



# Uno sguardo sul diritto privato tra Brasile e Italia

a cura di  
Mauro Grondona  
Luca Oliveri





*Responsabili Collana*

Paola Ivaldi (*Università di Genova*)

Lorenzo Schiano di Pepe (*Università di Genova*)

*Comitato scientifico*

Alberto M. Benedetti (*Università di Genova*), Pierluigi Chiassoni (*Università di Genova*), Paolo Comanducci (*Università di Genova*), Gisella De Simone (*Università di Genova*), Angelo Dondi (*Università di Genova*), Carlos Esplugues Mota (*Università di Valencia, Spain*), Riccardo Ferrante (*Università di Genova*), Andrea Fusaro (*Università di Genova*), Bettina Heiderhoff (*Università di Münster, Germany*), Juan Ruiz Manero (*Università di Alicante, Spain*), Alberto Marcheselli (*Università di Genova*), Realino Marra (*Università di Genova*), Eric Millard (*Università di Paris-Ouest, France*), Marco Pietro Pavese (*Università di Genova*), Marco Pelissero (*Università di Torino*), Ilaria Queirolo (*Università di Genova*), Michele Siri (*Università di Genova*), Pascale Steichen (*Università di Nice Sophia Antipolis, France*), Lara Trucco (*Università di Genova*), Chiara E. Tuo (*Università di Genova*), Piera Vipiana (*Università di Genova*)

# Uno sguardo sul diritto privato tra Brasile e Italia

Scritti per il I colloquio italo-brasiliano

a cura di  
Mauro Grondona  
Luca Oliveri



è il marchio editoriale dell'Università di Genova



*Il presente volume è stato sottoposto a double blind peer-review  
secondo i criteri stabiliti dal protocollo UPI*

© 2023 GUP

I contenuti del presente volume sono pubblicati con la licenza  
Creative commons 4.0 International Attribution-NonCommercial-ShareAlike.



Alcuni diritti sono riservati

ISBN 978-88-3618-228-2  
e-ISBN (pdf) 978-88-3618-229-9

Pubblicato a luglio 2023

Realizzazione Editoriale  
**GENOVA UNIVERSITY PRESS**  
Via Balbi, 6 – 16126 Genova  
Tel. 010 20951558 – Fax 010 20951552  
e-mail: [gup@unige.it](mailto:gup@unige.it)  
<https://gup.unige.it>



Stampato rispettando l'ambiente da  
[www.tipografiaecologicakc.it](http://www.tipografiaecologicakc.it)  
Tel. 010 877886

## SOMMARIO

PRESENTAZIONE DEL VOLUME MAURO GRONDONA	9
ANDREA FUSARO <i>Il ruolo dell'associazionismo nel recupero dei quartieri cittadini</i>	11
EUGÊNIO FACCHINI NETO <i>Certezza o probabilità causale nella responsabilità extracontrattuale in prospettiva comparata</i>	15
RAFFAELLA DE MATTEIS <i>La responsabilità sanitaria e gli obiter della Cassazione nel passaggio dal vecchio al nuovo regime</i>	33
FRANCESCA BENATTI <i>La costituzione non può andare in sabbatico: libertà religiosa in epoca di pandemia</i>	49
LUCA OLIVERI <i>Il rapporto tra danno non patrimoniale e nomofilachia: 'croce e delizia'</i>	65
LUCAS GIRARDELLO FACCIO <i>O dano moral no direito brasileiro: como funciona a sua reparação</i>	79
GILDA FERRANDO <i>La legge 40/2004 sulla fecondazione assistita nel dialogo tra le corti. Problemi e prospettive</i>	91

ELENA ANNA GRASSO <i>Il tempo e il diritto: alcune riflessioni comparative sulla fecondazione post mortem</i>	107
MARIANNA GAZAL PASSOS <i>Analisi del caso Evans vs UK deciso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo</i>	125
FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE <i>Apontamentos sobre a lei de liberdade econômica e suas implicações para a teoria geral do contrato no direito civil brasileiro</i>	141
MATTEO TURCI <i>L'obbligo legale di rinegoziazione del contratto nelle revisioni delle codificazioni italiana e brasiliana</i>	153
GIACOMO MUNARI <i>Il testamento olografo e le forme di revoca: un confronto fra Italia e Brasile</i>	171



## PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Questo volume, che appare solo ora con notevole ritardo, in larga misura imputabile alla negligenza del curatore, vuole semplicemente attestare i rapporti di collaborazione e di amicizia tra il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova e la Facoltà di Giurisprudenza della Pontificia Università Cattolica di Porto Alegre.

La nostra collaborazione, in questo caso, si è svolta nel segno del diritto civile, ma in futuro ci potranno certamente essere ulteriori occasioni di collaborazione in altri ambiti del diritto. Del resto (ovvio il ribadirlo), solo per ragioni contingenti quando non opinabili si segue la logica dei 'settori disciplinari': l'unico settore che dovrebbe attrarre l'interesse del giurista è quello delle scienze umane e sociali, cui il diritto certamente appartiene (ma, naturalmente, ogni ottica che presenti delimitazioni è in sé perniciosa: nella ricerca, la prudenza non è un valore).

Il titolo del volume vuole alludere al libro che Tullio Ascarelli dedicò con affetto al suo amato Brasile, che lo accolse e lo salvò dalla persecuzione fascista.

L'iniziativa si iscrive all'interno delle molteplici attività (didattiche e scientifiche) promosse dal nostro dottorato genovese in diritto. Di qui la partecipazione, sui due fronti, anche di giovani che, nel frattempo, hanno affinato le proprie ricerche, nonché la propria collocazione professionale.

I temi del volume (così come il taglio dei saggi, l'impostazione metodologica, la prospettiva) sono stati lasciati alla piena libertà e alla sensibilità culturale dei partecipanti.

Questo primo colloquio ha già conosciuto una seconda edizione, pur telematica, che fortunatamente vedrà presto la luce, grazie alla partecipe operosità dei giovani curatori.

Genova, 23 dicembre 2022

Mauro Grondona



# IL RUOLO DELL'ASSOCIAZIONISMO NEL RECUPERO DEI QUARTIERI CITTADINI

*Andrea Fusaro\**

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. I *restrictive covenants*. – 3. Il ruolo dell'associazionismo.

## 1. *Una premessa.*

In un celebre discorso di John F. Kennedy è contenuta una delle frasi più famose del Novecento: «Ask not what your country can do for you; ask what you can do for your country».

Sono numerosi i fenomeni di supplenza da parte dei privati nell'esercizio di interventi ordinariamente affidati alla P.A., anche nella gestione della città. Il tema attiene all'urbanistica in quanto governo del territorio, materia rientrante tra le competenze degli enti locali, perciò almeno in astratto pertinente a quel tavolo. La specificità attiene al coinvolgimento nella conservazione e valorizzazione dei beni immobili di proprietà sia privata sia pubblica attraverso la stipula di convenzioni rivolte a offrire qualche vantaggio materiale – per esempio agevolazioni fiscali (IMU) – o simbolico (la pubblicità del benefattore che già si legge a favore di chi cura le aiuole) a fronte dell'impegno a raggiungere obiettivi di interesse pubblico.

In alcuni ordinamenti vengono conclusi accordi anche per la conservazione di parchi privati, o addirittura per la conduzione di certe colture in aree agricole.

---

\* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato nell'Università di Genova.

## 2. *I restrictive covenants.*

L'indagine comparatistica segnala l'utilizzo risalente da parte di enti non-profit di convenzioni (*restrictive covenants*) per la conservazione dell'ambiente, del paesaggio e più in generale dei beni culturali, nell'area di common law, inoltre in alcuni Paesi dell'America Latina.

