patrimoniale, ai quali si riferisce in prevalenza il codice civile quando disciplina le situazioni giuridiche attribuibili al concepito. Rispetto ai diritti patrimoniali, infatti, può operarsi la distinzione tra idoneità astratta e titolarità concreta, dal momento che la titolarità effettiva del diritto patrimoniale si realizza allorchè si verifichi un fatto considerato dalla legge produttivo dell'acquisto del diritto. Diverso è il discorso relativamente ai diritti personali, per i quali si ha coincidenza tra i due momenti, dell'ido-

ca teratogena, per effetto della quale aveva dato alla luce un figlio gravemente malformato. Dagli accertamenti, successivamente effettuati, risultava che le malformazioni erano derivate dall'assunzione dei medicinali ed, inoltre, che le stesse non erano state rilevate nel periodo di gravidanza e di sviluppo del feto. Pertanto, dopo la nascita, la donna e il marito avevano promosso azione giudiziale, sia in proprio, sia per conto del figlio, per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti al fatto colposo dei sanitari. I medici erano stati ritenuti responsabili, nel giudizio di primo e di secondo grado, per non aver informato i genitori dei rischi connessi alla terapia. Approdata la causa in Cassazione, il Supremo Collegio, dopo aver affermato il diritto del concepito a nascere sano, conferma sostanzialmente la decisione della Corte d'Appello, riconoscendo l'obbligo dei sanitari di risarcire il danno sia a favore del concepito per la somministrazione dei farmaci dannosi, sia a favore dei genitori, per violazione del dovere di informazione in ordine alla terapia praticata.

neità e della titolarità, in quanto essi sono connaturati alla qualità dell'essere umano e comportano l'equivalenza della capacità giuridica alla titolarità effettiva dei diritti medesimi.

La suddetta pronuncia della Cassazione segna l'ingresso del concepito nell'ordinamento proprio collegando la soggettività giuridica alla titolarità di diritti personalissimi fin dal momento del concepimento.

Occorre, tuttavia, intendersi sulle conseguenze di tale nuova qualificazione del concepito. Attribuire una soggettività giuridica non significa identificare il concepito con la "persona fisica"; vuol dire, però, definirlo non come "cosa", oggetto di diritti, ma come "individuo", al quale è riconosciuto, in sé e per sé, il valore costituzionale della dignità umana⁽²⁾.

In questa sede, l'analisi è circoscritta non tanto agli aspetti patrimoniali, quanto, soprattutto, ai profili che riguardano gli interessi fondamentali facenti capo al nascituro.

La novità più significativa riscontrabile nel contesto giuridico attuale, infatti, è che il concepito è titolare, oltre che dei diritti patrimoniali previsti espressamente dal codice civile, anche di diritti personalissimi, quali il diritto alla vita, alla salute, all'integrità fisica, all'identità personale, ecc. Tutte situazioni soggettive esistenziali che reclamano una protezione da parte dell'ordinamento.

Particolare attenzione è rivolta all'*iter* percorso dalla giurispru-

⁽²⁾ Sul punto, in dottrina, v. N. COVIELLO, *La tutela della salute dell'individuo concepito (note introduttive alla riflessione giuridica sull'aborto)*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 245 ss., che parla del concepito come "individuo"; F.D. BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in *La tutela giuridica della vita prenatale*, Torino, 2005, pp. 77-80, il quale definisce il concepito come "uomo in formazione" ed afferma che «l'attribuzione della soggettività giuridica al concepito non consente più di qualificarlo, nel nostro ordinamento, come "cosa", né consente di legittimare una "segmentazione" della vita prenatale»; ID., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 185 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, p. 49.

denza degli ultimi decenni con riguardo alla salute del concepito. Quest'ultima è ritenuta dalla Corte di Cassazione meritevole non soltanto di una tutela indiretta, attuata attraverso la salvaguardia dei diritti della madre, ma anche di una tutela diretta ed autonoma, che i genitori, in qualità di rappresentanti legali, potranno far valere, non appena il soggetto sia nato, in relazione ai danni che lo stesso abbia subito durante la vita intrauterina.

Il risultato così raggiunto dalla giurisprudenza non appare esau-
stivo. Come verrà meglio chiarito in seguito (v. par. 7), la tutela giu-
ridizionale del diritto alla salute del concepito, per risultare piena ed
effettiva, dovrebbe essere assicurata ancor prima della nascita.

Il riferimento, in capo al concepito, del valore dell'essere vivente non implica, tuttavia, assolutezza di tutela e preminenza su ogni al-
tro valore. Il giurista deve prendere atto del concorso con altri beni
costituzionalmente tutelati e dell'impossibilità di una pari soddisfa-
zione delle situazioni soggettive coinvolte nelle singole fattispecie.
Per risolvere i possibili conflitti, occorre abbandonare le imposta-
zioni dogmatiche, che privilegino in modo assoluto un valore a sca-
pito degli altri e procedere ad una prudente opera di ponderazione.
L'interprete deve utilizzare i principi generali desumibili dall'intero
complesso normativo e attuare il contemperamento nel caso concre-
to ricavandolo dalla gerarchia interna all'ordinamento⁽³⁾.

In tema di tutela della vita prenatale il problema del bilanciamen-
to può interessare, da un lato, i diritti del concepito alla vita, alla sa-
lute, all'identità e, dall'altro, i diritti della donna alla vita, alla salute,
all'autodeterminazione.

⁽³⁾ P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in *La tutela dell'embrione*, a cura di G. Biscontini e L. Ruggeri, Napoli, 2002, p. 148, il quale afferma che, quando il conflitto non è tra un valore personale e un valore patrimoniale, ma tra valori tutti personali, più o meno dello stesso livello o attinenti ad aspetti diversi della persona, "il bilanciamento deve trovarsi nel caso concreto. E in tale bilanciamento di principi, non sarà applicato mai un solo principio; lo si applicherà contemperato dalla presenza di altri principi, nel sistema".

2. — *La capacità giuridica speciale del concepito.*

Un primo ostacolo che il giurista si trova ad affrontare, quando inizia a riflettere sulla posizione del concepito, è rappresentato dalla disposizione dettata dal primo comma dell'art. 1 c.c., secondo la quale l'essere umano acquista la capacità giuridica solo al momento della nascita.

Il codice civile attribuisce espressamente al concepito la capacità di ricevere donazioni (art. 784 c.c.) e di succedere *mortis causa* (art. 462, c. 1, c.c.), presumendo, fino a prova contraria, che sia “concepito” al momento dell'apertura della successione colui che nasce entro trecento giorni dalla morte della persona della cui eredità si tratta (art. 462, c. 2, c.c.).

Secondo una prima interpretazione dottrinale⁽⁴⁾, il concepito non sarebbe un soggetto di diritti, perché, non essendo ancora nato, non sarebbe titolare di una capacità giuridica, ma solo “destinatario” di taluni diritti, vale a dire di quei diritti che, ai sensi dell'art. 1, c. 2, c.c., “sono subordinati all'evento della nascita”.

In quest'ottica, i diritti donativi e successori, ai quali si riferiscono le norme di cui agli artt. 784-785 e 462 c.c., non potrebbero essere acquisiti prima della nascita, ravvisandosi, nelle rispettive fatti-

⁽⁴⁾ G. STOLFI, *In tema di vendita delle cose donate ai nascituri non concepiti*, in *Foro it.*, 1953, c. 299; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1964, p. 10; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Persona e famiglia, Scritti giuridici*, Padova, 1992, p. 68 ss. e in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 499 ss., in part. p. 503, secondo il quale la nascita è “requisito di esistenza” dell'atto di attribuzione patrimoniale a favore del concepito; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, p. 45 ss., spec. p. 47, che nega l'estensione della capacità giuridica a chi non è ancora nato e ritiene non ammissibile l'equazione “embrione = persona”; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 122. Cfr. G. FERRANDO, *Nascere per il diritto. Grandi prematuri e decisioni di inizio vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 97 ss.; M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 761 ss.

specie, degli atti imperfetti e incompleti, a formazione progressiva, che indurrebbero a negare la soggettività giuridica del concepito. La nascita del destinatario dell'attribuzione patrimoniale viene, infatti, qualificata come "requisito di esistenza" dell'atto, non come elemento di efficacia. La norma sulla capacità di succedere verrebbe allora spiegata configurando una situazione di attesa, nella quale i diritti verrebbero, per così dire, accantonati a favore del concepito fino al momento della sua venuta alla luce.

La questione della soggettività del concepito, tuttavia, non può essere risolta in questi termini, in quanto sono le stesse disposizioni normative ad assegnare al concepito la qualità di soggetto giuridico⁽⁵⁾.

Le norme secondo le quali il concepito è capace di succedere (art. 462, c. 1, c.c.) ed è idoneo a ricevere donazioni (artt. 784 e 785 c.c.) attestano che esiste una capacità giuridica, sia pure speciale, che, a sua volta, è indice della presenza di una soggettività giuridica. Quest'ultima è ravvisabile anche quando vengono attribuite, come nella fattispecie in esame, solo specifiche situazioni giuridiche soggettive, in quanto la capacità giuridica non ha carattere esclusivamente generale, potendo essere graduata ed avere contenuto più o meno ampio⁽⁶⁾.

Quella del concepito, come evidenziato dalla migliore dottrina, può considerarsi come una capacità anticipata⁽⁷⁾, retrodatata ad un

⁽⁵⁾ Per la ricostruzione critica delle diverse teorie elaborate circa gli atti dispositivi a favore del nascituro, v. l'accurata analisi di E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003, p. 46 ss.

⁽⁶⁾ Così, M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, in *Le istituzioni del diritto privato* (a cura di), Torino, 2005, p. 137, il quale evidenzia che la capacità giuridica è "nozione suscettibile di assumere contenuti diversi in relazione ai quali l'identità del nome esprime, come di consueto, l'identità di tutela di cui può disporre il soggetto con riferimento alle situazioni di cui può essere titolare".

⁽⁷⁾ P. PERLINGIERI, P. STANZIONE, in *Manuale di diritto civile* a cura di P. Perlingieri, cit., pp. 113-115, ove si afferma che l'appartenenza al genere umano costituisce requisito "sufficiente ai fini del conferimento della soggettività" e si prospetta "un'anticipazione della capacità giuridica sin dal momento del concepimento".

momento antecedente alla nascita, ovvero come una capacità provvisoria⁽⁸⁾, che viene meno retroattivamente se non segue l'evento della nascita e che resta definitiva se il concepito viene ad esistenza. Secondo quest'ultima concezione, le attribuzioni in suo favore diventerebbero inefficaci ove il medesimo non dovesse nascere. La nascita, quindi, non rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie; al contrario, è la mancata nascita ad operare come condizione risolutiva dell'acquisto già avvenuto.

Al fine di negare la soggettività in questione è stato osservato⁽⁹⁾ che, se il concepito fosse giuridicamente capace, allora, in caso di aborto, dovrebbe conseguire una successione *mortis causa* nei diritti a lui attribuiti, che, invece, non si verifica. In realtà, l'argomento non è decisivo, in quanto la fine della vita intrauterina non coincide con ciò che giuridicamente è la "morte" della persona. Perché si configuri la "morte", infatti, è necessario che vi sia stata la nascita ed è per questo che la mancata nascita opera come evento risolutivo dell'acquisto e non determina un trasferimento successorio dei diritti. A ciò

⁽⁸⁾ C.M. BIANCA, *La norma giuridica, i soggetti*, in *Diritto civile*, 1, Milano, 2002, pp. 153, 161 e 223-224; ID., *La famiglia, le successioni*, in *Diritto civile*, 2, Milano, 2005, p. 544 ss., il quale afferma che il nascituro concepito è "dotato di capacità giuridica, seppure caducabile" ed è, quindi, un soggetto; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2007, p. 62; G. GRASSO, *Sulla soggettività del concepito e dell'embrione prodotto in vitro*, in *Dir. e giur.*, 1997, p. 326 ss.; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, cit., p. 55; A. MUSIO, *Misure di tutela dell'embrione*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. Stanzone e G. Sciancalepore, Milano, 2004, p. 213; G. BALLARANI, *La capacità giuridica "statica" del concepito*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 1462 ss., spec. p. 1565; M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 136; M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, 2008, p. 55. Cfr. P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 247 ss. In generale, sui concetti di soggettività e di capacità giuridica, v. C. M. BIANCA, *La norma giuridica, i soggetti*, in *Diritto civile*, 1, cit., pp. 135-136; A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 10 ss., in particolare pp. 13-14.

⁽⁹⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 123.

deve aggiungersi che anche nel caso di estinzione degli enti collettivi non opera il fenomeno della successione *mortis causa*, sebbene essi siano pacificamente riconosciuti quali soggetti dell'ordinamento.

Sul piano patrimoniale, l'idoneità del concepito a ricevere diritti è limitata all'ambito della successione e della donazione (artt. 462 e 784 c.c.). Anteriormente alla nascita, gli acquisti non restano in fase di formazione, ma si perfezionano con l'accettazione da parte dei genitori, previa autorizzazione del giudice tutelare *ex art.* 320, c. 3 c.c. e producono effetti immediati, se pur provvisori, che diventano definitivi a seguito della nascita⁽¹⁰⁾. In proposito si osserva che, se la donazione fosse un negozio imperfetto, non sarebbe possibile operare non solo l'accettazione, ma, ove l'atto avesse ad oggetto beni immobili, neppure l'immediata trascrizione nei pubblici registri immobiliari⁽¹¹⁾, ritenuta, invece, ammissibile dalla prevalente

⁽¹⁰⁾ Sostengono che la donazione a favore del concepito è un contratto e non un atto in via di formazione: A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 363, per il quale "la proprietà si acquista in capo al nascituro fin dal momento in cui la donazione si perfeziona"; A. PALAZZO, *Le donazioni*, *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schelsinger *Artt. 769-809 c.c.*, Milano, 2000, pp. 271-272; ID., *La filiazione*, *cit.*, p. 71; A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, V, Torino, 2005, p. 95. Nel senso che la donazione al concepito debba considerarsi subordinata alla condizione risolutiva della mancata nascita, C.M. BIANCA, *La famiglia, le successioni*, in *Diritto civile*, 2, *cit.*, p. 544 ss.; ID., *La norma giuridica, i soggetti*, *cit.*, p. 225; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, *cit.*, p. 54.

⁽¹¹⁾ Sul punto, si rinvia al precedente lavoro dal titolo *Trascrizione*, in *I contratti di donazione* a cura di A. Palazzo, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2009, pp. 145-188, in particolare p. 161, ove si sottolinea che la mancata identificazione della persona del beneficiario non impedisce l'immediata trascrizione della donazione, che deve effettuarsi unicamente contro il donante, mentre la formalità a favore del donatario potrà essere completata a seguito della nascita. La procedura della trascrizione contro il donante ricalca quella della rinuncia abdicativa a diritti reali immobiliari *ex art.* 2643, n. 5 c.c.: nel quadro della nota, relativo ai caratteri dell'atto, deve specificarsi, a fini di pubblicità-notizia, che si tratta di donazione a favore di un nascituro concepito, sottoposta alla *condicio iuris* risolutiva della mancata nascita del donatario.

dottrina⁽¹²⁾.

L'opinione che configura il concepito come soggetto giuridico trova ulteriore riscontro nella disciplina che riserva allo stesso i frutti del bene donato prima della nascita (art. 784, c. 3, ult. parte c.c.), evidenziando che il trasferimento della proprietà a suo favore opera fin dal momento della donazione. Quanto alla norma che attribuisce l'amministrazione dei beni donati al donante o ai suoi eredi (art. 784, c. 3, prima parte c.c.), si giustifica con la necessità di assicurare opportune garanzie per l'ipotesi in cui il concepito non venga alla nascita.

A ulteriore conferma della tesi, si pone la previsione codicistica la quale dispone non solo che i diritti acquistati dal concepito per successione *mortis causa* debbano essere "conservati" nel suo interesse, ma anche che i genitori abbiano la rappresentanza dei nascituri "in tutti gli atti civili" (art. 320, c. 1 c.c.) e l'amministrazione dei beni ereditari, presupponendo, così, un esercizio attuale della potestà parentale. Pertanto la complessa situazione soggettiva spettante ai genitori non si attesta come potere di gestire un patrimonio senza titolare o un patrimonio separato⁽¹³⁾, ma come ufficio di diritto civile e, dunque, complesso di poteri-doveri conferiti dalla legge per la cura, la rappresentanza e l'amministrazione dei beni del concepito.

D'altro canto, la disposizione (art. 644 c.c.) che rende applicabile la disciplina del curatore dell'eredità giacente (artt. 528-532 c.c.) ai genitori che amministrano l'eredità devoluta al concepito non va in-

⁽¹²⁾ N. COVIELLO, *Della trascrizione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, II, cit., p. 43; L. FERRI, P. ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 95; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 111; A. VENDITTI, *La trascrizione della donazione*, cit., p. 853. In generale, S. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, pp. 51-52; ID., *La trascrizione. La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, cit., p. 430, il quale sottolinea la necessità di rendere opponibili ai terzi situazioni giuridiche fluide o pendenti, che si sviluppano nel tempo fino a diventare stabili.