Il fenomeno dei *conservative restrictive covenants* è esteso negli Stati Uniti – spesso sulla scorta di leggi che ne demandano l'utilizzo a enti non-profit a fini di tutela dell'ambiente –, dove è studiato soprattutto nell'ottica dell'analisi economica del diritto, di frequente insieme con i vincoli di tipo urbanistico-edilizio, per verificarne la desiderabilità sotto il profilo dell'efficienza. È degno di nota che in tale ordinamento ricorra frequentemente, oltre alla designazione usuale di *restrictive covenants*, anche il termine più antico di *servitude*, a conferma di una comune matrice storica, che quindi potrebbe farsi viatico di trapianti giuridici per importare strumenti idonei a soddisfare esigenze e preoccupazioni condivise. Tra queste, la documentata sfiducia sull'attitudine dello Stato nel controllare l'uso delle risorse fondiarie – quindi non solo edilizie –, tale da indurre a puntare sia sul 'management of land by private owners' – attraverso una spontanea accettazione di *restrictive covenants* –, sia sulla collaborazione di 'private organisations' le quali – nel ruolo che noi diremmo di enti esponenziali della tutela di interessi diffusi – potrebbero sottoscrivere con i rispettivi proprietari patti rivolti alla conservazione non solo statica, ma anche dinamica, del territorio (quindi includendo, ad esempio, l'impegno a proseguire determinate colture, o a tenere al meglio zone boschive), a fronte di vantaggi fiscali (quali la detassazione dei redditi), o addirittura finanziari (l'erogazione di sovvenzioni) da individuarsi.

## 3. *Il ruolo dell'associazionismo.*

Nel nostro diritto simili previsioni figurano nella legislazione sui beni di interesse storico-artistico, che prefigura tali accordi tra P.A. e proprietari. A questi si affiancano quelli tra ente pubblico ed enti filantropici o di volontariato per la cura di immobili non già privati, ma pubblici: questa seconda tipologia sembra essere già attiva, forse si potrebbero rifinire i modelli di convenzione.

Tali iniziative appaiono realizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, che trova la sua formulazione nell'art. 118, ult. c., Cost., riformato dalla legge 3/2001 a tenore del quale «Stato, Regioni, città metropolitane, Province e Comuni favoriscano l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per

lo svolgimento di attività di interesse generale». Nella sostanza si afferma che il perseguimento dell'interesse generale non è di esclusiva competenza delle istituzioni pubbliche, ma riguarda anche l'azione dei cittadini, singoli e associati. Esso è, del resto, lo spirito che anima il diritto del Terzo Settore, che in Italia ha fatto oggetto di una piuttosto recente riforma legislativa la quale ha preso corpo in un testo etichettato Codice, nel cui ambito sono stati contemplati enti appositamente dedicati, gli ETS.

In materia si registra una consonanza con il Magistero pontificio, in particolare con l'Enciclica *Quadragesimo Anno* di papa Pio XI ove si afferma che «una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune». Pio XI lo definì un «principio importantissimo della filosofia sociale [...] come è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le proprie forze e con l'iniziativa propria, per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità può esser fatto». Ancora, al n. 80 si sostiene che «l'oggetto naturale di ogni intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già di distruggerle ed assorbirle». Giovanni Paolo II, nell'Enciclica *Centesimus Annus*, sottolinea come «le disfunzioni e difetti nello Stato assistenziale derivano da un'inadeguata comprensione dei compiti propri dello Stato. Anche in questo ambito deve essere rispettato il principio di sussidiarietà».



# CERTEZZA O PROBABILITÀ CAUSALE NELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE IN PROSPETTIVA COMPARATA

*Eugênio Facchini Neto\**

SOMMARIO: 1. La questione della causalità. – 2. Idee attuali sul nesso di causalità nell'ambito del diritto comparato: c'è spazio per l'apertura alla logica della probabilità? – 3. La dottrina della '*perte d'une chance*'. – 4. La dottrina della *market share liability*. – 5. La dottrina del *more probable than not*, *preponderance of evidence*, oppure *balance of probability* (BPR). – 6. La dottrina della responsabilità proporzionale. – 7. La dottrina della presunzione di causalità. – 8. La dottrina dell'imputazione oggettiva. – 9. La dottrina del danno probatorio (*evidential damage*). – 10. Ammissione di probabilità statistiche. – 11. Giurisprudenza rilevante che ammette un giudizio di probabilità. – 12. Considerazioni finali.

## 1. *La questione della causalità.*

In tutti i sistemi giuridici, la responsabilità civile presuppone la presenza di un danno e un nesso causale tra condotta e danno. Altri elementi possono essere presenti o meno, come la colpa (non necessaria nei casi di responsabilità oggettiva) e l'illecito (assente in casi di responsabilità per atti leciti).

---

\* Dottore di ricerca in Diritto Comparato (Università degli Studi di Firenze); Master in Diritto Civile (Universidade de São Paulo). Professore titolare della Escola de Direito da PUC/RS. Professore e ex-direttore della Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Giudice della Corte d'Appello (Tribunal de Justiça) dello Stato di Rio Grande do Sul (Brasile).

Il danno stesso viene talvolta presupposto nella violazione del diritto, come occorre in Brasile per la violazione dei diritti della personalità.

Per quanto invece riguarda il nesso causale, è sempre stato inteso come uno dei fondamenti della responsabilità civile, che dev'essere adeguatamente dimostrato da chi propone la domanda.

I dubbi sul nesso di causalità hanno pertanto sempre beneficiato il convenuto.

È strano che altre scienze, come le naturali, hanno da molto puntato sull'impossibilità per l'uomo di determinare esattamente le cause di un evento, a volte sostituendo il principio di causalità a favore di una conoscenza di tipo probabilistico che consente solo di stabilire un rapporto di tipo quantitativo/statistico tra l'antecedente e l'evento<sup>1</sup>.

Infatti, i progressi scientifici, in particolare gli sviluppi della fisica quantistica, hanno chiaramente dimostrato, più che mai, che il mondo fisico non è governato da leggi causali, ma probabilistiche, del tipo 'se X, quindi Y in una percentuale Z'. Si è imposto il criterio secondo il quale la conoscenza empirica, in relazione alla quale la conoscenza giudiziaria è solo uno dei suoi tipi, non consente di sapere con assoluta certezza se un fatto sia vero, ma piuttosto cerca di trovare il suo grado di probabilità in base agli elementi di giudizio disponibili e di certe regole di razionalità<sup>2</sup>.

Il mondo giuridico, invece, continua a concepire il nesso di causalità come un giudizio in termini di rigida alternativa sussistenza/insussistenza. Come ha detto A.P. Dawid, «statisticians think of causality as an uncertain relation that needs to be described and qualified probabilistically, while lawyers may be more naturally inclined to a fundamentally deterministic view»<sup>3</sup>. Comunque, la causalità è una realtà che preesiste al mondo giuridico: non è una creazione della logica giuridica,

---

<sup>1</sup> In questo senso, M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, 3a ed., Padova, 2012, p. 303. Anche Berti afferma che, a differenza del giurista, il medico legale «accerta il nesso causale con un metodo induttivo che dall'osservazione di un evento concreto risale al fatto antecedente che lo ha causato, secondo criteri di probabilità statistica che difficilmente conducono alla 'certezza' ma a risultati 'scientificamente motivati, ipotesi attendibili, giudizi credibili'»: L. BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova*, Milano, 2013, p. 135.

<sup>2</sup> P.C. DA COSTA, *Causalidade, Dano e Prova. A incerteza na responsabilidade civil*, Coimbra, 2016, p. 69.

<sup>3</sup> A.P. DAWID, *The Role of Scientific and Statistical Evidence in Assessing Causality*, in R. GOLDBERG (ed.), *Perspectives on Causation*, Oxford, 2011, p. 133.



ma un fatto di realtà pratica che dovrebbe essere visto come un semplice potenziale in termini giuridici, dal momento che può o meno essere rilevante per il diritto<sup>4</sup>.

Da alcuni decenni, tuttavia, in diversi angoli del mondo occidentale, sono emerse teorie o pratiche giurisprudenziali che indicano chiaramente il rilassamento di questo presupposto della responsabilità civile. In alcuni casi è stata la giurisprudenza a creare soluzioni, che sono state successivamente sistematizzate dai giuristi. In altri casi, è stata la dottrina a suggerire soluzioni che sarebbero state successivamente ricevute dalla giurisprudenza. Raramente è stata la propria legislazione ad avanzare in questa direzione, come è accaduto con il nuovo codice di procedura civile brasiliano.

In comune, tutte le varie teorie e pratiche cercano di alleggerire l'onere probatorio relativo al nesso causale tra il presunto danno subito e il comportamento imputato al convenuto.

Non è richiesta la certezza sul legame causale. La logica della probabilità viene ammessa.

D'altra parte, la differenza tra responsabilità penale e responsabilità civile dev'essere presa in considerazione. Infatti, il giudizio penale è retto da una serie di principi a tutela dell'imputato (*in primis*, la presunzione d'innocenza), i quali hanno portato, per esempio, la Cassazione penale ad affermare che «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza della condotta omissiva, non possono che condurre alla negazione dell'esistenza del nesso di condizionamento» (Cass. pen., 11 febbraio 2004, n. 31304 in *Guida al Dir.*, 2004, 33, p. 83). Diversamente succede in sede civile, «dove vigono altre regole: la Cassazione civile ha per l'appunto negato che l'ignoranza sull'efficienza causale di una data concausa possa andare a beneficio del danneggiante, in quanto non è consentito escludere l'efficienza causale tra una condotta ad un evento di danno solo perché è incerto il grado di incidenza causale di altra concausa, dovendo invece positivamente risultare che questa è stata da sola sufficiente a determinarlo» (Cass. civ., 15 gennaio 2003, n. 488, in *Giur. it.*, 2004, p. 59). Così, «il peso dell'incertezza, in sede civile, si ripartisce equamente tra attore e convenuto»<sup>5</sup>.

In questo breve saggio, che riproduce il mio intervento orale nell'evento svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova, organizzato dal Prof. Mauro Grondona, con l'aggiunta di note e l'ap-

---

<sup>4</sup> In questo senso, R.S. PEREIRA, *Pressupostos filosóficos e científicos do nexo de causalidade*, Lisboa, 2017, p. 577.

<sup>5</sup> R. BORDON, *Il nesso di causalità*, Milanofiori Assago, 2006, p. 228.

profondimenti occasionali, indicherò alcune di queste dottrine che sono state suggerite e discusse in diversi Paesi occidentali. In un secondo momento, indicherò la giurisprudenza dei tribunali superiori, di diversi Paesi, che accettano il paradigma della probabilità.

## *2. Idee attuali sul nesso di causalità nell'ambito del diritto comparato: c'è spazio per l'apertura alla logica della probabilità?*

Quando un attore non ha successo in un'azione di riparazione per il danno subito, la decisione giudiziaria non è in grado di far scomparire il danno: stabilisce, implicitamente, che il danno (che è già accaduto), rimane permanentemente con l'autore. Non ci sono ulteriori questioni quando questo viene deciso a causa della convinzione del giudice che il danno non si sia verificato, o che non sia stato il convenuto a causare il danno, o quando vi fossero motivi legali sufficienti per respingere la domanda (legittima difesa, etc.). Tuttavia, quando la decisione di rigetto si basa solo su dubbi sulle prove, la questione assume un tono diverso, perché dal punto di vista della giustizia, è tanto ingiusto condannare una persona innocente a risarcire un danno che forse non ha causato, quanto lasciare senza riparazione una vittima innocente che ha sofferto un danno ingiusto.

La semplice difficoltà di trovare prove schiaccianti per provare i fatti costitutivi del diritto dell'autore non dovrebbe condurre il magistrato a una facile sentenza di rigetto. Di fronte alla potenziale ingiustizia che potrebbe causare, deve allargare il suo orizzonte ed esaurire le possibilità di un verdetto contrario. Per questo, il giudice non può rimanere rinchiuso nelle vecchie nozioni giuridiche – essenziali e necessarie –, ma non sempre sufficienti. Deve dialogare con altre scienze, ampliando le sue conoscenze per essere in grado di interpretare fatti complessi.

Questa condotta pare che sia in corso. Nel lavoro comparativo condotto dall'*European group on tort law (Tilburg group)*, in preparazione degli *European principles of tort law*, sul tema della *causation*, il rapporto finale che affronta il tema dell'«incertezza della causalità» afferma che la lettura dei rapporti nazionali suggerisce che «evidence on the basis of statistics are to be admitted»<sup>6</sup>.

Le idee esposte di seguito, molte delle quali con applicazioni in casi giudiziari, possono rivelarsi strumenti utili per un giudizio in uno scenario incerto, senza lasciare spazio per improvvisazioni giudiziarie.

---

<sup>6</sup> J. SPIER, O.A. HAAZEN, *Comparative Conclusions on Causations*, in J. SPIER (ed.), *Unification of Tort Law: Causation, The Hague*, 2000, p. 153.

### 3. *La dottrina della 'perte d'une chance'*

Si può dire, con Rocha, che nella perdita di chance, la certezza è richiesta in relazione alla possibilità reale di ottenere un vantaggio o evitare un infortunio, ma ci troviamo di fronte all'incertezza sul fatto che il vantaggio si sarebbe effettivamente verificato o che l'infortunio sarebbe stato evitato, se non fosse stato per l'atto del convenuto. C'è incertezza nel danno ma certezza nella probabilità<sup>7</sup>.

Questa dottrina è emersa in Francia<sup>8</sup> diversi decenni fa e, a poco a poco, è stata accolta anche nella maggior parte delle altre giurisdizioni<sup>9</sup>. È un tipo di danno emergente, autonomo, certo e attuale, e non una perdita di profitto futuro. Come ha detto Grondona, il danno da perdita di chance ha «un'autonomia ontologica propria»<sup>10</sup>. Però, in questa figura c'è sempre un spazio di incertezza, come ha riconosciuto la Cassazione (16 ottobre 2007, n. 21619), quando affermò che la perdita di chance va attestata «sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi come sacrificio della possibilità di conseguirlo, intesa la guarigione del paziente come bene, diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute»<sup>11</sup>.

### 4. *La dottrina della market share liability.*

Questa dottrina è stata sviluppata nel caso *Sindell v. Abbott Laboratories*<sup>12</sup>, giudicato dalla Suprema corte della California, nel 1980. La attrice, Sindell, quando arrivò all'adolescenza, sviluppò il cancro a seguito di un medicinale contenente

---

<sup>7</sup> N.S. ROCHA, *A «Perda de Chance» Como uma Nova Espécie de Dano*, Coimbra, 2014, p. 59 s.

<sup>8</sup> Per la Francia, si veda C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, 2010, p. 154 ss.