⁽¹³⁾ In questo senso, invece, G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, cit., p. 502.

tesa nel senso di negare la delazione ereditaria a favore del nascituro o nel senso di identificare la posizione dei genitori con quella di un curatore dell'eredità giacente. A differenza di quest'ultimo, infatti, i genitori gestiscono i beni ereditari del concepito sempre in nome e nell'interesse dello stesso e devono sottostare alle cautele previste per l'eredità giacente soltanto per proteggere le aspettative di coloro ai quali l'eredità si devolverebbe in caso di mancata nascita di chi è "chiamato alla successione".

Con riguardo alla sfera personale del concepito, il codice civile fa espresso riferimento alla possibilità di riconoscerlo come figlio naturale (art. 254, c. 1 c.c.). Quanto alla forma, il riconoscimento avviene attraverso un'apposita dichiarazione, posteriore al concepimento, operata dal genitore davanti all'ufficiale di stato civile o contenuta in un atto pubblico o in un testamento. Sotto questo profilo, la norma dettata dall'art. 44 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) offre precise indicazioni riguardo alle modalità del riconoscimento del nascituro. La disposizione prevede che il padre naturale possa riconoscere il concepito come proprio figlio o contestualmente al riconoscimento della madre o dopo il riconoscimento di quest'ultima e la prestazione del suo consenso, ai sensi dell'art. 250, c. 3 c.c.

Le norme appena richiamate sono particolarmente significative, in quanto testimoniano che il concepito è in grado di acquisire un vero e proprio *status* di filiazione rilevante per l'ordinamento.

Alla luce delle osservazioni svolte, appare evidente che la norma contenuta nell'art. 1, c. 1 c.c., indicando la "nascita" come il momento acquisitivo della capacità giuridica, ha riguardo solo alla "capacità giuridica" delle persone fisiche. Soggetto giuridico, invece, è anche chi non è qualificabile come persona "fisica", come, appunto, il concepito, al quale spetta una capacità giuridica speciale. Soggetti giuridici sono, altresì, gli enti collettivi, siano essi persone giuridiche

dotate di autonomia patrimoniale perfetta ovvero organizzazioni private di personalità giuridica.

Quanto affermato porta allora ad un ripensamento della regola di cui all'art. 1, c. 1 c.c.⁽¹⁴⁾, nel senso che essa attiene esclusivamente all'acquisto della capacità giuridica "generale" delle persone fisiche.

3. — *I recenti sviluppi della giurisprudenza: la titolarità di diritti fondamentali.*

Incisivi mutamenti, intervenuti nel nostro ordinamento, hanno indotto a rileggere la regola generale sulla capacità giuridica (art. 1 c.c.) alla luce della Carta costituzionale.

La Costituzione italiana, ponendo la persona al centro del sistema

⁽¹⁴⁾ In questo senso, si è più volte riflettuto sull'opportunità di una modifica della norma del codice civile, che attribuisca la capacità giuridica ad ogni essere umano fin dal momento del concepimento. Al riguardo, di recente, v. Disegno di legge n. 514, di iniziativa del senatore Asciutti, comunicato alla Presidenza il 14 maggio 2008 (in www.mobile.senato.it) intitolato "Modifica dell'articolo 1 del codice civile relativa al riconoscimento della personalità giuridica ad ogni essere umano". Il disegno propone di sostituire il testo dell'art. 1 c.c. dal seguente: "Art. 1. (Capacità giuridica). Ogni essere umano ha la capacità giuridica fin dal momento del concepimento. I diritti patrimoniali che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita". Nello stesso senso si era mossa una proposta di legge di iniziativa popolare dal titolo "Riconoscimento di personalità giuridica di ogni essere umano", pubblicata in G.U. 5 gennaio 1995, n. 4, p. 76. In dottrina, favorevole alla modifica dell'art. 1 c.c., tra gli altri, A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, p. 167. Cfr. G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*, cit., p. 1198, il quale propone una interpretazione dell'art. 1 c.c. costituzionalmente orientata, operata alla luce delle norme sulla procreazione medicalmente assistita e sull'interruzione volontaria della gravidanza; per tale via, l'A. propone una lettura "integrata" della norma, nel senso che "la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita, e fin dal momento del concepimento per quanto attiene alla tutela della persona".

giuridico⁽¹⁵⁾, vincola lo Stato a garantire il rispetto della soggettività di ogni essere umano, incluso chi ha iniziato, con il concepimento, il suo processo formativo verso la nascita⁽¹⁶⁾.

Al riconoscimento del concepito come soggetto giuridico si è addivenuti a seguito di una lunga evoluzione interpretativa⁽¹⁷⁾, che, riconoscendo la rilevanza non più centrale del codice civile come fonte di produzione del diritto, ha operato un'analisi non limitata alla normativa codicistica e circoscritta al piano strettamente patrimoniale, ma estesa all'intero ordinamento e concentrata sui profili personali.

La norma che, in modo espresso, ha riconosciuto soggettività giuridica al concepito è contenuta nell'art. 1, c. 1, l. n. 40/2004, sulla procreazione medicalmente assistita, che assicura "i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".

⁽¹⁵⁾ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 133 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, II, p. 715 ss., in particolare p. 724.

⁽¹⁶⁾ A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 495 ss., spec. p. 507; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 1 ss. in particolare p. 28. In senso analogo, si vedano gli importanti contributi offerti da A. PALAZZO, *In tema di ricostruzione del principio di vita: problemi e prospettive*, in *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita*, Atti del Convegno di Perugia 4 ottobre 2002, a cura di F. Di Pilla, Napoli, 2003, p. 257 ss.; L. EUSEBI, *Embrione e tecniche procreative: problemi giuridici*, in *La tutela della vita nascente, A proposito di un recente progetto di legge*, a cura di G. Biscontini e L. Ruggeri, Napoli, 2003, p. 64 ss., in part. pp. 66-67; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., p. 45 ss.; G. GAMBINO, *Diagnosi prenatale*, Napoli, 2003, p. 380 ss.

⁽¹⁷⁾ F. D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. e dir.*, 1988, p. 213 ss., in part. p. 216, che sottolineava la necessità del superamento della normativa codicistica; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., p. 45 ss., in particolare p. 48, secondo cui la soggettività esprimerebbe la nozione, non graduabile, di titolarità, fin dal concepimento, dei diritti fondamentali della persona. Cfr. P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La tutela dell'embrione* a cura di G. Biscontini e L. Ruggeri, cit., p. 131, il quale afferma che "il feto difetta di capacità giuridica generale, ma non della qualità di uomo né di una soggettività relativa ai diritti fondamentali".

È poi la giurisprudenza⁽¹⁸⁾ degli ultimi anni a mostrare i segnali di una profonda sensibilità verso la vita prenatale, ancorando progressivamente i “diritti inviolabili dell’uomo” (art. 2 Cost.) alla posizione di chiunque sia portatore della qualità e della dignità di essere umano, compreso il concepito.

A quest’ultimo vengono riferiti interessi personalissimi, che trovano fondamento nelle norme costituzionali: oltre che nella clausola generale di cui all’art. 2 Cost., nell’art. 30 Cost., che assicura a tutti i figli ogni tutela giuridica e sociale, nell’art. 31, c. 2 Cost., che protegge la maternità, favorendo gli istituti necessari a tale scopo e nell’art. 32, c. 1 Cost., che, riferendosi alla salute dell’ “individuo”, contempla implicitamente il nascituro come destinatario della tutela.

I principi di decodificazione e di depatrimonializzazione, che oggi contraddistinguono il nostro ordinamento e orientano l’attività ermeneutica, hanno indotto gli interpreti a passare dalla tradizionale nozione di “soggetto di diritti” a quella di “soggetto giuridico”, titolare non solo di diritti soggettivi, ma anche di altre situazioni giuridiche, quali poteri, interessi legittimi, *status* e altri interessi giuridicamente rilevanti⁽¹⁹⁾. In questa prospettiva, la citata sentenza della Corte di Cassazione n. 10741 del 2009⁽²⁰⁾ riconosce il concepito come sog-

⁽¹⁸⁾ Per tutte, Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, già citata alla nota 1. V. anche le numerose pronunce citate al par. 6. In passato, la giurisprudenza era in parte orientata in senso contrario, negando al concepito la qualità di soggetto giuridico. V., in particolare, Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1221, con nota di A. ARGENTESI, che parla di “prodotto del concepimento”, per il quale l’ordinamento appresterebbe tutela soltanto “con l’inizio della gravidanza”.

⁽¹⁹⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 715 ss., spec. p. 719, per il quale l’esigenza di una tutela integrale della persona deve indurre a respingere le teorie della pluralità di diritti inviolabili o dell’unico diritto della personalità e a ritenere che la tutela della persona si realizzi attraverso la protezione di unico valore prioritario, che si esprime in una complessità di posizioni di vantaggio, espressioni di un determinato ambiente, di una data cultura e di una certa epoca storica.

⁽²⁰⁾ La sentenza, citata alla nota 1 del presente lavoro, è pubblicata anche in *Nuova*

getto giuridico, titolare, oltre che dei diritti a carattere patrimoniale previsti dal codice civile, di una serie aperta di diritti personalissimi, individuabili di volta in volta dall'interprete, come il diritto alla vita, alla salute, all'onore, alla reputazione, all'identità personale.

La Suprema Corte perviene a questo risultato in virtù di un'interpretazione sistematica e assiologica, basata sulla pluralità delle fonti e sulla clausola generale di centralità della persona, partendo proprio dalla riflessione che il codice civile oggi non costituisce più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento nel quale posizione preminente assume la Carta costituzionale.

L'ingresso di nuove fonti di produzione giuridica, secondo la Cassazione, ha determinato il fenomeno della decodificazione, intesa come venir meno della previsione di disciplina di tutti gli interessi meritevoli di tutela in un unico testo normativo e il fenomeno della depatrimonializzazione, ossia dell'attribuzione alla persona di una posizione primaria, quale portatrice di interessi non solo patrimo-

giur. civ. comm., 2009, I, p. 1258 ss., con commento di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, il quale critica la pronuncia della Corte di Cassazione soprattutto per il metodo seguito nell'interpretazione e, in particolare, il richiamo alla clausola di "centralità della persona" utilizzato per l'affermazione della soggettività del concepito. Secondo l'A. (v. pp. 1270, 1273-1274), il concepito non sarebbe un soggetto di diritto, ma un "oggetto di tutela", non essendovi alcuna norma che gli attribuisce soggettività. In contrario, ad avviso di chi scrive, deve obiettarsi che è proprio la disciplina normativa (più volte richiamata nel presente lavoro) che ha "creato" la soggettività del concepito, perché sono le norme ad attribuire la capacità giuridica ai soggetti e spetta alla "scelta politica del legislatore" decidere chi ha capacità giuridica e, conseguentemente, è soggetto giuridico. La soggettività giuridica non presuppone, come sostiene l'A., "l'agire" dell'individuo nella società, ossia l'agire "in una serie di rapporti giuridici", perché, se così fosse, la soggettività giuridica verrebbe a confondersi con la "capacità d'agire", mentre si tratta di concetti nettamente distinti. Essere soggetto giuridico, infatti, vuol dire avere capacità giuridica (non capacità d'agire) e solo chi è totalmente privo di capacità giuridica non è qualificabile come soggetto di diritto. Sempre in senso critico circa la costruzione di una soggettività giuridica del concepito, v. A.L. BITETTO, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del "bebè prejudice"*, in *Foro it.*, 2010, c. 155 ss.

niali, ma, anche e soprattutto, personali. Clausole generali, come quella di centralità della persona, hanno valorizzato notevolmente il ruolo della giurisprudenza ⁽²¹⁾, che, nell'esercizio di una più ampia discrezionalità, vede crescere la possibilità di "attualizzare" il diritto e di interpretarlo in modo adeguato ai principi costituzionali, anche attraverso l'individuazione di nuove situazioni meritevoli di protezione ⁽²²⁾.

L'evoluzione in tal senso fa sì che il concepito sia protetto, sul piano personale, come titolare di diverse situazioni soggettive esistenti, di interessi non tutti identificabili *a priori*, e, in primo luogo, di diritti fondamentali. Le situazioni soggettive esistenti a lui attribuibili non possono essere definite in modo tassativo, in quanto non costituiscono un numero chiuso e ogni previsione normativa non potrebbe esaurire le esigenze di tutela dell'individuo variabili con il progresso della società.

⁽²¹⁾ F. DI CIOMMO, "Giurisprudenza-normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano, cit., il quale intravede una rivendicazione di poteri e prerogative giurisprudenziali nell'affermazione della Suprema Corte secondo cui "il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice" volta a tutelare al meglio gli interessi meritevoli.

⁽²²⁾ Nella sentenza n. 10741 del 2009, la Corte di Cassazione richiama espressamente il modello ermeneutico della c.d. giurisprudenza degli interessi, con la quale "si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il c.d. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale), la cui valutazione può diventare arbitraria e incontrollata. La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *Rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice".

4. — *La soggettività giuridica del concepito.*

La soggettività giuridica del concepito⁽²³⁾ trova conferma in numerose disposizioni normative, tra le quali ruolo centrale riveste il principio costituzionale di cui all'art. 32 Cost., che non limita la tutela della salute alla fase posteriore alla nascita.

Come già detto, è la legge 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita⁽²⁴⁾, che espressamente riconosce soggettività giuridica al concepito quando, all'art. 1, c. 1, si propone di tutelare “i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”. La norma di cui all'art. 6, c. 3 della stessa legge, impedendo alla coppia che ha espresso la volontà di accedere alle tecniche di procreazione assistita di revocare tale volontà successivamente alla fecondazione dell'ovulo, fa coincidere l'inizio della vita umana con l'atto del concepimento.

La tesi della soggettività giuridica del concepito trova sostegno, altresì, nel principio generale di tutela della vita umana fin dal suo ini-

⁽²³⁾ In dottrina, G. GRASSO, *Sulla soggettività del concepito e dell'embrione prodotto in vitro*, cit., p. 324; C.M. BIANCA, *La norma giuridica, i soggetti*, cit., p. 224; ID., *La famiglia, le successioni*, cit., p. 544; A. PALAZZO, *Contributo alla ricostruzione della tutela del principio di vita*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, II, Padova, 2002, p. 1 ss. e, in particolare, pp. 53 e 57, nt. 119; ID., *La filiazione*, cit., p. 10; A. BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 984, che osserva che “l'essere vitale non ancora nato ma destinato a divenire persona umana, è comunque portatore di interessi primari propri dell'uomo”; F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 533 ss.

⁽²⁴⁾ Sulla legge in materia di procreazione assistita, si vedano, senza pretesa di completezza, F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 628 ss.; C. CASINI, M.L. DI PIETRO e M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 489 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge, 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004, p. 23 ss.; A.M. SPALAZZI CAPRONI, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Vita not.*, 2004, II, p. 1240 ss.; A. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 203. Più di recente, v. la fondamentale analisi di A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., pp. 57, 87 ss.

zio, sancito dall'art. 1, c. 1, l. 22 maggio 1978, n. 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza⁽²⁵⁾. Tale disciplina legislativa dell'aborto, consentendo di sacrificare, in presenza di dati presupposti, la vita del feto per garantire il rispetto della vita e della salute della donna, può essere qualificata come normativa eccezionale, dalla quale si ricava il divieto di ogni violazione del diritto alla vita prenatale al di fuori dei limiti posti dal legislatore.

Allo stesso concepito si riferisce anche la norma del codice penale, che, punendo il delitto di feticidio, equipara l'uccisione del feto a quella del neonato. La norma di cui all'art. 578 c.p. punisce chi cagiona la morte sia del neonato immediatamente dopo il parto, sia del feto durante il parto.

Il concepito viene poi preso in considerazione come soggetto autonomo rispetto alla madre in molte altre previsioni legislative in materia di tutela di diritti fondamentali⁽²⁶⁾. Si pensi, in particolare, alla norma di cui all'art. 92, c. 1, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), che impone agli organismi sanitari che redigono e conservano una cartella clinica di adottare opportuni accorgimenti per distinguere i dati relativi al paziente da quelli relativi ad altri interessati, compresi i nati.

Vi sono poi norme di protezione della maternità nel rapporto di lavoro, che prevedono un periodo di astensione dal lavoro della donna in stato di gravidanza e individuano come titolari del diritto alla salute non solo la lavoratrice gestante, ma anche il concepito⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ C.M. BIANCA, *Commento all'art. 1, l. 22 maggio 1978, n. 194 (norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 1608 ss.