<sup>9</sup> Per l'Inghilterra, si veda S. GREEN, *Causation in Negligence*, London, 2017, p. 152 ss. Per il resto d'Europa, si veda l'opera collettiva citata nella nota che segue e anche B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law – Vol. 1: Essential Cases on Natural Causation*, Wien, 2007, pp. 545-592.

<sup>10</sup> M. GRONDONA, *Il danno da perdita di chance tra nuovo linguaggio dei rimedi e rinnovamento delle categorie giuridiche*, in G.E. NAPOLI, M. SEPE (a cura di), *La perdita di chance in Italia e in Europa*, Bologna, 2019, p. 12.

<sup>11</sup> Citata da S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, Milano, 2016, pp. 53-54.

<sup>12</sup> *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 607 P.2d 924, 163 Cal. Rptr. 132, 1980.

*diethylstilbestrol* (DES) che sua madre aveva assunto durante la gravidanza. Riferito ingrediente era un componente importante dei farmaci usati dalle donne in gravidanza che erano inclini ad aborti spontanei. Il farmaco si era dimostrato molto efficace ed è stato ampiamente utilizzato dal 1941 fino al 1971, quando il F.D.A. ha vietato la sua fabbricazione. In un tipico caso di rischio di sviluppo, si è scoperto che molte donne, frutto di tali gravidanze, tendevano a sviluppare il cancro dopo 10-12 anni di incubazione della malattia<sup>13</sup>.

Non c'erano dubbi scientifici sul legame causale tra l'assunzione del medicinale e il cancro. Il farmaco era stato prodotto dai convenuti, cinque compagnie farmaceutiche e da circa 195 altre società non nominate nella causa. I convenuti avevano prodotto insieme il 90% del farmaco. Ma a causa del passare del tempo, non era stato possibile identificare quale laboratorio avesse prodotto il medicinale ingerito da sua madre.

La Corte suprema californiana impose l'inversione dell'onere della prova a carico dei produttori di DES, i quali, per sfuggire alla condanna, avrebbero dovuto dimostrare che non era stato il medicinale da loro prodotto a provocare il danno. Il produttore che non fosse riuscito a fornire tale prova sarebbe stato ritenuto responsabile non per l'intero ammontare del danno, bensì per una frazione proporzionale alla quota di mercato del DES, da esse detenuta al momento della vendita del farmaco, in California, nell'anno della gestazione della attrice<sup>14</sup>.

Il danno era certo. Ed era ingiusto, dal punto di vista dell'attrice. Il rigetto della sua domanda l'avrebbe lasciata irreparabilmente danneggiata. La dottrina sviluppata in questo caso ha permesso di fare giustizia<sup>15</sup>. Non c'era certezza, ma era ragionevole accontentarsi della probabilità per giudicare la causa<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Si stima che tra 1,5 e 3 milioni di donne abbiano consumato il farmaco, con diverse migliaia di giovani che hanno sviluppato il cancro a causa di questo farmaco.

<sup>14</sup> Nel 1992, la Corte Suprema d'Olanda (Hoge Raad), apprezzando un caso simile, fu ancora più audace: tutti i produttori sarebbero stati responsabili in solido nei confronti delle vittime e poi avrebbero potuto agire in regresso, l'uno contro l'altro: C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2007, p. 289.

<sup>15</sup> Nel 1992, la Corte Suprema d'Olanda (Hoge Raad), apprezzando un caso simile, fu ancora più audace: tutti i produttori sarebbero stati responsabili in solido nei confronti delle vittime e poi avrebbero potuto agire in regresso, l'uno contro l'altro: C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2007, p. 289.

<sup>16</sup> Nel campo del diritto ambientale, questa idea ha ispirato la *pollution-share liability*. Secondo questo adattamento, quando è impossibile dimostrare quale impianto industriale abbia effettivamente causato il danno, tutti gli impianti industriali che sono

## 5. *La dottrina del more probable than not, preponderance of evidence, oppure balance of probability (BPR).*

Ampiamente usato nel campo della responsabilità per il fatto del prodotto, specialmente quelli in cui la prova del nesso di causalità è molto difficile, come medicinali e sostanze chimiche. Quindi, dall'esperienza della vita (*id quod plerunque accidit*), si può ammettere la preponderanza della prova, che, in fondo, è una specie di presunzione di causalità.

La formulazione predominante della regola del *balance of probability* (BPR) è che una proposizione fattuale *p* dovrebbe essere considerata vera ogni volta che è più probabile che *not p*. Il BPR è una regola del tutto o niente, *all or nothing rule*: se il giudice è convinto che il comportamento del convenuto è più probabile che sia la causa del danno, concederà all'attore pieno risarcimento, mentre nessun indennizzo sarà concesso se il nesso causale non è stabilito a tale standard<sup>17</sup>.

A volta si dice che la regola del BPR è presumibilmente una buona posizione intermedia: incoraggia i privati a intentare causa concedendo loro pieno risarcimento nei casi in cui le loro narrative dei fatti sono più probabili che no, consentendo così che il contenzioso *promote deterrence*<sup>18</sup>.

Questo *approach* è particolarmente usato nell'Inghilterra, Stati Uniti, Canada, Irlanda, Danimarca e Lituania<sup>19</sup>.

## 6. *La dottrina della responsabilità proporzionale.*

Una visione distinta – e migliore – della dottrina che abbiamo appena visto è rappresentata dalla dottrina della responsabilità proporzionale, che sostiene l'abbandono della logica del 'tutto o del nulla' (*all or nothing*), che costringe il giudice a oscillare da una posizione estrema (riconoscere la sussistenza del nesso

---

in condizione di aver causato l'inquinamento possono essere ritenuti responsabili, in proporzione, non già delle quote di mercato, ma delle loro emissioni, senza la necessità di dimostrare quale emissione abbia effettivamente causato il danno: in questi termini, A.P. DE OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, Coimbra, 2007, p. 31.

<sup>17</sup> S. STEEL, *Proof of Causation in Tort Law, cit.*, p. 49 s.

<sup>18</sup> S. STEEL, *Proof of Causation in Tort Law, cit.*, p. 135.

<sup>19</sup> In questo senso, M. INFANTINO, E. ZERVOGIANNI, *Summary and Survey of the Results*, in M. INFANTINO, E. ZERVOGIANNI (eds.), *Causation in European Tort Law*, Cambridge, 2017, p. 611, e S. STEEL, *Proof of Causation in Tort Law, cit.*, p. 50.

causale e, quindi, il risarcimento dell'intero danno) all'altra (negare il nesso causale e, quindi, il risarcimento), in favore di una concezione proporzionale nella quale il danneggiante risponda in misura proporzionale all'aumento di rischio del verificarsi dell'evento che costituisce la lesione subita dal danneggiato. Marco Capecchi difende una responsabilità proporzionale «in cui il danneggiante sia tenuto a farsi carico del costo del sinistro in misura proporzionale all'apporto causale della condotta che può essergli imputata»<sup>20</sup>, posizione con la quale siamo d'accordo.

### 7. *La dottrina della presunzione di causalità.*

La dottrina della presunzione di causalità deve la sua diffusione in Brasile a Mulholland. La dottrina si basa sul meccanismo di calcolo della probabilità statistica, applicabile in particolare ai casi di responsabilità oggettiva e ai cosiddetti danni di massa.

Secondo tale teoria, in caso di attività impregnata di rischio con conseguente danno tipicamente associato a tale attività, laddove la prova di causalità è impossibile o difficile, il giudice può accontentarsi di un giudizio di probabilità statistica sul rapporto causale.

Il suo fondamento è la regolarità causale, secondo la quale le due possibili forme di giudizio probabilistico avverranno attraverso tecniche statistiche – la cosiddetta probabilità statistica – e logica – la probabilità logica –<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., pp. 267, 304 s. Capecchi parla anche della responsabilità per aumento del rischio, scrivendo che si parte dalla considerazione che il comportamento dell'agente ha creato oggettivamente il rischio di innescare la lesione. Per questo motivo, lo standard probativo viene rilassato, abbassando il livello di probabilità che sarebbe normalmente necessario per essere certi della causalità. Questa dottrina afferma che un antecedente è la causa di un evento dannoso se c'è un aumento della probabilità che un tale evento si verifichi. Il creatore del rischio dovrebbe rispondere solo nella proporzione statistica dell'aumento di questo rischio, e non per l'intero danno: M. CAPECCHI, *cit.*, p. 266 ss. Sulla responsabilità proporzionale in Spagna, si veda anche M. MARTÍN-CASALS, *Proportional liability in Spain: a bridge too far?*, in M. MARTÍN-CASALS, D.M. PAPAYANNIS (eds.), *Uncertain Causation in Tort Law*, Cambridge, 2016, p. 43 ss.

<sup>21</sup> C.S. MULHOLLAND, *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, Rio de Janeiro, 2010, p. 346.

## 8. *La dottrina dell'imputazione oggettiva.*

Questa è una dottrina derivata dal diritto penale tedesco, legata ai nomi di Roxin e Jakobs, caratterizzata dallo spostamento dell'attenzione del giurista dalla svalutazione del risultato alla svalutazione della condotta. Secondo tale teoria, l'antecedente che ha creato illegalmente un rischio o aumentato un rischio preesistente è considerato causa, a condizione che l'evento dannoso sia un'espressione del rischio creato dall'antecedente. Questa teoria ha il grande vantaggio di consentire alla vittima di un danno di vincere la causa, dimostrando l'esistenza di un danno tipicamente associato a un rischio irragionevole creato. Il verificarsi concreto del danno consente quindi di presumere la sua relazione causale con l'attività che ha creato il rischio<sup>22</sup>.

Questa teoria è stata applicata nel caso inglese *McGhee v. National Coal Board*, giudicato dalla House of Lords nel 1973: un dipendente aveva contratto la dermatite probabilmente a causa del contatto con la polvere tossica nel suo ambiente di lavoro. È stato deciso che se una persona crea un rischio e si verifica un danno all'interno dell'area di rischio che crea, il danno dovrebbe essere riparato, a meno che non venga dimostrato che il danno sia derivato da una causa diversa<sup>23</sup>.

## 9. *La dottrina del danno probatorio (evidential damage).*

Questa dottrina è stata avanzata da Porat e Stein<sup>24</sup>. Ponendo l'accento sul fatto che è stato l'agente a creare l'irriducibile complessità probatoria attraverso la sua condotta, questi giuristi presentano la soluzione di autonomizzare un danno – il danno probatorio, appunto – per i seguenti casi:

- Casi in cui l'agente non è identificabile (ad esempio, caso di due cacciatori che sparano e solo uno colpisce la vittima; casi di responsabilità per quota di mercato);

- Casi in cui la persona lesa non è identificabile (ad esempio, una fabbrica emette radiazioni che possono causare il cancro, con una probabilità statistica che l'incidenza del cancro nell'area aumenterà del 25%. Tuttavia, non ci sono prove che possano identificare quali persone, tra coloro che hanno contratto il cancro dopo che l'impianto ha iniziato a funzionare, hanno contratto tale malattia a causa di questa radiazione o per altri motivi);

---

<sup>22</sup> C.S. MULHOLLAND, *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 188

<sup>23</sup> Su questo caso, S. STEEL, *Proof of Causation in Tort Law*, cit., pp. 223-235.

<sup>24</sup> A. PORAT, A. STEIN, *Tort Liability Under Uncertainty*, Oxford, 2001.

- Casi in cui la cattiva condotta può o non può aver causato il danno (perdita di una chance);

- Casi in cui il danno è stato causato da più agenti separatamente, senza sapere quale parte del danno è stata causata da quale agente;

- Casi in cui il danno è causato da un atto illegale dell'agente e anche dalla causa di qualcun altro, senza essere in grado di determinare in che misura ciascuno degli eventi abbia contribuito al danno.

In questi casi, in cui il demandante subisce un "danno probatorio" a causa della condotta del convenuto, le cui caratteristiche impediscono o rendono estremamente difficile la dimostrazione dei fatti, è possibile accettare, in tutto o in parte, la pretesa avanzata dal demandante.

### 10. *Ammissione di probabilità statistiche.*

In Italia, tra gli altri, M. Infantino e R. Bordon si sono espressi sull'argomento nei loro scritti. Secondo M. Infantino<sup>25</sup>, le teorie probabilistiche, in uso in Europa e negli Stati Uniti, cercano di evitare che un'oscurità probatoria si risolva sempre in modo sfavorevole all'attore. Secondo tali teorie, un fatto può essere considerato la causa di un risultato negativo se è elevata la probabilità, alla luce delle statistiche scientifiche, che quest'ultimo si sia verificato a causa della presenza del primo<sup>26</sup>.

In un senso simile si esprime R. Bordon, riferendosi alla teoria della causalità scientifica. Secondo lui, questo modello «si basa sulla considerazione che i giudizi causali si devono fondare sulle regolarità osservate nella successione degli eventi naturali, regolarità che vengono descritte nelle leggi causali universali»<sup>27</sup>. Questo autore ricorda le sentenze n. 632, del 21 gennaio 2000 e n. 11287, dell'11 novembre 1993, della Cassazione, ove si ammette un «serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica».

---

<sup>25</sup> M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2012, p. 115 s.

<sup>26</sup> Ottime sintesi di questo approccio si trovano nei contributi di S. HAACK, *Asuntos arriesgados: sobre la prueba estadística de la causación específica*, e di D.M. PAPAYANNIS, *Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad*, in D.M. PAPAYANNIS (coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid, 2014, pp. 103-138 e 139-182.

<sup>27</sup> R. BORDON, *Il nesso di causalità*, cit., p. 50 s.



## 11. *Giurisprudenza rilevante che ammette un giudizio di probabilità.*

Diversi tribunali superiori hanno sentenze che ammettono un giudizio di probabilità. Ovviamente, questi casi non costituiscono la giurisdizione quotidiana, né potrebbero, a pena di compromettere il principio della certezza del diritto. Ma in situazioni estreme, per rendere giustizia è ammesso di allentare la logica della certezza e accettare la logica della probabilità.

In Italia, è famosa la cosiddetta ‘sentenza Franzese’, della Corte di Cassazione (Cass. pen., Sez. Unite, 11 settembre 2002, n. 30328), in tema di responsabilità medica, per cui il sapere scientifico su cui il giudice può decidersi è costituito «sia da leggi ‘universali’ (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi ‘statistiche’, che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa».

La sentenza Franzese ha affermato il paradigma della ‘probabilità logica’. Secondo l’insegnamento delle Sezioni Unite, i giudici devono prendere in considerazione le leggi scientifiche (anche statistiche) a condizione che dette leggi siano non solo applicabili al caso concreto, ma pure coniugate con tutte le circostanze disponibili nel caso specifico, di talché sussiste nesso di causalità quando vi sia un «alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica».