⁽²⁶⁾ Si segnala il regolamento di polizia mortuaria (d.p.r. 10 settembre 1990, n. 285), che riconosce ai genitori, e ai parenti, il diritto di avanzare richiesta per la sepoltura del feto, anche laddove questo abbia un'età apparente inferiore alle 20 settimane (art. 7, cc. 2 e 3), tutelando così un interesse fondamentale di natura esistenziale.

⁽²⁷⁾ Si fa riferimento all'art. 85 d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, T.U. delle disposi-

Tali disposizioni, interpretate unitamente ad altre e, soprattutto, alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, comportano il superamento della concezione che identifica la tutela dell'embrione con quella accordata alla madre.

È, dunque, in relazione al complesso ordinamentale che deve riconoscersi soggettività giuridica al concepito, qualunque sia il grado del suo sviluppo⁽²⁸⁾. A questo risultato l'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale giunge attraverso la valorizzazione del ruolo della dignità dell'essere umano, quale criterio di definizione dei contenuti delle altre situazioni giuridiche soggettive. Come qualità che spetta a

zioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (nel testo modificato dall'art. 7, legge 10 maggio 1982, n. 251), che, nell'indicare gli aventi diritto alla rendita per il caso in cui l'infortunio determini la morte del lavoratore, al n. 2, comprende "tra i superstiti di cui al presente numero, dal giorno della nascita, i figli concepiti alla data dell'infortunio", presumendo concepiti a quella data i nati entro trecento giorni dall'infortunio. Già le norme contenute nella l. 30 dicembre 1971, n. 1204, sulla tutela delle lavoratrici madri, nel prevedere una serie di cautele nello svolgimento del lavoro e un periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per un dato periodo antecedente alla data presunta del parto, individuavano come titolari del diritto alla salute oggetto di tutela, la lavoratrice gestante e il concepito. La l. 30 dicembre 1971, n. 1204 è stata poi abrogata dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), in base al quale le lavoratrici hanno la facoltà di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro" (at. 20 Flessibilità del congedo di maternità). Il decreto prevede, infine, che "il datore di lavoro valuta i rischi per la sicurezza e la salute delle lavoratrici, in particolare i rischi di esposizione ad agenti fisici, chimici o biologici, processi o condizioni di lavoro, nella misura in cui sia noto che mettono in pericolo la salute delle gestanti e del nascituro (art. 11 Valutazione dei rischi).

⁽²⁸⁾ G. GRASSO, *Sulla soggettività del concepito e dell'embrione prodotto in vitro*, cit., p. 324; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, cit., p. 507; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, cit., p. 29; F.D. BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in *La tutela giuridica della vita prenatale* a cura di R. Rossano e S. Sibilla, Torino, 2005, p. 55.

ogni uomo in quanto tale (art. 3, c. 1, art. 41, c. 2 e art. 36, c. 1 Cost.), la dignità è presupposto fondante di altri diritti costituzionalmente garantiti, con funzione di rafforzamento del loro contenuto.

Nella visione individualistica, l'idea di dignità umana dipende dalla valutazione soggettiva che ognuno ha di se stesso e da opinioni formate in base a una scala personale di valori e di convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici, venendo, in ultima istanza, ad identificarsi con la libertà del singolo di autodeterminarsi senza interferenze esterne.

Il ricorso al criterio meramente individualistico appare, però, insufficiente, perché, se può valere nei casi in cui la libera scelta del soggetto produce effetti esclusivamente nella sua sfera individuale, non soddisfa quando la libertà del singolo di regolare da sé la propria esistenza è destinata a ripercuotersi sulla sfera giuridica di altri soggetti. La concezione di dignità deve allora avere carattere oggettivo e corrispondere ad una visione riscontrabile nella coscienza sociale e nella realtà in continuo mutamento.

Nel significato attribuito dalle tradizioni giuridiche europee ⁽²⁹⁾, la dignità umana non spetta solo alle persone che sono in grado di esercitare autodeterminazione, ma a tutti i soggetti, senza distinzioni,

⁽²⁹⁾ Sul concetto di dignità umana, v. F.D. BUSNELLI, E. PALMERINI, *Bioetica e diritto privato*, cit., p. 144, ove si afferma "L'approccio individualistico, inoltre, finendo per attribuire l'individuazione dei valori di volta in volta rilevanti soltanto a chi tale autonomia è in grado di esercitare, resta irrimediabilmente legato alla premessa filosofica che distingue tra agenti morali, persone nel senso pieno del termine ed esseri umani dotati di una dignità inferiore, cui l'esercizio dell'autodeterminazione è in fatto precluso. Nel modello europeo, viceversa, il panorama di valori e di principi è assai più composito: la rilevanza ad essi attribuita consente di dare voce alle molteplici istanze coinvolte in una "scelta tragica", e di bilanciarle nel rispetto dell'uguaglianza di tutti i soggetti che ne sono portatori"; P. PERLINGIERI, L. LONARDO, in *Manuale di diritto civile* a cura di P. Perlingieri, cit., pp. 149 e 152 ss.; E. CATERINI, *Rapporto di assistenza, «contenuto minimo» e tutela della persona*, cit., p. 365 ss.; G. ALPA, *Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 415 ss., che sottolinea la necessità di rendere il concetto di dignità sempre adeguato al rapido mutare dell'esperienza umana.

indipendentemente dalla posizione sociale, dal livello di autonomia e dalla capacità di intendere e di volere. Va riconosciuta, dunque, all'embrione, che è un "individuo" ⁽³⁰⁾ titolare di diritti fondamentali, sebbene non ancora una "persona fisica".

Dall'analisi della sentenza della Cassazione n. 10741 del 2009 ⁽³¹⁾ non risulta una coincidenza, sul piano del diritto, tra i concetti di "persona" e di "soggetto", in quanto la qualità di "persona" non viene attribuita a chi non è ancora nato.

⁽³⁰⁾ Già nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, si proclama che l' "individuo" è titolare di diritti fondamentali (v., in particolare, artt. 2-3) prima del suo riconoscimento, da parte dell'ordinamento, come persona fisica. Fondamentale, in proposito, è il divieto, posto dall'art. 3 della Carta di Nizza, di impiegare il corpo umano (compreso il corpo embrionale) come oggetto di commercio. Sul concetto di "individuo", in dottrina, v. F.D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, cit., p. 217; L. EUSEBI, *Embrione e tecniche procreative*, in *La tutela della vita nascente*, a cura di G. Biscontini e L. Ruggeri, cit., p. 65, che riconosce la sussistenza di un qualsiasi individuo "quando risulta in atto una sequenza di sviluppo esistenziale, che si caratterizza per la sua natura di continuità, vale a dire per il suo procedere una volta instauratasi - purchè si trovi in un ambiente adatto - senza bisogno di ulteriori stimoli dall'esterno, fino alla morte"; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., p. 48, secondo cui "la soggettività esprime il valore umano, che ogni persona porta in sé ed è presente e assoluto, qualunque sia il grado del suo sviluppo fisico e psichico". Cfr., sulla distinzione tra concetto di persona e concetto di uomo, collegato, il primo, alla capacità giuridica generale e il secondo all'attribuzione di alcuni diritti fondamentali connaturati all'essere umano anche prima della nascita, P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1990, p. 437 ss.; ID., *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, in *Riv. dir. civ.* 1997, II, p. 107 ss.; ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La tutela dell'embrione*, a cura di Biscontini e Ruggeri, cit., p.122 ss.; ID., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., pp. 23-24. In giurisprudenza, v. Trib. Monza 8 maggio 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 42 ss., che aderisce alla concezione secondo la quale al concepito deve essere riconosciuto "lo statuto di individuo per lo meno a partire dal momento, precedente la comparsa della c.d. linea primitiva, in cui venga irreversibilmente perduta la capacità di suddivisione in due o più embrioni, fermo restando che, anche prima di tale stadio è innegabile che esso abbia lo statuto ontologico di una struttura biologica umana specificamente organizzata ed autonomamente tesa a dar luogo alla produzione di uno o più individui umani chiaramente discernibili".

⁽³¹⁾ La sentenza n. 10741 del 2009 è richiamata alla precedente nota 1.

Il fatto che la Corte di Cassazione, con la citata pronuncia, non definisca il concepito come “persona” vuol dire che il medesimo non ha gli stessi diritti propri della persona fisica, ma che è titolare, sul piano personale, di diritti fondamentali e di interessi protetti a vario titolo e, sul piano patrimoniale, di specifici diritti.

Emerge, dunque, una formale differenziazione tra le nozioni giuridiche di “persona fisica” e di “soggetto giuridico”.

La qualità di “persona fisica” spetta solo a chi acquista, con la nascita, la “capacità giuridica generale” ed è, quindi, astrattamente idoneo ad essere titolare di diritti e doveri e, più in generale, di qualsiasi situazione soggettiva.

La qualità di “soggetto giuridico”, invece, è più ampia e spetta sia a chi ha la “capacità giuridica generale”, sia a chi è titolare di singoli diritti ed ha una “capacità giuridica speciale”, come, appunto, il concepito⁽³²⁾.

5. — *Il diritto del concepito alla vita e i limiti normativi alla sua tutela.*

La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, con una locuzione dalla portata assai ampia, afferma il diritto alla vita di ogni “individuo” (art. 2), contemplando implicitamente la tutela del concepito.

⁽³²⁾ In tal senso, M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 137; Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, cit. Per un concetto ampio di soggettività, propria anche del non nato, G. DI ROSA, *Vita e diritto: cellule staminali e statuto dell’embrione umano*, in *Studi in onore di A. Palazzo* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, Torino, 2009, II, p. 257 ss., spec. p. 270. Sulla costruzione della soggettività giuridica in forma plurima, con una contrapposizione tra i problemi della persona umana e i problemi di quei soggetti che persone umane non sono (persone giuridiche e ogni altro centro di imputazione soggettiva), v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 673.

Come già evidenziato, la norma di cui all'art. 1, c. 1, della l. 22 maggio 1978, n. 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza pone a carico dello Stato il dovere di tutelare la vita umana fin dal suo inizio.

Che la vita del soggetto nascente abbia un valore distinto rispetto alla vita della donna che lo porta in grembo è poi comprovato dalla giurisprudenza⁽³³⁾, che ammette l'autonoma risarcibilità del danno derivante dalla morte del feto nel corso della gravidanza in conseguenza del fatto colposo dei sanitari. In tal caso, sono i genitori ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento. La mancata nascita causata da *malpractice* medica, infatti, costituisce violazione del diritto alla vita, che, sebbene non rappresenti un pregiudizio riparabile per la vittima dell'illecito, è fonte di danno risarcibile per i sopravvissuti, potendo determinare, per questi ultimi, la lesione dell'interesse ad instaurare il rapporto parentale, la cui tutela è riconducibile ai principi di cui agli artt. 2, 29 e 30 Cost.

⁽³³⁾ Sul risarcimento del danno da lesione della vita nascente, v. Trib. Roma, 6 luglio 2009, in *www.personaedanno.it*, con nota di R. ROSSI, *La perdita del nascituro, il danno non patrimoniale, le parole non dette*, che accoglie l'azione risarcitoria intentata da una donna, che, trovandosi in stato di gravidanza, era stata assistita con grave ritardo dopo il ricovero e che, a causa di tale negligenza dei sanitari, aveva subito un forte peggioramento delle sue condizioni che avevano provocato anche la morte del feto; Trib. Terni, 15 luglio 2006, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 232 ss., con nota di R. BORDON, *Il danno esistenziale dei genitori di un bambino sano e vitale, ma nato morto, alla fine di una regolare gestazione, per una tardiva diagnosi dei medici* e in *Corriere merito*, 2006, p. 1415 ss., con nota di E. GIOVANARDI, *Perdita del frutto del concepimento: danni risarcibili e nesso di causalità*, che condanna l'azienda sanitaria locale a risarcire entrambi i genitori del danno non patrimoniale da essi subito per l'uccisione del feto, conseguente all'omissione delle dovute indagini strumentali sulla gestante e alla ritardata esecuzione del taglio cesareo; Trib. Mantova, 25 gennaio 2006, in *www.ilcaso.it*, che riconosce il risarcimento del danno derivante dal decesso del feto imputabile alla condotta imperita dei medici, ossia dal decesso avvenuto prima del completamento del parto con l'estrazione del feto dal grembo materno e la recisione del cordone ombelicale. Per un più approfondito esame della responsabilità medica per lesione della vita prenatale, v. parr. 5 e 6, del presente lavoro.

Nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 27 del 1975⁽³⁴⁾, ebbe il merito di collocare le situazioni soggettive del feto tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione⁽³⁵⁾, ma, nel contempo, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse venire interrotta quando implicasse danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre.

In quella occasione era emersa la necessità del contemperamento degli interessi facenti capo alla gestante e al feto, che non avrebbero potuto trovare identica tutela. Nell'operare il bilanciamento degli interessi, la sentenza n. 27 del 1975 riconobbe prevalenza alla posizione della donna, in presenza di condizioni tali da giustificare la soppressione del feto.

Con riguardo ai limiti posti alla tutela del diritto del concepito a nascere, un ruolo fondamentale ha svolto la valutazione espressa dalla Corte costituzionale, circa venti anni dopo l'approvazione della l. 1978 n. 194, con la pronuncia n. 35 del 1997⁽³⁶⁾.

A quel tempo la Consulta si trovò ad affrontare la domanda di referendum per l'abrogazione parziale della l. 1978, n. 194 e per la sostanziale liberalizzazione dell'aborto, ma la domanda fu rigettata. L'aborto non ricevette una tutela generalizzata, tant'è che, se opera-

⁽³⁴⁾ Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2099 ss., con commento di S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, che affermò la liceità dell'aborto se ancorato alla valutazione della sussistenza di date condizioni, ma, nel contempo, ribadì l'obbligo del legislatore di intervenire per impedire che l'interruzione della gravidanza fosse praticata senza il controllo sull'effettiva gravità del danno per la donna.

⁽³⁵⁾ Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, pp. 681 e 780.

⁽³⁶⁾ Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. it.*, 1997, I, c. 348 ss., con nota di M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale*, che ribadisce sostanzialmente i principi affermati con la sentenza del 1975, n. 27.

to al di fuori delle ipotesi previste dalla legge (artt. 4 e 6, accertate nei termini di cui agli artt. 5 e 8 della l. 1978, n. 194), resta una fattispecie di reato, sia a carico del medico, che della gestante (art. 19). Col rigetto della richiesta di *referendum*, furono, però, richiamati dalla Corte costituzionale i principi già elaborati un ventennio prima, secondo i quali “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute della madre, che è già persona, e quello dell’embrione, che persona ancora deve diventare”.

Il principio della prevalenza dei diritti della madre rispetto ai diritti riferibili al nascituro è stato nuovamente ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 151 del 2009⁽³⁷⁾. Tale pronuncia ha inciso profondamente sull’assetto complessivo della legge 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita, che, secondo il testo originario, era improntata sulla tutela assoluta e incondizionata dell’embrione. L’obiettivo della Corte è stato quello di raffor-

⁽³⁷⁾ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1656 ss., con nota di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata* e di C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena difendere?”*. Per altri commenti, v.: A. PORRACCILO, *Nella creazione del materiale genetico resta il limite dello “strettamente necessario”*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 21, p. 36 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1213 ss.; R. VILLANI, *Procreazione assistita e Corte costituzionale: presupposti e conseguenze (dirette e indirette) del recente intervento della Consulta sulla disciplina della l. n. 40/04*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 475 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2010, p. 281 ss.; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *ibidem*, p. 289 ss.; G. RAZZANO, *L’essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all’ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, *ivi*, p. 295 ss. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 151 del 2009, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di due disposizioni della legge 2004, n. 40: dell’art. 14, 2° comma, limitatamente alle parole “ad un unico contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre” e dell’art. 14, 3° comma, nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

zare il collegamento tra i complessi normativi che disciplinano l'aborto e la procreazione assistita, ponendo in primo piano la "salute della donna".

È, dunque, corretto affermare che, nel contesto giuridico attuale, il diritto del concepito a nascere è tutelato in modo pieno solo nei confronti di persone diverse dalla madre.

La tutela del diritto a nascere subisce, invece, forti limitazioni quando entra in collisione con il diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna.

Come è noto, per praticare l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni dal concepimento, la norma di cui all'art. 4 della l. 1978, n. 194 prevede che la donna si rivolga al medico, accusando circostanze per le quali il parto o la maternità comporterebbero un "serio pericolo per la sua salute, fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito". Se il medico rilascia alla donna un certificato che attesta l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, la donna può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare l'interruzione volontaria della gravidanza (art. 5, 3° comma, l. 1978, n. 194); al contrario, se non viene riscontrata l'urgenza, il medico redige un documento che attesta lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta della gestante e invita la stessa ad attendere sette giorni, trascorsi i quali potrà decidere liberamente di sottoporsi alla pratica abortiva (art. 5, 4° comma).

Ai sensi dell'art. 6 della l. 1978, n. 194, dopo i primi novanta giorni dal concepimento, l'aborto può essere praticato in due sole ipotesi: "quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna"; "quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni

del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”⁽³⁸⁾.