Particolarmente nell’ambito di responsabilità medica, la giurisprudenza italiana è antica e ben consolidata nel riconoscere la sussistenza del legame causale anche nelle ipotesi in cui esiste una semplice correlazione probabilistica tra condotta ed evento dannoso, come si vede delle sentenze n. 632, del 21 gennaio 2000, n. 11287, del 26 novembre 92 e n. 3032, del 13 maggio 1982.

In Francia, secondo G. Viney<sup>28</sup>, per quanto riguarda la prova del nesso causale, è vero che l’onere della prova ricade in linea di principio sull’attore, ma i tribunali sono da tempi soddisfatti con una probabilità basata su indicatori o presunzioni che siano «gravi, accurate e coerenti» (Cour de Cassation, sentenze del 14.12.65, 13.10.71 e 31.05.72).

In Germania, è molto conosciuto, principalmente nell’ambito del diritto penale, il caso ‘Erdal’ o ‘Lederspray’, deciso dal *Bundesgerichtshof* nel 1990. In questo caso è stata riconosciuta la responsabilità penale degli imprenditori che hanno prodotto e commercializzato uno spray per la conservazione di calzature e pel-

---

<sup>28</sup> G. VINEY, *Responsabilidade Civil por Ato Ilícito*, in G.A. BERMAN, E. PICARD, *Introdução ao Direito Francês*. Trad. port. di T.D. CARNEIRO, Rio Janeiro, 2011, p. 303.

licce, a causa di lesioni dermatologiche subite da alcuni consumatori dopo il suo utilizzo. Non c'erano prove chiare del legame causale. Comunque, c'è stata una condanna. Fu deciso che la conoscenza del processo causale concreto è irrilevante per gli effetti criminali, ogni volta che c'è una connessione tra prodotto e danno ed è escluso un altro fattore come una possibile causa di danno. In questo caso, i magistrati di quella corte si sono accontentati di un «alto grado di probabilità» del nesso causale<sup>29</sup>.

Anche in Spagna la discussione interessò il diritto penale. Il Tribunale Supremo di questo Paese si è manifestato più di una volta (1992 e 1997) sul caso del «aceite de colza» (olio di canola). Il caso coinvolgeva la responsabilità penale degli imprenditori che avevano importato e distribuito a scopi alimentari, olio di canola che era stato prodotto esclusivamente a fini industriali. In questo caso, non c'era una prova chiara del legame causale tra l'assunzione di olio di canola e la 'sindrome di polmonite atipica'<sup>30</sup> che ha portato da trecento a quattromila morti e venticinquemila malati<sup>31</sup>. Purtuttavia, c'è stata una condanna criminale, sebbene non fosse possibile conoscere il meccanismo causale concreto che ha prodotto la malattia. È stato affermato che «una legge causale deve essere presa in considerazione quando un fatto è dimostrato in un numero molto considerevole di casi simili, essendo possibile escludere che l'evento sia stato prodotto da altre cause». C'è stata anche una condanna civile per l'indennizzo alle vittime di avvelenamento e alle loro famiglie<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Sul caso Lederspray, S.A. SOUSA, *A Responsabilidade Criminal do Dirigente: Algumas Considerações Acerca da Autoria e Comparticipação no Contexto Empresarial*, in *Revista de Estudos Criminais*, v. 50, Julho/Setembro 2013, pp. 9-42, e B. SCHÜNEMANN, *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*, Buenos Aires, 2004, p. 25 e ss.

<sup>30</sup> Sui danni alla salute causato da questo olio adulterato, si veda P. CARNERO, M. SÁNCHEZ, Z. COLLADO, J. MORENO e N. SANZ, *El síndrome del aceite tóxico: 30 años después*, in *Rev. Esp. Med. Legal*, 2011, 37(4), pp. 155-161.

<sup>31</sup> *Colza, historia de un envenenamiento*, in *El País*, 19 maggio 2016, disponibile su: <https://aniversario.elpais.com/colza/>. Secondo altra fonte, il numero di morti è arrivato ai quattromila, nel tempo: [https://www.lasexta.com/programas/el-intermedio/revista-medios/aceite-de-colza-historia-de-la-gran-intoxicacion-alimentaria-que-dejo-mas-de-4000-muertos-en-espana-video\\_201906255d1282e60cf2b86c2b612ed0.html](https://www.lasexta.com/programas/el-intermedio/revista-medios/aceite-de-colza-historia-de-la-gran-intoxicacion-alimentaria-que-dejo-mas-de-4000-muertos-en-espana-video_201906255d1282e60cf2b86c2b612ed0.html).

<sup>32</sup> Su questo caso, si veda M. MARTÍN-CASALS, *Proportional liability in Spain: a bridge too far?*, *cit.*, p. 50 s.

In Inghilterra, prima la *House of Lords*, nei casi *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* (2002)<sup>33</sup>, e *Barker v. Corus* (2006) e poi la *Supreme Court of United Kingdom*, nei casi *Sienkevicz v. Greif (UK) Ltd.* e *Knowsley Metropolitan Borough Council v. Willmore* (ambedue nel 2011), hanno deciso casi che coinvolgevano le vittime di mesotelioma (una specie di cancro ai polmoni), contratti principalmente (oltre l'ottanta per cento dei casi) dall'esposizione all'amianto. Questa malattia evolve lentamente (ci vogliono da venti a cinquant'anni prima che compaiano i sintomi). La maggior parte delle vittime sono lavoratori che hanno avuto contatti con l'amianto nel loro ambiente di lavoro. Il problema è sapere quando è stata contratta la malattia e durante quale lavoro, in caso di successivi impieghi. La più alta corte inglese ha ritenuto i datori di lavoro responsabili in solido, anche di fronte ai dubbi su quale fosse stato l'effettivo responsabile.

Negli Stati Uniti, da molto tempo è stata sviluppata la dottrina della causalità alternativa, che fu riconosciuta per la prima volta nella decisione californiana *Summers v. Tice*<sup>34</sup>, del 1948. Questi i fatti di causa: durante una battuta di caccia con due amici, Summers venne raggiunto all'occhio da un proiettile sparato da uno dei suoi compagni. Incapace di identificare il responsabile, Summers citò in giudizio ambedue i cacciatori. Secondo le regole generali, l'attore avrebbe dovuto soccombere, perché non in grado di identificare perfettamente chi aveva sparato il proiettile. La Corte suprema della California allora ha elaborato il principio della *alternative liability*: in presenza di due o più condotte illecite di cui una sola abbia causato il danno, ma sia impossibile stabilire quale, l'onere della prova della causalità non grava sul danneggiato; sono piuttosto i danneggiati a dover provare di non aver causato il danno. Questo principio fu successivamente accolto dal Restatement (Second) of Torts, section 433B (2) e (3)<sup>35</sup> e

---

<sup>33</sup> Su questo caso, si veda G. TURTON, *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*, Oxford, 2016, pp. 167 e 203 s.

<sup>34</sup> *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80 (1980).

<sup>35</sup> «(2) [W]here the tortious conduct of two or more actors has combined to bring about harm to the plaintiff, and one or more of the actors seek to limit their liability on the ground that the harm is capable of apportionment among them, the burden of proof as to the apportionment is upon each such actor; e (3) where the conduct of two or more actors is tortious and it is proved that harm has been caused to the plaintiff by only one of them, but there is uncertainty as to which one has caused it, the burden is upon each such actor to prove that he has not caused the harm». Una buona analisi di questo caso si trova in P.N. SWISHER, *Causation Requirements in Tort and Insurance Law Practice: Demystifying Some Legal Causation Riddles*, in 43 *Tort Trial & Ins. Prac. L.J.* 1 (2007), p. 6 s.

dal Restatement (Third) of Torts, § 28(b)<sup>36</sup>.

Anche la giustizia federale nordamericana a volte condanna senza essere completamente sicura del legame causale. Così è successo nel 1974, quando la dottrina della responsabilità solidale in caso di impossibilità di individuare la causalità parziale è stata accolta per la prima volta nella decisione *Michie v. Great Lakes Steel Div., Nat'l Steel Corp.*<sup>37</sup>, dalla *Court of Appeal for the 6th Circuit*. Questo precedente ha come terreno d'elezione le controversie i cui profili di incertezza coinvolgono non l'identità degli autori del danno, quanto l'apporto che ciascuno di essi ha dato al realizzarsi dell'evento dannoso. Il caso *Michie* coinvolgeva 37 abitanti di LaSalle (Ontario), che avevano citato in giudizio tre società americane proprietarie di stabilimenti industriali, per ottenere il risarcimento dei danni causati dai fumi emessi dalle convenute. Era pacifico che le azioni congiunte dei convenuti avessero prodotto il danno, ma non si sapeva la esatta parte di pregiudizio ascrivibile a ciascun stabilimento. La Corte federale, allora, stabilì che una volta assodato che la responsabilità potesse essere ascritta a tutti i *tortfeasors*, i diversi gradi di contribuzione al danno dovessero essere dimostrati da questi ultimi. In caso contrario, sarebbero ritenuti responsabili in solido.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha preso una posizione sull'argomento. Infatti, in una sentenza del 21 giugno 2017 (C-621/15), la CGUE ha ritenuto che si potesse decidere che i vaccini causassero una malattia, anche in assenza di prove scientifiche a sostegno di tale relazione. Il caso ha coinvolto un cittadino francese che nel 1999 ha ricevuto il vaccino contro l'epatite B. Un mese dopo l'ultima dose del vaccino, si svilupparono disturbi, diagnosticati come sclerosi multipla l'anno successivo. Egli ha attribuito la sua malattia al vaccino. Ha presentato una causa nel 2006 ed è morto nel 2011. La CGUE ha deciso che anche in assenza di prove concrete di causalità, il produttore poteva essere ritenuto responsabile ogni qualvolta esistessero prove coerenti della buona salute precedente della vittima, dell'assenza di anamnesi familiare e della presenza di altri casi simili. La CGUE (Seconda sezione) ha dichiarato che, «nonostante la constatazione che la ricerca medica non stabilisce né esclude l'esistenza di un nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della malattia da cui è af-

---

<sup>36</sup> Sulla 'alternative causation liability doctrine', si veda anche R.S. PEREIRA, *O nexa de causalidade na responsabilidade delitual. Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*, Coimbra, 2019, pp. 666-674.

<sup>37</sup> *Michie v. Great Lakes Steel Div., Nat'l Steel Corp.* - 495 F.2d 213 (6th Cir. 1974).

fetto il danneggiato, taluni elementi in fatto invocati dal ricorrente costituiscano indizi gravi, precisi e concordanti i quali consentono di ravvisare la sussistenza di un difetto del vaccino e di un nesso di causalità tra detto difetto e tale malattia»<sup>38</sup>.

In Brasile, un'applicazione di queste idee si trova nel caso *Apelação Cível n. 70059502898*, del 18 dicembre 2018, deciso dalla Corte d'Appello dello Stato di Rio Grande do Sul (Tribunal de Justiça, 9ª Câmara Cível, Relator Des. Eugênio Facchini Neto).

Il caso riguardava un uomo, fumatore dal 1964 al 1998, al quale fu diagnosticata la BPCO (Broncopneumopatia Cronica Ostruttiva), e morì pochi anni dopo. Il CTU affermava che la sua malattia e morte erano dovuta al fumo. Sua moglie ha chiesto il risarcimento del danno nei confronti della principale industria di tabacco brasiliana, sostenendo che suo marito aveva sempre fumato sigarette di quel marchio, sebbene siano state fornite poche prove a sostegno di tale affermazione. Le principali tesi di difesa erano nel senso (1) della esistenza di libero arbitrio del fumatore, oltre al fatto che per diversi decenni tutti sapevano degli effetti dannosi attribuiti alle sigarette; (2) il fatto che la BPCO è una malattia multifattoriale e non si può escludere che la sua origine non sia correlata al fumo; (3) l'assenza di prove chiare del fatto che il marito dell'attrice abbia effettivamente fumato solo quella marca di sigarette.

La sentenza di primo grado aveva respinto la domanda. La Corte d'Appello ha accolto il ricorso per riconoscere la parziale responsabilità dell'industria delle sigarette. Si è inteso che entrambe le parti avevano ragione. Era un caso di condanna, ma con riduzioni.

La prima riduzione deriva dal fatto che esiste una concorrenza causale da parte dei fumatori. In effetti, nonostante tutte le dimostrazioni dell'attività intenzionale dell'industria delle sigarette, investendo massicciamente nella pubblicità diretta, indiretta e subliminale, il tabagismo non era un destino inevitabile. C'è stata una parte di aderenza a questo stile di vita dannoso, a volte letale. A seconda del momento in cui il fumatore ha iniziato a consumare sigarette (se prima del divieto di pubblicità esplicita e dell'emissione obbligatoria di avvertimenti sui danni associati al fumo, o se dopo tale data), si deve ridurre l'importo del risarcimento in percentuali stimate tra il 25% e il 40%. Nel caso si è stimata nel 25% la riduzione.

---

<sup>38</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda sezione, sent. del 21 giugno 2017 (C-621/15), disponibile su: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192054&doclang=IT>.

Un'ulteriore riduzione potrebbe verificarsi quando la malattia che ha colpito il fumatore è multifattoriale e non si può affermare categoricamente che si è sviluppata esclusivamente a causa del fumo. Per risolvere questo dubbio, non ha senso respingere l'azione, come spesso accade. È più saggio adottare la logica della probabilità. Nel caso, sebbene esistessero prove sufficienti per dimostrare la correlazione tra BPCO e il fumo (certificato di morte, CTU), non c'erano prove assolutamente categoriche e indiscutibili che escludessero altre potenziali cause eziologiche della BPCO che colpiva la vittima. La soluzione fu la riduzione del valore della condanna, in modo che il valore riflettesse il grado di probabilità del contributo causale del fumo. C'erano fonti scientifiche che indicavano una correlazione tra l'80% e il 90% tra fumo e BPCO. Pertanto, è stato affermato che era scientificamente possibile attribuire una probabilità dell'85% che la BPCO che aveva colpito la vittima fosse derivata dal fumo. Pertanto, è stata applicata una riduzione del 15% al valore della condanna (corrispondente alla percentuale di cause eziologiche potenzialmente diverse).

Una terza riduzione dell'importo del risarcimento è stata imposta a causa dei rimasti dubbi su quale marca di sigarette siano stati consumati dalla vittima nel corso della sua vita. Si è inteso che tale dubbio non dovrebbe portare al rigetto della domanda. La via d'uscita da questo vicolo cieco è consistita nell'applicazione della logica adottata nella cosiddetta dottrina della 'market share liability'. Pertanto, l'imputato è stato condannato a risarcire l'attore in base alla media della sua partecipazione al mercato delle sigarette, nello Stato del Rio Grande do Sul, dove il fumatore aveva vissuto e fumato dal 1964 al 1998, da calcolare in liquidazione di sentenza.

È tempo di finire.