È certo che le anomalie fetali non sono mai rilevanti in sé e per sé, come causa diretta legittimante il ricorso all’interruzione della gravidanza, ma esclusivamente come causa indiretta, nella misura in cui costituiscano un pericolo per la salute fisica o psichica della gestante. Nell’assetto complessivo della legge 1978, n. 194, l’eliminazione del feto è ammissibile solo in quanto “terapeutica” per la donna e, quindi, esclusivamente a tutela della salute e della vita della stessa.

Tuttavia, la legge 1978, n. 194 non dà una definizione di “malformazioni”, che vengono intese in senso ampio e generico e, entro i primi novanta giorni dal concepimento, rimette sostanzialmente la decisione alla libera scelta della donna. Le norme della l. 1978, n. 194, infatti, attribuiscono il diritto di interrompere la gravidanza in via esclusiva alla donna (art. 12, l. 1978, n. 194), la quale ha la facoltà, non l’obbligo, di consultare il “padre del concepito”, allorché si trova ad esaminare, col sostegno delle strutture socio-sanitarie, le possibili soluzioni al problema posto in concreto (art. 5, 1° comma della l. 1978, n. 194).

Autorevole dottrina⁽³⁹⁾ sottolinea che solo da poco tempo, nel no-

⁽³⁸⁾ In senso critico, v. G. GAMBINO, *Diagnosi prenatale*, cit., pp. 400-401, secondo cui la norma di cui all’art. 6, l. 1978, n. 194 si contraddistingue “per l’incertezza della fattispecie considerata”, che si presta a interpretazioni distorte. L’A. afferma che “la stessa terminologia usata, che fa riferimento a malformazioni “rilevanti” del feto, viene interpretata, nella prassi, nel senso di legittimare l’aborto anche quando la salute del nascituro non risulterà gravemente compromessa o addirittura quando non si abbia certezza di un danno al feto, ma se ne possa sospettare solo il pericolo”.

⁽³⁹⁾ S. RODOTÀ, *Governare la vita*, in *Studi in onore di A. Palazzo* a cura di S. Mazzaresse e A. Sassi, cit., II, p. 739 ss.; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Milano, 2009, p. 52 ss.; A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1, p. 127 ss., spec. p. 156, che configura una dimensione di doverosità organizzativa dell’amministrazione sanitaria, ricostruendo la garanzia del consenso informato attraverso il riconoscimento

stro Paese, l'autodeterminazione della donna e, più in generale, della persona, ha ricevuto la giusta rilevanza come "governo del sé", e non solo del proprio corpo, in quanto la giurisprudenza, in tempi recenti, ne ha esplicitamente affermato la natura di situazione esistenziale afferente all'ampio diritto all'integrità psico-fisica.

Più precisamente, la Corte costituzionale⁽⁴⁰⁾ e la Corte di Cassazione⁽⁴¹⁾ hanno ampliato il contenuto di quel diritto fondamentale, non più collegato soltanto alla salute, ma alla vita della persona in tutti i suoi aspetti, interiori ed esteriori, identificandosi, in ultima

costituzionale dei diritti fondamentali all'autodeterminazione e alla salute nel percorso di cura della persona.

⁽⁴⁰⁾ Fondamentali, in questo percorso, sono due recenti sentenze della Corte costituzionale: Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, III, p. 4945 ss., con nota di D. MORANA, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative* e di C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*; Corte cost. 23 luglio 2009, n. 253, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2890 ss. Con entrambe le pronunce, la Corte costituzionale afferma che "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost. pone in risalto il sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, 2° comma Cost."

⁽⁴¹⁾ Emblematica del risultato raggiunto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel senso di un'esplicita affermazione di un autonomo diritto all'autodeterminazione della donna, è la recente pronuncia del 4 gennaio 2010, n. 13 (in *Famiglia e minori*, *Guida dir.*, 2010, 2, p. 36 ss. e in *Contratti*, 2010, p. 662 ss., con commento di V. DE FEO), secondo la quale la nascita indesiderata di un bambino malformato, conseguente ad imperizia del medico per tardiva o omessa esecuzione dei dovuti accertamenti clinici (nella specie, l'esame ecografico non aveva rivelato la patologia da cui era affetto il feto), incide sul diritto all'autodeterminazione della donna, ovvero sul diritto della gestante di esercitare pratiche interruttrive della gravidanza nei termini legislativamente previsti. La pronuncia fa riferimento ad un caso in cui la donna aveva perso la possibilità di abortire, in seguito all'errata diagnosi delle malformazioni del feto.

analisi, con il potere generale di controllo che l'individuo possiede su di sè. L'ampliamento dell'autodeterminazione, con riguardo allo stato psico-fisichico e all'intera esistenza della persona, scaturisce da un'interpretazione dell'art. 13 Cost. coerente con l'intero sistema costituzionale e, in particolare, con il principio di cui all'art. 32, 2° comma Cost., che pone a carico del legislatore l'obbligo inviolabile del "rispetto della persona umana" in tutti i suoi aspetti, primo fra tutti quello esistenziale⁽⁴²⁾.

Il diritto all'autodeterminazione viene definito, propriamente, come componente del consenso informato⁽⁴³⁾ del paziente, che ha or-

⁽⁴²⁾ Si ricorda che il diritto all'autodeterminazione, nella dottrina americana in tema di aborto, era emerso quale diritto della donna sul proprio corpo, come *right to control our own body in order to control our own lives*. V., in proposito, A. RIZZIERI, *L'aborto nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 228 ss. Nel nostro Paese, tale diritto è stato riferito, inizialmente, alla gestione del proprio corpo e della propria sessualità, ravvisandone il referente costituzionale nel principio di libertà di cui all'art. 13 Cost. Successivamente, tale diritto è stato esteso alla salute quale completo benessere personale, che incorpora, oltre all'integrità fisica, gli aspetti psichici, fino a coinvolgere l'intera personalità, trovando, quindi, ulteriori basi normative negli artt. 2 e 32, 1° comma Cost. Si veda, al riguardo, P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La tutela dell'embrione a cura di G. Biscontini e L. Ruggeri*, cit., pp. 128 e 134, il quale sottolinea come il diritto alla salute, il diritto sul proprio corpo, l'autodeterminazione "tendono ad avvilupparsi tra loro" e osserva che "il nucleo dell'autodeterminazione garantito dall'art. 13 Cost. funge da aggregante e collega diritto sul proprio corpo, diritto alla salute, identità personale, *privacy* in senso forte".

⁽⁴³⁾ L'imprescindibilità del consenso del paziente ai trattamenti è affermata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3), dalla Convenzione di Oviedo (art. 5), da molte leggi speciali (art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale) e dal codice di deontologia medica (art. 35). In dottrina, sul consenso informato al trattamento medico, v. M. COSTANZA, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1435 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1998, p. 37 ss.; A. SASSI, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, in *Permanenze dell'interpretazione civile*, a cura di A. Palazzo, cit., p. 377 ss., spec. p. 409. In giurisprudenza, v., tra le tante, Cass. 12 marzo 2010, n. 6045, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1010 ss., con nota di S. BALBUSSO, *Difet-*

mai assunto una funzione centrale nei trattamenti sanitari, in contrasto con la visione tradizionale che assegnava alle scelte terapeutiche del medico un ruolo preminente nel rapporto di cura. Il consenso informato è, infatti, inteso quale “sintesi” di due diritti fondamentali, l'autodeterminazione e la salute della persona.

Se dal quadro delineato emerge la crescente forza espansiva dell'autodeterminazione della donna rispetto alla vita del nascituro, va, peraltro, richiamato il limite normativo posto a tutela del diritto del concepito a nascere, nell'ipotesi in cui siano decorsi i novanta giorni dal concepimento. Tale limite all'autonomia della donna risulta espresso dalla legge 1978 n. 194, che, con riguardo all'ipotesi in cui il feto abbia capacità di vita autonoma, ammette l'aborto tardivo solo quando la gravidanza comporti “un grave pericolo per la vita” della stessa donna⁽⁴⁴⁾ (art. 6, lett. a, l. 1978, n. 194). Al di fuori di quest'ultimo caso, l'aborto non è consentito, in quanto il medico che esegue l'intervento ha l'obbligo di adottare “ogni misura idonea a

to di informazione o consenso: problemi di autodeterminazione al trattamento medico, secondo cui va risarcito il danno derivante al paziente dalla mancata acquisizione del consenso informato, anche nel caso in cui non vi sia stato alcun pregiudizio alla salute, purchè il paziente allegli la violazione del diritto all'autodeterminazione derivante dalla condotta omissiva del sanitario; Cass., 30 gennaio 2009, n. 2468, in Resp. civ., p. 370, secondo cui “anche nei casi di necessità clinica, il paziente deve essere informato del trattamento a cui lo si vuole sottoporre e ha diritto di dare o negare il suo consenso, in tutti i casi in cui sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente. Dal consenso si potrebbe prescindere solo nei casi di obiettiva e indifferibile urgenza del trattamento sanitario, o per specifiche esigenze di interesse pubblico (rischi di contagio per terzi o altro) che il giudice deve indicare nella motivazione. Al di fuori di tali casi, dall'acquisizione del consenso informato del paziente dipende la legittimità dell'atto medico”; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., ove il problema della tutela dell'autodeterminazione del malato viene affrontato con riguardo al caso in cui questi, versando in uno stato vegetativo permanente, non sia più in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso verso i trattamenti sanitari.

⁽⁴⁴⁾ L. ROSSI CARLEO, *Commento all'art. 6 l. 22 maggio 1978, n. 194 (norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria della gravidanza)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 1635 ss.

salvaguardare la vita del feto” ⁽⁴⁵⁾ (art. 7, 3° comma della l. 1978, n. 194).

Una puntualizzazione in tal senso è stata fornita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 366 del 2004 ⁽⁴⁶⁾, che sottolinea la maggiore protezione accordata al nascituro allorchè la dipendenza dal corpo della donna non è più condizione necessaria per la sua sopravvivenza.

Con questa pronuncia, si chiarisce che il presupposto per legittimare l’aborto dopo i primi novanta giorni non è soltanto l’accertamento dei processi patologici che comportino un grave pericolo per la salute della madre, essendo necessario, altresì, che non vi sia “possibilità di vita autonoma del feto” (v. art. 7, 3° comma, l. 1978, n. 194). Quando il feto ha possibilità di vita autonoma, quindi, la sussistenza di un pericolo per la salute della donna non sarebbe sufficiente a legittimare la soppressione del feto. Per “possibilità di vita autonoma del feto” la giurisprudenza ⁽⁴⁷⁾ intende la capacità di vita extracorporea, vale a dire “quel grado di maturità del feto che gli consentirebbe, una volta estratto dal grembo materno, di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione”.

⁽⁴⁵⁾ M.C. ANDRINI, *Commento all’art. 7 l. 22 maggio 1978, n. 194 (norme per la tutela sociale della maternità e per l’interruzione volontaria della gravidanza)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 1642 ss., che parla di “soggettività giuridica” del feto suscettibile di vita autonoma.

⁽⁴⁶⁾ Corte cost., 17-26 novembre 2004, n. 366, in *Giur. cost.*, 2004, p. 3989 ss., che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 5, 6 e 7 della legge 194. La questione era stata sollevata, in riferimento agli artt. 2, 27, ult. comma e 32 Cost., dal Tribunale di Udine con l’ordinanza del 21 luglio 2003.

⁽⁴⁷⁾ Così, Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 619, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*; Trib. Terni, 15 luglio 2006, cit., che, con riferimento al concepito, parla di “soggettività giuridica attenuata, che comprende la legittima aspettativa a nascere ed a vivere, aspettativa che diviene diritto soggettivo nel momento in cui il feto acquista capacità di vita autonoma”.

6. — *Il diritto del concepito alla salute e la responsabilità dei sanitari.*

Secondo l'opinione della dottrina⁽⁴⁸⁾ e della giurisprudenza ormai consolidate⁽⁴⁹⁾, il concepito è portatore del diritto di “nascere sano”, come esplicazione del diritto fondamentale alla salute.

Il diritto di nascere sano non indica la pretesa di essere generati da genitori sani o la pretesa di non nascere se portatori di malattie ereditarie. Il diritto di nascere sano va inteso come diritto di nascere senza subire lesioni nella fase prenatale a causa di condotte negligenti o imperite dei medici o di terzi. Più precisamente, la tutela di tale diritto si muove in due direzioni: in senso pubblicistico, così da imporre allo Stato di predisporre gli istituti normativi idonei a proteggere la gravidanza, le strutture di cura e assistenza in grado di garantire una nascita sana; in senso privatistico, per garantire che nessuno possa arrecare pregiudizi, con comportamento omissivo o commissivo, alla salute del concepito. Pertanto le conseguenze dannose che si ripercuotono sulla vita postnatale del soggetto, per fatti

⁽⁴⁸⁾ In dottrina, sulla risarcibilità del danno al nascituro quale portatore di un interesse proprio, giuridicamente tutelato, A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, p. 70; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, 5, Milano, 2003, pp. 628-629; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 121; P. RESCIGNO, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, pp. 87-88; A. SASSI, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE (a cura di), *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., p. 434; A. LISERRE, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 97 ss.; ID., *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1691.

⁽⁴⁹⁾ Tra le altre, v. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., secondo la quale “Stanti la soggettività giuridica - entro determinati limiti - del concepito e il suo diritto a nascere, nei confronti di questo e dei suoi genitori rispondono per danni, patrimoniali e non, connessi a rilevanti patologie del feto, i sanitari che abbiano mancato di informare la madre (il cui rapporto con i medici produce effetti protettivi, nei confronti del nascituro) dei probabili rischi connessi all'assunzione di farmaci per facilitare il concepimento, quando tali sostanze abbiano determinato l'insorgenza di gravi malformazioni del nascituro”; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.

illeciti antecedenti alla sua nascita, devono trovare adeguata riparazione attraverso l'azione esperibile dai genitori esercenti la potestà ai sensi dell'art. 320 c.c.

Il fondamento di tale diritto deve rinvenirsi, a livello costituzionale, nelle norme di cui agli artt. 2 e 32 Cost. e nella norma che protegge la maternità (art. 31, 2° comma Cost.).

Specifici riferimenti alla salute del concepito sono presenti nella legge 2004, n. 40, che vieta qualsiasi attività di ricerca clinica e di sperimentazione sugli embrioni umani, fatta eccezione per i casi in cui si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso (art. 13, 2° comma, l. 40/2004).

Una conferma della rilevanza autonoma della salute del concepito rispetto alla salute della madre è data anche dalla legge 29 luglio 1975, n. 405 (Istituzione dei consultori familiari), che, all'art. 1, istituisce un servizio di "assistenza alla famiglia e alla maternità" con lo scopo, tra l'altro, di "tutela della donna e del prodotto del concepimento". Tale disposizione, pur utilizzando una terminologia impropria, indica "il prodotto del concepimento" come ente distinto, meritevole di autonoma protezione.

Allorchè si esamina la giurisprudenza degli ultimi decenni, si osserva che la salute del concepito è ritenuta meritevole non solo di una tutela indiretta, attuata attraverso la salvaguardia dei diritti della madre, ma anche di una tutela diretta ed autonoma, da far valere in relazione ai danni subiti dal concepito durante la vita prenatale.

L'azione risarcitoria nell'interesse del figlio, per lesione del suo diritto a nascere sano, può essere avanzata in ogni caso in cui le conseguenze pregiudizievoli siano scaturite da negligenza, imprudenza, scorrettezza o imperizia dei sanitari, purché tra la condotta posta in essere e il danno prodotto sussista un nesso eziologico. Si pensi ad un parto male eseguito, all'erroneo trattamento sanitario causato da un'inesatta

diagnosi prenatale o da un'errata valutazione del quadro clinico precedente al parto, ove da tali fatti sia derivata, come conseguenza immediata e diretta, una lesione dell'integrità psico-fisica del nascituro.

È opinione consolidata che la responsabilità medica per danni subiti da chi, al momento del fatto lesivo, sia già concepito, ma non ancora nato, ricada, nella maggioranza delle ipotesi, nel campo della responsabilità contrattuale.

Va rilevato che il comportamento negligente dei sanitari potrebbe determinare, al tempo stesso, non solo la violazione di specifici obblighi, con il profilarsi di una responsabilità contrattuale, ma anche la lesione di diritti fondamentali, con conseguente configurazione di una responsabilità extracontrattuale. La regola del concorso di responsabilità⁽⁵⁰⁾ presenta il vantaggio di ampliare la sfera di tutela del danneggiato, il quale ha la possibilità di invocare entrambe le discipline, lasciando al giudice il compito di decidere quali norme applicare nel caso concreto.

Fino alla fine degli anni ottanta, la giurisprudenza prevalente⁽⁵¹⁾

⁽⁵⁰⁾ In merito alla possibilità di concorso tra le due forme di responsabilità, in giurisprudenza, v., tra le numerose sentenze, Cass., 19 gennaio 1977, n. 261, in *Resp. civ. e prev.*, 1977, p. 478; Cass., 27 febbraio 1980, n. 1376, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 1459; Cass., 23 giugno 1994, n. 6064, in *Foro it.*, 1995, I, c. 201 ss. In dottrina, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 677 ss.; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno, contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. VISINTINI, Milano, 1984, p. 155 ss.; G. PONZANELLI, *Concorso di responsabilità; le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, p. 36 ss.; P. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, 5, cit., p. 546; P. MONATERI, *La responsabilità civile*, III, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 698 ss. Sul concorso tra le due forme di responsabilità in materia di sperimentazione medica sull'uomo, v. A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., p. 116 ss.

⁽⁵¹⁾ V., ad esempio, Trib. Verona 15 ottobre 1990, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 422 ss., con nota di D. CARUSI, *Tutela giuridica della vita prenatale e risarcimento del danno nell'illecito plurioffensivo*. Nel senso della responsabilità extracontrattuale dell'ente

riteneva che la responsabilità del medico dipendente dall'ente ospedaliero avesse natura aquiliana, poiché tra paziente e medico inserito nella struttura non esisteva alcun rapporto obbligatorio. Negli anni successivi, la teorizzazione degli obblighi di protezione del paziente, volti a preservarlo da fatti lesivi connessi all'esecuzione della prestazione sanitaria, ha condotto, invece, alla qualificazione della responsabilità medica come responsabilità di natura contrattuale⁽⁵²⁾.

L'attuale tendenza interpretativa è ormai verso la contrattualizzazione del rapporto con la partoriente, basata sul rilievo che l'accettazione all'atto del ricovero in ospedale comporta la conclusione di un contratto atipico, il contratto di ospedalità o di assistenza sanitaria⁽⁵³⁾. L'impostazione ha indotto a ravvisare il titolo della responsabilità sia della struttura ospedaliera, sia del singolo medico⁽⁵⁴⁾, nell'inademp-

ospedaliero, basata sulla mancanza di un rapporto contrattuale con il nascituro, Trib. Milano, 13 maggio 1982, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 156 ss.

⁽⁵²⁾ Sull'evoluzione del rapporto giuridico medico-paziente, Alb. DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 1 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 325 ss.; P. PROTO PISANI, *La natura della responsabilità del medico*, in *Il danno risarcibile a cura di G. Vettori*, Padova, 2004, p. 1345 ss., in part. p. 1353; R. PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 445 ss.; F. MAZZASETTE, *La responsabilità civile del medico tra pronunce giurisprudenziali ed interventi legislativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 85 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 541 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2296 ss., che afferma la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente di un ente ospedaliero pubblico. Sulla centralità del contratto terapeutico nell'ambito della responsabilità medica, v. Trib. Genova, 20 ottobre 2005, con nota di I. CARASSALE, *Dal sistema della centralità della colpa professionale al sistema della centralità del contratto stipulato dall'ente (in particolare la struttura privata in ambito sanitario)*, in *Giur. it.*, 2007, p. 74 ss. Più di recente, v., per tutte, Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giur. it.*, 2008, p. 63 ss., successivamente confermata da Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008 n. 577, in *Foro it.*, 2008, c. 455 ss., con nota di A. PALMIERI.

⁽⁵³⁾ Circa il contratto di ospedalità fra casa di cura e paziente (nella specie, una partoriente), v. Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, p. 537 ss.

⁽⁵⁴⁾ I profili della responsabilità del singolo medico inquadrato nella struttura sa-

mento delle obbligazioni ai sensi dell'art. 1218 c.c., con conseguente applicazione dei criteri generali di cui agli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c. Tale via sembra preferibile rispetto a quella che inquadra la fattispecie nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, sia per la diversa distribuzione dell'onere probatorio, sia per il differente termine di prescrizione dell'azione.

È stato il crescente *favor* che ha accompagnato la posizione del paziente, in nome della difesa della dignità umana, a determinare un alleggerimento degli oneri probatori a suo carico. Ciò ha portato all'accoglimento del principio di vicinanza alla prova o di riferibilità, che pone l'onere della prova dell'incolpevolezza a carico del sanitario che ha maggiore possibilità di fornirla, in quanto rientrante nella sua sfera di dominio e in possesso del bagaglio conoscitivo necessario⁽⁵⁵⁾.

Nel caso di danno subito da chi sia nato con una patologia evitabile con una corretta terapia non operata dai medici, non è necessario dimostrare la colpa di questi ultimi, ma soltanto allegare la circostanza dell'inadempimento della prestazione di cura che formava oggetto del contratto. Pertanto è sufficiente provare il fatto idoneo a far sorgere l'obbligazione (ad esempio, il contratto con la struttura sanitaria, il certificato di ricovero o la cartella clinica), l'esistenza e la quantità del danno ed il nesso di causalità tra il fatto e le conseguenze dannose prodotte.

Al momento del ricovero della donna in stato di gravidanza, l'ente ospedaliero assume non solo l'obbligo di cura e di assistenza al parto,

nitaria saranno meglio esaminati nel par. seguente.

⁽⁵⁵⁾ Il principio di vicinanza alla prova o di riferibilità è inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di fornire la prova. V., per tutte, Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, cit., secondo cui la prova dell'incolpevolezza dell'inadempimento è riferibile alla sfera d'azione del debitore "in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, essendo estranee alla comune esperienza, e viceversa proprie del bagaglio del debitore", come nel caso dell'esecuzione della prestazione medica.

ma anche l'obbligo di evitare al feto qualsiasi danno⁽⁵⁶⁾. La casa di cura pubblica è equiparata a quella privata per quanto concerne il regime della responsabilità, trattandosi di violazioni che incidono sul bene della salute tutelato dalla Carta costituzionale, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria.

Il contratto fra la casa di cura e la partorientente comprende, oltre alla fornitura di prestazioni di vitto e alloggio, la messa a disposizione del personale medico, ausiliario e paramedico, nonché l'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature sanitarie necessarie, anche in vista di eventuali complicanze. Il contenuto del contratto di ospedalità è, perciò, complesso, essendo costituito, oltre che da un'attività diligente indirizzata verso il risultato utile per la salute della donna e del nascituro, anche da una serie di doveri complementari e accessori all'obbligo principale di cura, quali doveri di informazione, di avviso, di assistenza, anche post-operatoria, di custodia, di vigilanza e di rispetto della persona sotto ogni aspetto.

I doveri che caratterizzano la peculiare natura della prestazione sanitaria si ricavano non solo dal codice civile e dalle leggi speciali che regolano la relativa attività, ma anche dalle norme del Codice deontologico medico⁽⁵⁷⁾. Tali doveri di protezione trovano la loro fonte

⁽⁵⁶⁾ Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, cit., che afferma la responsabilità della casa di cura per inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di ospedalità.

⁽⁵⁷⁾ L'ultima versione del Codice deontologico medico è stata approvata il 15 dicembre 2006 dal Consiglio della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici ed è pubblicata in *Bollettino d'inform. Ordine Med. Chir.*, giugno 2006. Deve prendersi atto della tendenza, sempre più diffusa in dottrina ed in giurisprudenza, a far transitare la deontologia, quale espressione dell'etica professionale, dalla sfera dell'ordinamento morale a quella dell'ordinamento giuridico. In dottrina, affermano la rilevanza giuridica dei codici deontologici e la loro funzione di parametro normativo alla stregua del quale valutare la condotta dei professionisti, G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2006, p. 547 ss.; A. BELLELLI, *Codice deontologico medico e tutela del paziente*, in P. ZATTI, *Le fonti di autodisciplina*, Padova,

nella clausola generale di buona fede e, più esattamente, nel principio costituzionale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., coordinato con il principio di cui all'art. 32 Cost. Rileva, quindi, come responsabilità contrattuale anche l'omissione di informazioni che il medico è tenuto a fornire alla paziente prima di sottoporla a un trattamento⁽⁵⁸⁾. L'inadempimento della struttura ospedaliera, secondo la

1996, p. 116 ss.; ID., *Il codice deontologico medico e il suo valore giuridico*, in M. BARNI, *Bioetica, deontologia e diritto. Per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999, p. 22 ss.; ID., *Tutela della privacy, Comm. alla l. 31 dicembre 1996, n. 675. Capo IV*, sub art. 25, *Il codice deontologico dei giornalisti relativo al trattamento dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 598 ss. e *Legge sulla privacy e codice deontologico dei giornalisti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 3 ss.; ID., *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche in materia di procreazione artificiale*, in *Verso nuove forme di maternità*, cit., p. 89 ss.; G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004, p. 139 ss. In giurisprudenza, per tutte, Cass. Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Mass. Giur. it.*, 2007, secondo cui le regole deontologiche che il professionista è tenuto ad osservare non solo nei riguardi degli altri professionisti, ma anche nei confronti dei terzi, “costituiscono esplicitazioni dei principi generali” e sono “fonti normative integrative del precetto legislativo”; in senso conforme, Cass. 21 agosto 1985, n. 4460, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 195 e Cass. 24 luglio 1996, n. 6680, in *Riv. not.*, 1996, II, p. 1225 ss. In senso contrario, A.M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 616 ss., secondo il quale le prescrizioni deontologiche sono precetti extragiuridici espressione di autonomia privata che si applicano solo alla categoria professionale e che vengono sanzionati solo all'interno della categoria.

⁽⁵⁸⁾ Da ultimo, tra le tante, v. Trib. Milano, 22 ottobre 2009, in *Corr. merito*, 2010, p. 16 ss., che afferma che nel contratto tra medico e paziente, il professionista “ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32, 2° comma Cost. (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dall'art. 13 Cost. (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica) e dall'art. 33, legge 23 dicembre 1978, n. 833 (che esclude la possibilità d'accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se

giurisprudenza più recente⁽⁵⁹⁾, può essere ravvisato anche con riguardo a difetti organizzativi, all'inadeguatezza dei macchinari occorrenti per affrontare le emergenze, ovvero al ritardo, ad opera del personale ausiliario, nel prestare assistenza o nel trasferire il neonato in un centro ospedaliero attrezzato.

La responsabilità dell'ente, ove derivi dalla violazione di obblighi direttamente a suo carico, non può definirsi oggettiva, in quanto legata pur sempre alla colpa del medesimo, il quale ha la possibilità di sottrarsi alle conseguenze dell'inadempimento dimostrando che la prestazione è stata eseguita in modo diligente ovvero che l'inadempimento non vi è stato o che è stato causato da un evento, imprevedibile o inevitabile (ad esempio, il sopravvenire di un'improvvisa

questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità ex art. 54 c.p.). L'obbligo di informazione, che si estende allo stato di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui il medico presta la propria attività, riguarda i soli rischi prevedibili e non anche gli esiti anomali”.

⁽⁵⁹⁾ Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1276 ss. con nota di A. QUERCI, *Un ulteriore passo in avanti verso l'autonomizzazione della responsabilità della struttura sanitaria (pubblica)*, che configura una responsabilità autonoma e diretta della struttura sanitaria per danni derivati al feto dall'inadempimento dell'obbligo di prestare alla partoriente adeguata assistenza nelle fasi del parto, anche mediante trasferimento in centro ospedaliero più attrezzato; Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., secondo cui la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, pubblica o privata, può conseguire o, direttamente, all'inadempimento di obblighi a suo carico ex art. 1218 c.c. o, indirettamente, all'inadempimento di obblighi da parte del medico nella veste di ausiliario della clinica ex art. 1228 c.c. In questo secondo caso, la struttura risponde in quanto obbligata a far sì che il personale medico effettui la prestazione in maniera corretta: a tal fine, non rileva se il medico che esegue l'intervento sia o meno inquadrato nella struttura da un rapporto di lavoro subordinato, perché è sufficiente l'inserimento in modo continuativo del professionista nell'organizzazione aziendale, anche senza vincolo di dipendenza strutturale. Con riferimento ai danni derivanti al neonato da mancanza di apparecchiatura essenziale per una corretta terapia, v., anche: Trib. Venezia, 10 ottobre 2006, in *Resp. civ.*, 2007, p. 521 ss., con nota di M. FACCIOLE, *Ancora sulla responsabilità degli enti sanitari per carenze strutturali ed organizzative: lo standard di efficienza esigibile dall'ospedale*; Cass., 16 maggio 2000, n. 6318, in *Danno e resp.*, 2001, p. 154, con nota di G. CASSANO.

condizione patologica della paziente).

Di responsabilità oggettiva nei confronti del nascituro potrebbe, invece, parlarsi nei casi in cui la struttura sanitaria sia chiamata a rispondere dell'inadempimento delle prestazioni di cura che la stessa svolge a mezzo del personale medico e paramedico.

La responsabilità contrattuale della clinica, infatti, può conseguire, oltre che all'inadempimento di obblighi direttamente a suo carico *ex art. 1218 c.c.*, anche indirettamente all'inadempimento di obblighi da parte del personale ausiliario ai sensi dell'*art. 1228 c.c.*⁽⁶⁰⁾. In questo secondo caso, la struttura, valendosi dell'opera di terzi, assume il rischio del loro operato e risponde anche del fatto doloso o colposo di costoro, a prescindere dalla colpa nella scelta o nella vigilanza del personale medico e paramedico⁽⁶¹⁾. Dovrebbe allora propriamente parlarsi di responsabilità oggettiva, proprio perchè all'ente responsabile non è consentito di liberarsi se non provando che il fatto dell'ausiliario sia immune da colpa.

Il contratto stipulato dalla gestante con la clinica ha per oggetto prestazioni dirette sia nei confronti della madre, sia nei confronti del nascituro. L'estensione di efficacia del contratto di ospedalità a favo-

⁽⁶⁰⁾ In certi casi, la responsabilità dell'ente si pone accanto a quella del medico colpevole, sicchè si hanno due obbligazioni solidali passive. In altri casi la responsabilità dell'ente è esclusiva, quando la mancata riuscita dell'intervento non può imputarsi alla condotta colpevole del singolo medico, ma solo a disfunzioni organizzative e inefficienze della struttura sanitaria. V. Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., che afferma la responsabilità della ASL sia per la propria disfunzione organizzativa (grave ritardo nella fissazione dell'esame ecografico), sia per il fatto colposo del medico ausiliario (errore nell'esecuzione dell'ecografia). V. anche Cass., 14 luglio 2004, n. 13066. Nella specie, le inadempienze erano consistite nell'insufficienza delle apparecchiature di rilevazione del battito cardiaco, necessarie per affrontare l'emergenza di una sindrome asfittica di un neonato, nella totale assenza di una struttura di rianimazione e nella mancanza di un'efficiente organizzazione per il trasferimento in un centro ospedaliero attrezzato. Tutto ciò aveva causato il decesso del feto, seguito alle gravissime affezioni contratte in periodo prenatale.

⁽⁶¹⁾ C. M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, 5, cit., pp. 59-64, in part. p. 63.

re del concepito discende non solo dalla disposizione di cui all'art. 1411 c.c. sul contratto a favore di terzi, ma, come sostiene la Corte di Cassazione ⁽⁶²⁾, anche dalla lettura costituzionalmente orientata dell'intera normativa codicistica sull'efficacia e l'interpretazione del contratto.

In questa prospettiva, è la moderna formulazione della causa come sintesi degli effetti essenziali del contratto ⁽⁶³⁾ e sintesi degli interessi perseguiti in concreto dalle parti ⁽⁶⁴⁾ che induce a qualificare l'accordo tra la madre e la struttura sanitaria quale atto produttivo di conseguenze dirette anche nella sfera del nascituro. La causa del contratto concluso con la donna, infatti, coincide con l'insieme di tutte le finalità che sono entrate nell'operazione negoziale complessivamente considerata.

Più esattamente, se la partoriente è destinataria immediata della prestazione medica, il concepito è il destinatario finale ed è compreso tra i soggetti direttamente protetti dal contratto e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione inesatta può qualificarsi come inadempimento (il padre, invece, come si dirà in seguito, è coinvolto

⁽⁶²⁾ Così Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit. Si vedano, al riguardo, anche: Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 253 ss.; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3520 ss. Nello stesso senso, Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 403 ss., con nota di E. IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*, che fa riferimento al diritto del figlio, quale terzo avente diritto alle prestazioni derivanti dal contratto concluso dalla madre, al risarcimento del danno (nella specie, cerebropatia irreversibile) determinato dall'errato trattamento praticato al momento del parto. In dottrina, sulla figura del contratto con effetti protettivi per i terzi, v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990, p. 1 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 124 ss.

⁽⁶³⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 619 ss.

⁽⁶⁴⁾ Così Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, I, p. 564 ss., con nota di F. ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*.

indirettamente nel rapporto, in quanto contitolare dei diritti e doveri familiari). Ciò vuol dire che, nel caso in cui il nascituro subisca un danno ingiusto a causa di un errore medico, tale danno è risarcibile, ancor prima che ai genitori, allo stesso interessato.

7. — *L'esigenza di una tutela effettiva del nascituro nel "contatto sociale" tra medico e paziente.*

Come già accennato, alla sfera contrattuale viene tendenzialmente ricondotta dalla giurisprudenza⁽⁶⁵⁾ anche l'azione risarcitoria esperita nei confronti del singolo medico al quale la partoriente si sia affidata nell'ambito della struttura ospedaliera, pur non essendo stato concluso con il medesimo alcun contratto di prestazione professionale.

Tra la partoriente e il medico operante nella clinica, anche in assenza di contratto, si instaura un rapporto contrattuale di fatto fondato sul contatto sociale, il cui inadempimento è sottoposto allo stesso regime dettato dall'art. 1218 c.c. Nel momento in cui la donna decide di rivolgersi al sanitario, infatti, si crea un affidamento nella professionalità del medico – prescelto da lei o designato dalla struttura – ossia una relazione in virtù della quale il medico non può essere considerato un estraneo, soggetto al dovere del *neminem laedere* gravante su ogni consociato, ma è tenuto ad osservare gli stessi obblighi cui sarebbe tenuto in base ad un contratto stipulato con la paziente.

Di conseguenza, come il contratto concluso tra la partoriente e l'ente ospedaliero, così il contatto qualificato, instaurato con il medico inserito nell'ente stesso, è considerato fonte, ai sensi dell'art.

⁽⁶⁵⁾ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

1173 c.c., di obbligazioni e risulta produttivo, oltre che di effetti per le parti, di doveri protettivi nei confronti del concepito, i quali, come si è detto, si fondano sulla clausola generale di buona fede. L'inadempimento di tali doveri da parte del medico, al pari dell'inadempimento delle obbligazioni da parte dell'ente ospedaliero, determina, nei confronti del concepito, la risarcibilità di un danno, che è ingiusto, in quanto costituisce autonoma lesione di situazioni giuridiche soggettive riconosciute al medesimo.

Una volta accertata l'esistenza di un nesso eziologico ⁽⁶⁶⁾ tra un comportamento colposo, anteriore alla nascita, e il danno causato al soggetto, sorge, immediatamente in capo a quest'ultimo, il diritto al risarcimento.

Secondo la citata sentenza della Corte di Cassazione n. 10741 del 2009, il concepito acquisterebbe la titolarità del diritto al risarcimento del danno soltanto una volta nato, perché, solo allora, potrebbe far valere giudizialmente, per mezzo dei genitori esercenti la potestà,

⁽⁶⁶⁾ In ordine al nesso causale, v. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, citata alla nota 1, che ribadisce l'orientamento consolidato in giurisprudenza, secondo il quale la valutazione del nesso di causalità, pur ispirandosi ai criteri di cui agli artt. 40 e 41 c.p. (per cui un evento è da considerarsi causato da un altro se il primo non può verificarsi in assenza del secondo), presenta una rilevante differenza in relazione ai parametri probatori: mentre, in sede penale, occorre che sia fornita la prova "oltre ogni ragionevole dubbio", in sede civile vige il diverso principio del "più probabile che non". Di conseguenza, in ipotesi di omissione di condotta doverosa dei sanitari, il rapporto di causalità dovrà ritenersi sussistente ogni qual volta, attraverso un ragionamento di tipo induttivo, può dirsi che, mediante il comportamento dovuto e omesso, l'evento lesivo sarebbe stato impedito con alto grado di probabilità logica. In applicazione del principio formulato dalla giurisprudenza di legittimità, Trib. Terni, 15 luglio 2006, cit., con riguardo ad un caso di responsabilità medica per morte del concepito, sottolinea che i criteri di accertamento del nesso causale sono attenuati rispetto a quelli elaborati in sede penale, essendo sufficiente che la condotta abbia aumentato le possibilità di verifica dell'evento lesivo. Nella specie, il consulente tecnico d'ufficio aveva accertato il nesso causale tra la mancata effettuazione degli accertamenti diagnostici e la morte del feto, in quanto l'esecuzione di quegli accertamenti avrebbe permesso di evitare la morte del feto mediante l'anticipata esecuzione del taglio cesareo.

la pretesa risarcitoria avente carattere patrimoniale⁽⁶⁷⁾. Come espressamente chiarito dal Supremo Collegio, la nascita si porrebbe come *condicio iuris* sospensiva della tutela processuale dei diritti del concepito, in quanto sarebbe condizione necessaria per la loro azionabilità in giudizio.

A parere di chi scrive, il problema imporrebbe una rimeditazione, dal momento che, ai fini del risarcimento del danno per inadempimento di un'obbligazione, non è necessaria l'esistenza di un rapporto tra persone, essendo, invece, sufficiente la sussistenza di situazioni soggettive giuridicamente tutelate, che, come si è visto, vengono riconosciute in capo al concepito. Sembra, perciò, prospettabile una diversa soluzione, in quanto la nascita del soggetto non dovrebbe rappresentare una condizione imprescindibile per la tutela giudiziale dei suoi diritti, sebbene la giurisprudenza abbia, fino ad oggi, giudicato solo su domande di risarcimento avanzate dai genitori successivamente alla nascita. La tesi appare coerente con il sistema, in quanto volta ad ammettere l'operatività, anche per il concepito, del diritto di azione che la Costituzione, all'art. 24, assicura a tutti i soggetti dell'ordinamento.

A conferma dell'opinione sostenuta, si adduce la possibilità, ormai ammessa dalla dottrina⁽⁶⁸⁾, di agire in giudizio a tutela dei diritti

⁽⁶⁷⁾ Così, nella conclusione delle motivazioni, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., secondo cui, una volta accertato il nesso di causalità tra il comportamento dei medici anteriore alla nascita (di omessa informazione e di prescrizione di farmaci dannosi) e le malformazioni del nascituro, quest'ultimo acquista, con la nascita, il diritto patrimoniale al risarcimento del danno subito nella vita prenatale. Nello stesso senso, Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, cit.

⁽⁶⁸⁾ Così, M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 137. Sottolinea la rilevanza degli strumenti di tutela preventiva del nascituro F.D. BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 185 ss., spec. p. 194. Sulla fondamentale rilevanza dell'azione inibitoria quale mezzo primario di reazione contro l'illecito avente carattere generale, da applicarsi oltre i casi espressamente previsti, v. A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza*

fondamentali anche prima che il soggetto sia nato, mediante lo strumento inibitorio a carattere preventivo, che consente di evitare o, almeno, di limitare eventuali pregiudizi e non solo di reprimerli. Si pensi all'inibitoria con la quale i genitori intendano, anteriormente alla nascita, impedire o far cessare la lesione - o il pericolo di lesione - della salute del nascituro durante le procedure di gravidanza o di procreazione assistita. In tal caso, a nulla potrebbe valere un intervento giudiziale tardivo, attivato solo dopo che il danno sia stato irrimediabilmente prodotto.

Con riguardo alla tutela risarcitoria, il principio proclamato dalla Suprema Corte, che condiziona all'avvenuta nascita l'esperibilità dell'azione, avrebbe un senso nelle ipotesi, più frequenti, nelle quali il danno subito dal feto sia meramente eventuale, ma non anche nei casi in cui il danno sia attuale e già medicalmente accertabile durante lo stato di gravidanza con gli strumenti tecnici e le apparecchiature sanitarie.

Quanto affermato dalla Cassazione sembra porsi in contrasto con il principio di effettività dell'ordinamento, in quanto, da un lato,

di condanna, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 632 ss.; A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 2000, p. 162 ss., in part. pp. 170-171, che, con riguardo a trattamenti sperimentali illeciti sulla persona, ammette la legittimazione dei suoi stretti congiunti a proporre l'azione preventiva a tutela della vita, dell'integrità fisica e della salute della persona stessa, in quanto l'interesse ad agire dei congiunti si fonda sul vincolo di solidarietà sociale che lega i componenti del nucleo familiare; ID., *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 607 ss. e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 313 ss.; ID., *L'azione inibitoria*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa* (Atti del Convegno di Siena, 22-24 settembre 2004), a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 367 ss.; ID. (a cura di), *Azione inibitoria e interessi tutelati* (Atti Convegno Perugia, 14-15 aprile 2005), Napoli, 2007; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, cit., p. 441 ss.; F. RIZZO, *Associazioni dei consumatori ed accesso alla giustizia*, in *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 385 ss.; ID., *Codice del consumo e azioni collettive*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 385 ss.

si riconosce al concepito la titolarità, sul piano sostanziale, di situazioni giuridiche proprie dell'essere soggetto e, dall'altro, non si assicura al medesimo una tutela processuale attuale⁽⁶⁹⁾. Dinanzi alla lesione di un interesse personale giuridicamente protetto facente capo al concepito, la tutela non dovrebbe essere condizionata alla nascita e l'ordinamento dovrebbe garantire, in via immediata e, quindi, anche prima della nascita, la piena ed effettiva realizzazione dell'interesse violato, attuata mediante la rappresentanza giudiziale dei futuri genitori. Pertanto, il fatto che non sia ancora avvenuto l'evento della nascita non dovrebbe impedire l'inizio dell'azione risarcitoria, che non richiede alcuna autorizzazione giudiziale, potendo i genitori esercitare, per conto del nascituro, le azioni volte a recare allo stesso vantaggi patrimoniali (art. 75, c. 2 c.p.c.)⁽⁷⁰⁾. I genitori

⁽⁶⁹⁾ Cass. pen., 13 novembre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, p. 348, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, che ritiene risarcibile il danno subito dal figlio della persona uccisa, che, alla data dell'incidente mortale, era stato concepito ma non ancora nato. Mentre per i diritti patrimoniali la tutela del nascituro è condizionata alla nascita, invece – afferma la Suprema Corte – per il suo diritto all'integrità, alla salute, ad uno sviluppo psicofisico adeguato, ci troviamo in presenza di “norme che garantiscono al feto una tutela attuale”. Il danno subito dal feto prima della nascita consiste nella perdita dell'“interesse legittimo” a godere della presenza e dell'assistenza paterna. Secondo detta pronuncia, il nascituro, concepito all'epoca del fatto illecito, “è personalmente titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni ingiusti provocatigli da tale fatto purché si verifichi la nascita e a decorrere da questo momento o da quello in cui si verificano i fatti dannosi”. La Cassazione precisa, inoltre, che, se la nascita non si verifica, il danno ingiusto nei confronti del nascituro ovviamente non sorge, così come nel caso in cui al fatto illecito (che abbia provocato danno al feto) sia stato posto rimedio e non permangono conseguenze al momento della nascita.

In generale, sul concetto di “interesse legittimo” come situazione soggettiva di diritto civile correlata alla potestà, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., II, p. 441, p. 661-662 e p. 927, il quale ritiene che l'interesse “legittimo” al corretto espletamento della potestà sui figli minori debba essere protetto in sede di giurisdizione ordinaria.

⁽⁷⁰⁾ In tal senso, S. MORELLI, *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona*, Padova, 2003, p. 129. Con riguardo alla rappresentanza in giudizio del minore, G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2003, I, pp. 466-471. In giuri-

dovrebbero poter agire immediatamente, fin dal momento del compimento dell'illecito, per ottenere il risarcimento dei danni arrecati al concepito (ed, eventualmente, anche in proprio per i danni ad essi direttamente prodotti dal medesimo illecito). In questo senso depone anche il principio di diritto affermato dalla giurisprudenza⁽⁷¹⁾, secondo cui il diretto beneficiario del contratto concluso a favore del terzo ai sensi dell'art. 1411 c.c., acquisisce tutte le azioni che da esso scaturiscono, compresa l'azione di risarcimento danni: come il concepito è titolare del diritto alla salute, così dovrebbe dirsi titolare dell'azione, che rappresenta un momento necessario e ineludibile del diritto stesso.

Si pone, tuttavia, il problema che l'eventuale accoglimento, prima della nascita, dell'azione giudiziale comporterebbe l'attribuzione del diritto al risarcimento del danno al nascituro: tale diritto, di natura economica, non potrebbe essere riconosciuto al concepito, data la capacità giuridica limitata dello stesso in campo patrimoniale. L'ostacolo sarebbe superabile considerando la nascita quale *condicio iuris* sospensiva non dell'esperimento dell'azione, ma della sola attribuzione del diritto al risarcimento del danno. Un indice normativo in tal senso sarebbe desumibile dal secondo comma dell'art. 1 c.c., in base al quale "i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita". Il diritto risarcitorio di carattere economico, conseguenziale alla lesione, entrerebbe così nel patrimonio del concepito solo successivamente alla nascita. In caso di mancata venuta ad esistenza del soggetto, l'attribuzione patrimoniale sarebbe inefficace e l'azione risarcitoria esperita dai genitori per suo conto verrebbe ad estinguersi.

sprudenza, v. Cass. pen., 13 novembre 2000, cit.

⁽⁷¹⁾ Per tutte, v. Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, p. 537 ss.

8. — *Le tipologie di danno risarcibile al nascituro.*

Come si è visto, l'inadempimento delle obbligazioni da parte dell'ente ospedaliero e dei sanitari determina, nei confronti del concepito, la risarcibilità di un danno distinto da quello eventualmente prodotto dal medesimo fatto illecito nei confronti dei genitori.

Tale danno può avere carattere patrimoniale e non patrimoniale.

Il danno patrimoniale arrecato al soggetto che ha subito lesioni nel periodo prenatale e che, con la nascita, diventa persona, può consistere nelle spese necessarie per le terapie, per gli interventi chirurgici, per la continua assistenza e le cure riabilitative, nonchè nel mancato guadagno dovuto alla perdita o riduzione della capacità di produrre un reddito e di affermarsi nel campo professionale. Vengono, perciò, in considerazione i postumi di carattere permanente subiti dal concepito, che incidono immediatamente sull'integrità psico-fisica dello stesso e che ne pregiudicheranno, in futuro, la capacità lavorativa. È quanto si ricava da un'interessante pronuncia del Tribunale di Roma del 7 settembre 2009⁽⁷²⁾, che prende in esame proprio il danno patrimoniale subito da una minore, la quale, a causa delle lesioni riportate durante la gestazione e il parto, comportanti la totale mancanza di funzionalità della mano destra, necessita di costante assistenza e di continui cicli di cure riabilitative. Nel caso di specie, il Tribunale, tenuto conto che la danneggiata, in considerazione della giovane età

⁽⁷²⁾ Trib. Roma, 7 settembre 2009, in *www.leggiditalia.it*, che affronta un caso di responsabilità medica per lesioni riportate dal feto in occasione del parto. In tale ipotesi, la negligenza dei sanitari è consistita nella sottovalutazione dei fattori di rischio della gravidanza e nell'omessa esecuzione dell'ecografia fetale; inoltre, il parto è stato eseguito spontaneamente, nonostante le dimensioni del feto e il prolungarsi del travaglio avessero consigliato il ricorso al taglio cesareo. Tutto ciò ha comportato, anche a causa dell'impiego di errate manovre ostetriche, una gravissima lesione dell'arto superiore destro della neonata. I postumi di tale lesione, secondo il Tribunale, pregiudicheranno la capacità lavorativa della minore in tutte le attività (che sono la maggior parte) che richiedono l'uso di entrambi gli arti superiori.

(cinque anni), non è stata ancora avviata al lavoro, ritiene necessario un giudizio prognostico assai prudente, che tenga conto dell'incertezza circa la possibilità di esercizio in futuro di un'attività lavorativa e della presumibile durata nel tempo della stessa. Non reputa, pertanto, corretto far riferimento all'ambiente familiare e all'attività lavorativa esercitata dai genitori, mancando elementi per affermare che la minore venga in futuro avviata alla medesima professione o ad altra equivalente.

Prima ancora che un danno patrimoniale, quello sofferto dal concepito è un danno cagionato all'individuo considerato in sé e per sé, a prescindere dalle conseguenze negative, dirette o indirette, che si produrranno, anche in futuro, sul suo patrimonio.

Il danno causato al nascituro da un comportamento colposo dei sanitari, è, senza dubbio, un pregiudizio che viene arrecato, immediatamente, al "soggetto" e che, successivamente, a seguito della nascita, si ripercuote sulla "persona". Pertanto tale danno, non colpendo il patrimonio o la capacità produttiva e non essendo suscettibile di diretta valutazione economica, trova la sua fonte di tutela nel principio generale di cui all'art. 2 Cost., nonché nell'art. 32 Cost. È, quindi, un danno non patrimoniale.

Va rilevato che la natura contrattuale della responsabilità medica non preclude la risarcibilità del danno non patrimoniale⁽⁷³⁾. È questo

⁽⁷³⁾ V., ad esempio, Trib. Terni, 15 luglio 2006, cit., che condanna l'azienda sanitaria locale al risarcimento del danno non patrimoniale subito dai genitori in conseguenza della morte del feto, dovuta alla ritardata esecuzione del taglio cesareo. Qui viene riconosciuto il risarcimento per la perdita del rapporto parentale; perciò l'interesse leso è quello all'intangibilità degli affetti nella sfera familiare, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della famiglia, la cui tutela è riconducibile agli artt. 2, 29 e 30 Cost. In senso analogo, Trib. Mantova, 25 gennaio 2006, cit., che riconosce non solo ai genitori, ma anche ai nonni, il risarcimento del danno derivante dal decesso del feto imputabile alla condotta imperita dei medici. Agli attori viene concesso il risarcimento del danno morale soggettivo; non viene, però, riconosciuto il risarcimento del danno per la mancata

uno dei principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con le sentenze gemelle del novembre 2008⁽⁷⁴⁾, per le quali la risarcibilità del danno non patrimoniale dipende dalla natura costituzionale dell'interesse leso e non dalla tipologia di illecito, contrattuale o extracontrattuale. La norma di cui all'art. 2059 c.c., relativa al danno non patrimoniale, presuppone la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile, aquiliano o contrattuale, i cui rispettivi principi saranno applicati a seconda del tipo di responsabilità delineata nel caso concreto.

Il pregiudizio non patrimoniale arrecato al soggetto nel periodo prenatale, ove derivi da inadempimento di obbligazioni, è risarcibile in presenza dei presupposti fissati dagli artt. 1218 e 1223 c.c., in quanto il danno al quale si riferiscono queste norme non è solo quello patrimoniale, ma anche quello non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., allorché l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona⁽⁷⁵⁾.

instaurazione del rapporto parentale, ritenuto insussistente per il fatto che il soggetto venuto a mancare non sia nato e che con lo stesso non si sia potuta a instaurare quella relazione di affetto, reciproco affidamento e frequentazione che, secondo il comune sentire, costituiscono il *proprium* del suddetto rapporto parentale.

⁽⁷⁴⁾ Cass., Sez. un., 16 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., con nota di S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 2672, 2673, 2674, 2675/2008*. Vedi anche il commento di M. GAZZARA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS. UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 279 ss. Alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la III Sezione civile, rilevando un forte contrasto giurisprudenziale, aveva rimesso la questione della configurabilità del danno esistenziale come terza categoria autonoma, ossia distinta dal danno biologico e dal danno morale soggettivo, nell'ambito del danno non patrimoniale (ordinanza 19 dicembre 2007-25 febbraio 2008 n. 4712, in *Guida al dir.*, 2008, n. 12, p. 42 ss., con nota di P. PIRRUCCIO, *La capacità di provare il fatto conta più della sua catalogazione*).

⁽⁷⁵⁾ In dottrina, tra gli altri, M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 1 ss., in part. p. 23, il quale sottolinea che la vera innovazione introdotta dalle Sezioni Unite del novembre 2008 è che il danno non patrimoniale, al pari di quello patrimoniale, rientra

Il danno non patrimoniale da inadempimento di obbligazioni da parte dei sanitari è, dunque, risarcibile nei confronti del nascituro non solo nelle ipotesi di reato, ma anche al di fuori di fattispecie penalmente rilevanti, quando vi è lesione di un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione.

L'insegnamento discende dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., che ha consentito di superare i tradizionali confini della risarcibilità del danno non patrimoniale⁽⁷⁶⁾.

Come è noto, la risarcibilità del danno non patrimoniale, in passato, era ammessa "nei casi determinati dalla legge"⁽⁷⁷⁾ e, dunque,

nell'ampio contenuto dell'art. 1223 c.c.

⁽⁷⁶⁾ Cass., 31 maggio 2003, nn. 8828 e 8827, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss, con commenti di F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione* e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso* e in *Giur. it.*, 2004, p. 29 ss., con nota di M. P. SUPPA, *La svolta della Cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell'art. 2059 c.c.*, secondo le quali la lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il limite della risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge "se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti. Occorre considerare, infatti, che nel caso in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo (ove non praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela". L'orientamento è stato successivamente ribadito da Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Giur. it.*, 2007, p. 2465 ss., con nota di V. TOMARCHIO, *Una nuova decisione sul danno esistenziale*.

⁽⁷⁷⁾ Tra le ipotesi previste dalla legge, nelle quali si ammette la risarcibilità dei danni non patrimoniali, si ricordano le seguenti: lesione del diritto al nome o all'immagine (artt. 7-10 c.c.); atti di discriminazione subiti da stranieri per motivi razziali, etnici o religiosi (art. 44, 7° comma, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286); mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo (art. 2, l. 24 marzo 2001, n. 89); illecito trattamento di dati personali (art. 15, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196); danno da vacanza rovinata (artt. 92, 2° comma e 93, 1° comma, d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206); danno subito dal minore o dall'altro genitore per gravi inadempienze o per atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c., introdotto dall'art. 2, l. 8 febbraio 2006, n. 54); violazione del principio di pari opportunità tra uomo e donna (art. 37, 3° comma, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198); danno ambientale (art. 300, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152); danno ingiu-

principalmente nei casi di danni derivanti da reato (art. 185 c.p.)⁽⁷⁸⁾; inoltre, il danno non patrimoniale era identificato soltanto con il danno morale soggettivo, ossia con la sofferenza psichica contingente e transitoria, con il *pretium doloris* conseguente al reato.

La più recente ricostruzione ermeneutica, invece, riconduce all'ampia sfera di cui all'art. 2059 c.c. tutti i danni di natura non patrimoniale, che non incidono direttamente sul patrimonio, ma determinano la menomazione di interessi di natura personale e non

sto cagionato dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento da parte della Pubblica Amministrazione (art. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69).

⁽⁷⁸⁾ La giurisprudenza, in passato, per superare il limite posto dall'art. 2059 c.c., si era sforzata di ampliare il più possibile la sfera del danno patrimoniale ed aveva considerato il danno biologico, cioè il danno alla salute, quale "danno indiretto al patrimonio", risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. In quest'ottica, la lesione alla salute era considerata rilevante, ai fini del risarcimento, solo quando comportava un'effettiva diminuzione economica per il soggetto leso (v. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. cost.*, 1986, II, p. 1430 ss.). Ciò comportava, a parità di lesione subita, differenze di trattamento, sul piano risarcitorio, tra soggetti produttivi o non produttivi di reddito e creava disuguaglianze di tipo economico-sociale tra i danneggiati. Si è allora sentita la necessità di superare l'orientamento tradizionale che liquidava il danno biologico in base a criteri patrimoniali influenzati dal reddito percepito dal soggetto leso. Per queste ragioni, intorno agli anni novanta, la giurisprudenza (v. Cass., 18 febbraio 1993, n. 2008, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 43 ss., con nota di D. CARUSI, *Diminuzione della capacità di reddito, danno biologico ed equità* e di C. LO VETRO, *Su alcuni canoni dogmatici costanti nella valutazione e nella liquidazione del c.d. danno biologico*) ha conferito autonoma rilevanza al danno alla persona partendo dall'esatta individuazione del danno biologico, considerato fonte di responsabilità di per sé, indipendentemente dalla produzione di un pregiudizio economico e a prescindere dal reddito percepito dal soggetto danneggiato. La soluzione è stata estesa a tutte le ipotesi di lesione dei diritti della personalità, perché, come va tutelato il bene della salute, così allo stesso modo, vanno protetti gli altri beni essenziali della persona. In una fase successiva del travagliato percorso giurisprudenziale, si è abbandonato il riferimento della risarcibilità del danno alla persona alla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. La più recente ricostruzione ermeneutica della giurisprudenza di legittimità, infatti, ha ricollegato all'ampia sfera di cui all'art. 2059 c.c. tutti i danni di natura non patrimoniale, compreso il danno biologico. Sul punto, v. nota seguente.

sono quantificabili in termini monetari in base a parametri oggettivi predeterminati.

In quest'ottica, posto che il danno non patrimoniale va inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ingiusta lesione di valori costituzionali, il risarcimento dovrà essere sempre garantito come forma minima di tutela, senza che possa operare il limite derivante dalla riserva di legge. Tale limite non può ammettersi proprio in base al principio gerarchico delle fonti, in quanto la legge ordinaria non può limitare ai soli casi da essa previsti il risarcimento della lesione di valori ritenuti inviolabili dalla suprema Carta costituzionale. Pertanto il rinvio alla "legge" operato dalla norma di cui all'art. 2059 c.c. deve intendersi come rinvio, prima di tutto, alla Carta costituzionale; la norma di cui all'art. 185 c.p. viene, quindi, qualificata come una delle fattispecie tipizzate di risarcibilità del danno non patrimoniale.

Il danno non patrimoniale arrecato al nascituro include, in primo luogo, il danno biologico⁽⁷⁹⁾, che è definito dalla norma di cui all'art. 139, 2° comma, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni) come "lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito"⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ La Corte di Cassazione, con le citate pronunce del 31 maggio 2003, nn. 8828 e 8827, ha ricondotto alla previsione di cui all'art. 2059 c.c. il risarcimento del danno biologico, limitando la risarcibilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. solo ai danni patrimoniali. Nello stesso senso, Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, p. 939 ss., con note di M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*, di G. CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema della responsabilità civile dopo le sentenze della Corte Costituzionale n. 233/03* e di O. TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*.

⁽⁸⁰⁾ Una prima definizione legislativa di danno biologico, come "lesione all'inte-

Il danno biologico, colpendo il valore dell'essere umano indipendentemente dalle differenze economiche e sociali, è risarcibile a qualsiasi soggetto, anche se non in grado di produrre un reddito, nel rispetto del principio di uguaglianza e, dunque, anche a chi abbia subito lesioni nella fase prenatale. Un'applicazione di tale principio si trova nella citata sentenza del 7 settembre 2009, con la quale il Tribunale di Roma, nella quantificazione dei pregiudizi psico-fisici subiti dalla minore nella fase prenatale, si sofferma anche sulla particolare incidenza in ordine all'aspetto estetico, oltre che funzionale, della persona. La pronuncia si colloca nel solco del filone giurisprudenziale, sia di merito che di legittimità⁽⁸¹⁾, che interpreta le indicazioni fornite dalle Sezioni Unite nel novembre 2008 alla luce del principio di tutela della persona e, quindi, non nel senso di privare i danneggiati di parte del ristoro delle lesioni subite, negando ogni rilevanza ai danni morali ed esistenziali, ma nel senso che il risarcimento del danno non patrimoniale deve presupporre un pregiudizio serio e grave, che riguardi un bene della persona di rango costituzionale e che ecceda,

grità psicofisica suscettibile di valutazione medico legale, della persona [...] indipendentemente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato", è stata fornita dall'art. 13 del d. lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, riguardante l'assicurazione per danni da infortuni sul lavoro e malattie professionali. Una speciale disciplina è stata poi emanata con il d.lgs. 5 marzo 2001, n. 57, relativo all'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante da sinistri stradali, che, all'art. 5, 3° comma, precisa che "per danno biologico si intende la lesione dell'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale. Il danno biologico è risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato".

⁽⁸¹⁾ V., tra le altre, Trib. Roma, 22 ottobre 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 570 ss., con nota di N. SAPONE, *Danno non patrimoniale tra fraintendimenti categoriali e questioni ontologiche*; Cass., 23 giugno 2010, n. 15224, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2246 ss., che esige, ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, "la gravità della lesione e la non futilità del pregiudizio conseguente"; Cons. Stato, 8 settembre 2009, n. 5266, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 837 ss., con nota di P. RUSSO, *Il danno all'impresa da illegittimo provvedimento della P.A.*, che conferma la risarcibilità del danno esistenziale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente garantiti.

secondo il criterio di normale tolleranza, una certa soglia di offensività. Ciò significa, da un lato, fissare un limite alla rilevanza giuridica della lesione e, dall'altro, riaffermare il principio volto ad assicurare alla vittima dell'illecito il risarcimento del danno nella sua interezza.

Il danno non patrimoniale può comprendere il danno morale soggettivo, formula con la quale si designano i disagi, le preoccupazioni e le ansie che conseguono alla lesione e che restano circoscritte alla sfera interiore del soggetto. Può includere, altresì, il c.d. danno esistenziale⁽⁸²⁾, inteso come compromissione, non transitoria, della sfera esteriore del soggetto, dei rapporti interpersonali affettivi e lavorativi, come sconvolgimento della vita familiare e di relazione e peggioramento della qualità dell'intera esistenza. Si pensi non solo al turbamento d'animo patito dalla madre in corso di gravidanza, che si ripercuote, come è scientificamente provato, sull'embrione nella vita intrauterina, ma, soprattutto, alle sofferenze che possono insorgere

⁽⁸²⁾ Vedi, soprattutto, Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit., che descrive il “danno esistenziale come pregiudizio diverso dal danno biologico e morale, ma sempre rientrante nell'ambito dell'art. 2059 c.c. Un caso paradigmatico di danno esistenziale da nascita indesiderata conseguente a errata esecuzione dei dovuti accertamenti clinici è affrontato dalla più volte citata Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., pubblicata anche in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1027 ss., con nota di M. FORTINO, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*, ove si afferma che la nascita indesiderata, lesiva dell'autodeterminazione della donna nella scelta procreativa, provocando “una radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori – innegabilmente esposti a dover misurare la loro vita quotidiana e la loro esistenza concreta con le prevalenti esigenze del bambino – determina la risarcibilità di un danno che va oltre quello alla salute in senso stretto della gestante. Trattasi, invero, di un accadimento incidente sulla lesione di un interesse che non determina un prevalente danno morale o biologico, peraltro sempre possibile, ma che, altresì, impone al danneggiato di condurre giorno per giorno una vita diversa e peggiore di quella che avrebbe altrimenti condotto”. Sul danno esistenziale, v. altresì Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 781 ss., con nota di P. ZIVIZ, *I labili confini dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata*, che afferma la risarcibilità del danno derivante dalla mancata informazione del paziente anche in assenza di lesione alla salute per essere stato l'intervento terapeutico correttamente eseguito e, precisamente, riconosce il risarcimento del danno corrispondente al turbamento e alla sofferenza derivanti dalle conseguenze inaspettate dell'atto terapeutico.

dopo la nascita, anche a lunga distanza di tempo, man mano che il soggetto cresce e acquista la consapevolezza del suo stato.

Atteso che il danno non patrimoniale non esprime una perdita pecuniariamente valutabile secondo parametri obiettivi, la sua liquidazione è affidata alla valutazione equitativa, che può essere unica, senza distinzione tra il *quantum* dovuto a titolo di risarcimento del danno biologico, morale ed esistenziale⁽⁸³⁾. Ciò non significa che i danni morali ed esistenziali non debbano essere risarciti, perché, una volta provata, mediante testimoni o presunzioni, l'esistenza di un pregiudizio che, pur non traducendosi in una patologia medicalmente accertabile, incide negativamente sul benessere della persona, deve esserci comunque una riparazione del medesimo. Il giudice deve allora risarcire il danno integralmente, ma senza duplicazioni, nel senso che deve tener conto di tutti i pregiudizi non patrimoniali patiti, senza duplicarne il ristoro attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici. Le prime applicazioni dei giudici di merito, come accennato, hanno correttamente interpretato la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione non nel senso di escludere aprioristicamente il risarcimento dei danni morali ed esistenziali, il che condurrebbe ad un assurdo arretramento culturale, ma nel senso di

⁽⁸³⁾ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit.; Trib. Terni, 15 luglio 2006, cit.; Trib. Mantova, 25 gennaio 2006, cit., che fa riferimento alla necessità di una valutazione equitativa del danno *ex art.* 1226 c.c., tenendo conto del momento in cui è avvenuta la cessazione della gravidanza, dell'intensità del vincolo familiare che si sarebbe venuto a creare con il nascituro, della consistenza più o meno ampia del nucleo familiare residuo, dell'età dei genitori. Può aversi riguardo, quale criterio orientativo, alle tabelle di quantificazione del danno non patrimoniale elaborate dall'osservatorio presso il Tribunale di Milano anche se relative alla diversa ipotesi del pregiudizio non patrimoniale patito dal genitore per la morte del figlio che sia già nato: "poiché la sofferenza patita dal congiunto è tanto maggiore quanto più si è avuta la possibilità di instaurare e approfondire con il tempo stabili rapporti affettivi con il deceduto, nell'ipotesi del feto venuto a mancare solo al termine della gravidanza appare corretto orientare la valutazione equitativa del danno avendo quale riferimento l'importo minimo della fornice prevista dalle predette tabelle".

evitare automatismi risarcitori, ossia pretese risarcitorie automatiche e non specificamente provate⁽⁸⁴⁾. In più passaggi delle sentenze delle Sezioni Unite, infatti, si ribadisce la necessità della prova del pregiudizio effettivamente subito e dell'accertamento, da parte del giudice di merito, della sua effettiva consistenza e delle sue ripercussioni negative sul "valore-uomo"; ciò a prescindere dalla denominazione attribuita al danno, che assume un valore meramente descrittivo.

Il danno morale soggettivo e il danno esistenziale non rappresentano, dunque, categorie autonome rispetto al danno non patrimoniale, ma elementi dello stesso pregiudizio, la cui liquidazione dovrebbe essere unica⁽⁸⁵⁾, purché il giudice tenga conto, nel determinare

⁽⁸⁴⁾ Cass., Sez. un., 16 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, cit., secondo cui "deve ritenersi sbagliata la prassi di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biologico; come pure quella di liquidare nel caso di morte di un familiare sia il danno morale sia quello da perdita del rapporto parentale: gli uni e gli altri costituiscono, infatti, pregiudizi del medesimo tipo. Per quanto attiene la prova del danno essa può fornirsi anche per presunzioni semplici, fermo restando, però, l'onere del danneggiato di provare gli elementi di fatto dai quali desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio". Due anni prima, le stesse Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 12 giugno 2006, n. 6572, in *Giur. it.*, 2006, p. 2042 ss. e in *Corr. giur.*, 2006, p. 787 ss.), avevano statuito che "il danno non patrimoniale include tanto il danno biologico che il danno morale e il danno esistenziale, entrambi da includere nell'ambito dell'art. 2059 c.c. Mentre il danno morale ha natura emotiva e interiore, e il danno biologico è subordinato alla esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica e non può prescindere da un accertamento medico legale, il danno esistenziale deve essere inteso come ogni pregiudizio, oggettivamente accertabile, provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno". Le Sezioni Unite precisavano, inoltre, che il danno esistenziale "non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo e va dimostrato con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni. Trattasi di un tipo di danno di natura strettamente personale, che come tale non può essere ridotto, neppure indirettamente, ad una frazione del danno biologico, ma deve essere valutato equitativamente in riferimento al singolo caso concreto".

⁽⁸⁵⁾ V. Cass., 14 settembre 2010, n. 19517, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2245 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Inception (ovvero gli effetti secondari delle Sezioni Unite)*, che

il *quantum* dovuto, di tutte le componenti rientranti nell'ambito dell'art. 2059 c.c. Nel caso sopra richiamato in tema di lesione prenatale (Trib. Roma, 7 settembre 2009), la determinazione viene operata in modo unitario, presumendo che la sofferenza morale e i pregiudizi esistenziali siano progressivamente crescenti nel tempo man mano che la minore danneggiata inizierà a rendersi conto, soprattutto in età adolescenziale, della sua condizione psico-fisica e a sopportare i disagi che tale condizione comporta nelle varie sfere della normale attività umana, relazionale, affettiva, ricreativa.

Resta ferma la necessità di una personalizzazione dell'ammontare del risarcimento del danno arrecato al concepito, tenendo conto di tutte le peculiari condizioni soggettive. Le conseguenze pregiudizievoli a livello psichico, infatti, presentano caratteri e intensità che variano da individuo a individuo. L'inevitabile diversità delle liquidazioni operate dai giudici nei casi concreti ha indotto il legislatore a dettare criteri legali per la determinazione del danno non patrimoniale⁽⁸⁶⁾. Va, peraltro, rilevato che le tabelle adottate dai tribunali per la quantificazione del risarcimento non compensano né il danno morale, né il danno esistenziale, ma solo il danno biologico. Pertanto, nel liquidare il danno morale ed esistenziale alla vita prenatale, si ritiene che il prudente apprezzamento del giudice debba ispirarsi ad un criterio equitativo puro.

Criterio equitativo puro non vuol dire lasciare al magistrato il po-

afferma la necessità che il danno biologico, il danno morale e quello esistenziale siano valutati unitariamente nella voce del danno non patrimoniale.

⁽⁸⁶⁾ Le norme di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni dettano criteri di liquidazione del danno biologico, sia per le lesioni di lieve entità derivanti da incidenti stradali (tra le quali le c.d. micropermanenti), sia per le lesioni di non lieve entità (menomazioni all'integrità psico-fisica comprese tra 10 e 100 punti), prevedono l'adozione di tabelle da parte dell'Autorità amministrativa e offrono ai Tribunali la facoltà di aumentare l'ammontare che ne risulta, fino a 1/5 per le lesioni di lieve entità, e fino al 30% per le altre, in relazione alle condizioni soggettive del danneggiato.

tere di determinare l'ammontare del danno a prescindere da qualunque indice predefinito, perché il giudizio di equità trova i suoi limiti nei principi generali dell'ordinamento e un sistema non ancorato ai principi del diritto positivo porterebbe a decisioni arbitrarie⁽⁸⁷⁾.

I limiti indicati nelle tabelle possono essere soltanto orientativi per il giudice, il quale, in base alla sua discrezionalità, deve sempre poter calibrare la liquidazione del danno, rapportandolo al grado di infermità fisica e psichica, alle attività espletate dal danneggiato, all'età, alle condizioni familiari, al suo ambiente sociale e alla sua vita di relazione⁽⁸⁸⁾. La liquidazione equitativa del danno deve allora rispondere ad un criterio di flessibilità, per evitare le sperequazioni ed adeguare, caso per caso, la valutazione all'effettiva incidenza della menomazione accertata sulle attività della vita quotidiana del soggetto.

9. — *Il risarcimento del danno "da procreazione" e da "vita indesiderata"*.

Un'antica sentenza del Tribunale di Piacenza⁽⁸⁹⁾ affermò la re-

⁽⁸⁷⁾ Il giudizio di equità non è un giudizio extra-giuridico, "poiché un'equità priva dei limiti normativi insidia alla base la certezza delle relazioni giuridiche". Così Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1149 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*.

⁽⁸⁸⁾ Per tutte, Cass., 11 maggio 2009, n. 11741, cit.; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 18 febbraio 1993, n. 2008, cit., secondo la quale "Nella liquidazione del danno biologico il giudice di merito, pur avvalendosi di criteri equitativi, ha l'obbligo di motivare descrivendo la lesione dell'organismo accertata, la sua concreta specificazione nel quadro della estrinsecazione delle funzioni vitali del soggetto danneggiato e dando conto dei parametri muovendo dai quali procede alla personalizzazione del risarcimento". In dottrina, M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, cit., p. 7 ss.

⁽⁸⁹⁾ Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 987 ss., con nota critica di M. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?* Secondo il Tribunale, dimostrato che il padre era consapevole, al momento del concepimento, di essere af-

sponsabilità dei genitori per il danno arrecato al momento del concepimento mediante la trasmissione al figlio di una patologia genetica. Si trattava del c.d. danno “da procreazione”, riguardante l’ipotesi in cui al nascituro venisse trasmessa dai genitori una malattia ereditaria. La pronuncia rimase isolata.

La giurisprudenza ormai da tempo consolidata⁽⁹⁰⁾ ritiene che il concepito non sia titolare del diritto di “non nascere” se malato, perché il nostro ordinamento tutela il concepito verso la “nascita” e non verso la “non nascita”, tant’è che la l. 1978, n. 194 non ammette l’aborto “eugenetico”, quello, cioè, praticato al solo fine di eliminare i feti malformati. La giurisprudenza, perciò, nega il diritto del figlio, al quale siano state trasmesse malattie ereditarie, di agire per il risarcimento contro il medico o la struttura ospedaliera, perché, in questa ipotesi, il danno non deriva dalla condotta dei medici.

Il figlio nato con difetti congeniti non può domandare neppure alla madre il ristoro dei danni derivanti dalla decisione di non interrompere la gravidanza, in quanto la donna resta libera di autodeterminarsi, anche se edotta sulle malformazioni fetali⁽⁹¹⁾. L’azione risarcitoria del figlio nei confronti di chi gli ha trasmesso una patologia

fetto dalla patologia della lue, doveva affermarsi la sua responsabilità *ex art.* 2043 c.c. per averla trasmessa al figlio con la conseguente inefficienza fisica da essa derivante.

⁽⁹⁰⁾ Per tutte, Cass., 11 maggio 2009, n. 11741, cit.; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

⁽⁹¹⁾ Sul punto, P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La tutela dell’embrione* a cura di G. Biscontini e L. Ruggeri, cit., p. 142. Sulla c.d. eutanasia fetale, ossia sulla decisione di interrompere la gravidanza nel caso in cui il nascituro presenti malformazioni, v. A. SASSI, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Permanenze dell’interpretazione civile*, cit., pp. 433-437, spec. p. 434, il quale trae dall’interpretazione della norma di cui all’art. 6, lett. b), l. 1978 n. 194, il riconoscimento di una posizione pozione alla donna e alla sua volontà, che si concreta attraverso l’esercizio di due diritti: il diritto ad essere informata delle eventuali patologie del nascituro e il diritto di procedere all’interruzione della gravidanza nel caso di anomalie o malformazioni.

ereditaria, infatti, è ritenuta in ogni caso inammissibile, a prescindere dalla consapevolezza eventualmente avuta dal genitore circa i rischi per la salute del nascituro.

Seguendo l'opposta opinione, si giungerebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire al figlio di pretendere dai genitori il risarcimento del danno per il fatto stesso di essere nato gravemente malato, arrivando all'assurdo di configurare un diritto di nascere da genitori sani e, correlativamente, un dovere dei genitori malati di non procreare⁽⁹²⁾.

In questo senso è una recente pronuncia della Corte di Cassazione del 4 gennaio 2010, n. 13⁽⁹³⁾, che fa riferimento ad un caso di tardiva diagnosi ecografica e conseguente "nascita indesiderata" di un neonato affetto da una patologia gravemente invalidante⁽⁹⁴⁾. La sentenza

⁽⁹²⁾ Così Cass., 29 luglio 14488, cit. In dottrina, E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, cit., p. 224. Cfr. A. SASSI, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., pp. 434-436.

⁽⁹³⁾ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit. In tal caso, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso presentato dall'azienda sanitaria locale contro la sentenza che la condannava al risarcimento dei danni nei confronti dei genitori in dipendenza del ritardo con cui era stata operata la diagnosi della malformazione fetale. In tal modo, i genitori avevano rivendicato il loro diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, sostenendo che, se l'esame ecografico fosse stata eseguita tempestivamente, come previsto dall'apposito protocollo medico e con adeguata perizia, non si sarebbe verificato alcun errore diagnostico e, conseguentemente, la nascita della figlia affetta da gravissime malformazioni congenite avrebbe potuto essere evitata attraverso il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza.

⁽⁹⁴⁾ Al danno conseguente alla "nascita indesiderata" (c.d. *wrongful birth*), oltre alla nascita avvenuta a seguito della mancata rilevazione di malformazioni del feto e alla perdita, per la donna, della possibilità di scelta tra interruzione o prosecuzione della gravidanza, vengono ricondotte due ulteriori ipotesi: la nascita non programmata di un figlio, a seguito di un fallito intervento medico di sterilizzazione (v., al riguardo, Trib. Venezia, 10 settembre 2002, cit., che affronta un caso nel quale due coniugi, non potendo sostenere gli oneri di mantenimento di ulteriori figli, si erano rivolti ad un ginecologo per ottenere un sicuro metodo di sterilizzazione; nonostante l'intervento di sterilizzazione subito dalla moglie, la coppia concepiva un altro figlio e citava

riconosce la donna titolare del diritto al risarcimento del danno derivante dalla omessa informazione riguardante le malformazioni del feto, precisando che la tardiva esecuzione dei dovuti accertamenti clinici ha leso il suo diritto all'autodeterminazione, impedendole di interrompere la gravidanza nei termini legislativamente previsti⁽⁹⁵⁾.

La giurisprudenza, da un lato, accorda a entrambi i genitori⁽⁹⁶⁾ il risarcimento del danno da "nascita indesiderata" (*wrongful birth*) e, d'altro lato, nega alla figlia affetta da malformazioni il risarcimento del danno da "vita indesiderata" (*wrongful life*).

Va, dunque, rilevata, in questa ipotesi, una sostanziale differenza tra la posizione dei genitori e quella del figlio in ordine alla legittimazione ad agire in giudizio a fini risarcitori.

La madre può far valere giudizialmente i danni derivanti dall'omessa informazione circa le malformazioni del feto, che, ove conosciute,

successivamente il medico per il fallito intervento e per il conseguente risarcimento dei danni); la mancata interruzione volontaria della gravidanza dovuta ad intervento abortivo non riuscito (Per tutte, v. Cass., 24 marzo 1999, n. 2793, in *Giur. it.*, 2000, p. 43 ss., con nota di A. BARATTO, *Il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza: un problema aperto*, che fa riferimento all'ipotesi in cui la donna si sia sottoposta ad intervento abortivo affermando la sussistenza di circostanze per le quali, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 194/1978, la maternità avrebbe comportato un "serio pericolo" per la propria salute. Da successive visite era emerso il persistente stato di gravidanza, dovuto al non riuscito intervento abortivo, ma, a quel punto, la donna non poteva più procedere all'aborto, in quanto, essendo ormai scaduto il termine di novanta giorni, non ricorreva il presupposto richiesto dalla legge della "gravità" del pericolo per la sua salute).

⁽⁹⁵⁾ Secondo la Suprema Corte, quando si tratta di stabilire se la donna avrebbe deciso di esercitare il diritto di aborto ove informata sulle condizioni del nascituro, non si deve accertare se in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute, ma occorre stabilire "se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di un tale processo patologico".

⁽⁹⁶⁾ Così Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 253 ss., per la quale anche il padre rientra "tra i soggetti protetti dal contratto e in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta".

avrebbero potuto indurla ad abortire. Il risarcimento è accordato anche il padre, in quanto rientrando tra i soggetti protetti dal contratto di assistenza sanitaria e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta del medico può qualificarsi come inadempimento, in base ai principi costituzionali sui diritti e doveri familiari (artt. 29 e 30 Cost.) e alle norme codicistiche relative agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 143 e 147 c.c.). È vero, infatti, che l'uomo, per effetto dell'attività medica, diventa o non diventa, padre di un bambino gravemente malato, cosicché il danno da nascita indesiderata costituisce una conseguenza risarcibile anche nei suoi confronti ai sensi e per gli effetti dell'art. 1223 c.c.⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁷⁾ Con riferimento alla tipologia di danno risarcibile a favore di entrambi i genitori, può essere un danno patrimoniale, che può consistere nella necessità di mantenimento di un figlio non voluto. Alcune pronunce giurisprudenziali fanno riferimento a casi di insuccesso di interventi di interruzione di gravidanza, nei quali la donna, in situazione di grave difficoltà economica, aveva manifestato la volontà di abortire, in quanto l'assunzione degli oneri connessi allo *status* genitoriale avrebbe messo in pericolo la sua salute fisica o psichica. Talora il risarcimento fu accordato ad entrambi i genitori per il fatto che la coppia era stata posta di fronte agli oneri e alle spese conseguenti alla nascita del figlio in un momento di dissesto finanziario. V., in proposito, Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Danno e resp.*, 2003, p. 403 ss., con nota di A. BITETTO, *Bambino inatteso ... paga il medico consapevole della possibilità del suo arrivo!*, secondo cui "la nascita non programmata di un bambino a seguito di un fallito intervento di sterilizzazione, conseguenza dell'inadempimento contrattuale del medico-ginecologo, comporta il risarcimento del danno costituito dal costo del mantenimento del figlio non desiderato"; App. Venezia, 23 luglio 1990, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 1320 ss., con nota di M. ZANCHETTI, *Il "danno ingiusto" conseguente alla mancata interruzione di una gravidanza per colpa dei sanitari*, secondo cui "facendo l'art. 4, l. n. 194/1978 riferimento alle condizioni economiche della donna, come possibile causa determinante il pericolo per la sua salute fisica o psichica che costituisce condizione per l'interruzione legale della gravidanza, il pregiudizio economico derivante dalla nascita intempestiva va determinato in una somma idonea a sopperire alle difficoltà dei genitori per il periodo necessario a raggiungere la stabilità economica". Nello stesso senso, Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit. Ancor prima di un danno patrimoniale, il danno subito dai genitori, in seguito alla mancata diagnosi di patologie del feto e all'impossibilità di ricorrere all'aborto, si presenta come danno non patrimoniale. Si tratta, cioè, di un pregiudizio conseguente alla nascita indesiderata di un figlio affetto

Diversamente, non è concessa l'azione risarcitoria al figlio nato con difetti genetici (né ai genitori per suo conto)⁽⁹⁸⁾, allorchè la donna non venga posta in condizione di abortire per mancanza di informazione. Come già chiarito, infatti, il “diritto di nascere sani” comporta l'obbligo di garantire, per quanto sia possibile, una nascita sana, ma non significa che il concepito, che presenti anomalie genetiche, non debba essere lasciato nascere.

da grave handicap e consistente nella lesione della salute fisica e psichica sia della madre che del padre, con ripercussioni sull'intera esistenza familiare.

⁽⁹⁸⁾ In tal senso Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.; conforme Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, cit.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Collane di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

sottoposte a peer review a cura del Comitato scientifico, secondo i criteri stabiliti per la Rivista e pubblicati all'indirizzo www.rivistadirittoeprocesso.eu

Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006, p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra Diritto Interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... conparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.

3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.

Pubblicato nell'anno 2011
Impresso in Italia nell'ottobre 2011