## 12. *Considerazioni finali.*

Tutte queste nuove dottrine e pratiche giurisprudenziali hanno lo scopo di facilitare le vittime in azioni legali contro presunti responsabili di danni, poiché sembra altrettanto ingiusto condannare un presunto attore senza prove convincenti della sua responsabilità, come lasciare una vittima innocente senza riparazione di fronte a difficoltà probatorie.

Se il danno è ingiusto e se statisticamente quel danno è collegato all'attività di un determinato convenuto, con un alto grado di probabilità scientifica, allora è più accettabile la sua responsabilizzazione civile, forse parziale, anche senza prove incontroverse, che lasciare che la vittima rimanga con un danno da lei sicuramente non causato.

Come ogni cambiamento nelle idee e nelle pratiche a cui siamo abituati, la proposta di rendere più flessibile il nesso causale solleva critiche. Una volta assorbita la tendenza, si verificheranno sicuramente anche alcuni abusi.

Tuttavia, anche nella scienza giuridica, sempre tanto legata al valore della certezza e sicurezza, a volte è necessaria una certa audacia in modo che i giuristi possano vivere assieme ai nuovi tempi, in cui la certezza non sempre è raggiungibile.





# LA RESPONSABILITÀ SANITARIA E GLI *OBITER* DELLA CASSAZIONE NEL PASSAGGIO DAL VECCHIO AL NUOVO REGIME

Raffaella De Matteis\*

SOMMARIO: 1. La Legge Gelli nel contesto europeo. – 2. La responsabilità sanitaria come regime speciale: tra passato e futuro. – 3. La responsabilità della struttura tra attività sanitaria e attività professionale.

## 1. *La Legge Gelli nel contesto europeo.*

Se sul finire del secolo scorso era possibile constatare<sup>1</sup> come nessuno Stato europeo avesse dedicato alla responsabilità medica un regime speciale di regole e come la stessa, nelle diverse esperienze, finisse per essere retta da un corpo di regole di formazione giurisprudenziale che, nel ricorso a presunzioni di colpa o a tecniche di inversione dell'onere probatorio, miravano ad agevolare il paziente nella difesa dei suoi diritti in giudizio; oggi, all'inizio del nuovo millennio e nel medesimo contesto dell'Europa continentale, è possibile registrare una decisa inversione di tendenza, che caratterizza diversi Paesi nella preferenza accordata alla legge 'piuttosto che alle decisioni dei giudici', per una regolamentazione di tale settore della responsabilità civile (sempre) all'insegna (del riconoscimento e della tutela) dei 'diritti dei pazienti'. Leggi che comunque si collocano in continuità con la giuri-

---

\* Già Professoressa ordinaria di Diritto Civile nell'Università di Genova.

<sup>1</sup> Alla fine del secolo scorso D. GIESEN nella Introduzione alla sua opera *International Medical Malpractice Law, A Comparative Study of Civil Responsibility Arising from Medical Care*, Heidelberg, 1988.

sprudenza posto che talvolta nascono da casi giudiziari controversi talaltra accreditano soluzioni già elaborate dalle Corti sul piano applicativo. In Francia nel 2012 è la *Loi Kouchner* che, intitolata *Aux droits des malades et à la qualité du système de la santé. La solidarité envers les personnes handicapées*<sup>2</sup>, nasce dal caso *Perruche*<sup>3</sup> allo specifico fine di sottrarre alla via giudiziaria la tutela dei diritti dei nati con handicap (per errore nella diagnosi prenatale) e istituire per essi un Fondo di solidarietà; in Germania nel 2013 è la *Patientenrechtegesetz*, intitolata «Al miglioramento dei diritti del paziente»<sup>4</sup>, con la quale, nell'obiettivo di dare certezza e trasmettere conoscenza dei diritti fondamentali ai pazienti<sup>5</sup>, sono state acquisite al formante legislativo regole a suo tempo elaborate in giurisprudenza per le responsabilità in ambito sanitario<sup>6</sup>. In Italia, con la l. n. 24/2017 appena varata, si prosegue, nella direzione impressa dalle precedenti esperienze legislative dell'area europea nel rivolgere massima attenzione alle soluzioni elaborate in giurisprudenza, ma anche accogliendo gli input provenienti dal diritto europeo (v. Direttiva 2011/24/UE concernente la tutela dei diritti spettanti ai pazienti con riguardo specifico all'*assistenza sanitaria transfrontaliera*). E in tale direzione vengono in-

---

<sup>2</sup> *Loi Kouchner* (Loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de la santé. La solidarité envers les personnes handicapées), con la quale è stata introdotta una organica e articolata disciplina della responsabilità civile in campo sanitario.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione del dibattito in Francia sull'*affaire Perruche* si rinvia al commento alla Legge di Y. LAMBERT-FAIVRE, in *D.* 2002, p. 1217; parimenti in Italia sul tema delle nascite indesiderate: dalle origini al caso *Perruche* v. R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale. Interessi protetti e danni risarcibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 630 ss.; EAD., *Wrongful life: problemi e falsi dilemmi*, in A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, Milano, 2002, p. 455 ss.

<sup>4</sup> Diversi i commenti della legge apparsi nelle riviste italiane: tra questi si rinvia al commento di J. STAGL, *La legge sul miglioramento dei diritti del paziente in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 35 ss.

<sup>5</sup> Nel progetto governativo di accompagnamento della legge 25 febbraio 2013 (per un commento cfr. *Gesetz zur Verbesserung der Rechte der Patientinnen*, in *Bundesgesetzblatt*, I, 2013, p. 277 ss.) si evidenzia come nel settore della responsabilità sanitaria i pazienti debbano poter avere conoscenza dei loro diritti più importanti dalla legge in quanto solo con essa è possibile garantire quella chiarezza e certezza mancata nella giurisprudenza più recente.

<sup>6</sup> Un regime speciale che si completa con le norme inserite, come parte integrante della disciplina speciale, nell'ambito del BGB, con le quali si è inteso dedicare un'attenzione specifica al contratto di trattamento sanitario (§ 630) come contratto di servizio che si prospetta in due differenti articolazioni a seconda che controparte del paziente sia la struttura o il medico.

trodotte nuove norme specificamente rivolte ai soggetti preposti all'attività di assistenza sanitaria, nell'ambito delle quali viene valorizzato il nesso tra attività sanitaria e tecniche di tutela dei diritti dei pazienti nell'ottica di meccanismi di risarcimento del danno idonei a garantire effettività di tutela ai diritti dei pazienti. Dalla Direttiva 2011/24/UE e dai diversi *Considerando* (nn. 64)<sup>7</sup>, che ne precedono il contenuto normativo, emerge come ciascuno Stato membro sia tenuto a prestare nel proprio territorio «un'assistenza sanitaria sicura, di qualità elevata, efficiente e quantitativamente adeguata» garantendo anche meccanismi di tutela dei pazienti con tecniche di risarcimento dei danni «appropriate alla natura o alla portata del rischio»<sup>8</sup> creato (*considerando* n. 24); ed il legislatore italiano, in continuità, eleva il 'diritto alla sicurezza delle cure' a diritto fondamentale del paziente da garantire nelle diverse declinazioni, in cui si esprime il diritto alla salute (art. 1, comma 1), a fronte di un'attività sanitaria che unitariamente intesa (si rinvia ai commi 2 e 3 dell'art. 1) risulta essere la risultante della interazione e integrazione di diversi fattori: umani, strutturali e organizzativi. In ciò il senso di norme che, specificamente indirizzate alle strutture preposte all'attività sanitaria, introducono sia ad una tutela preventiva dei diritti dei pazienti – con una adeguata gestione e prevenzione del rischio sanitario da parte degli enti preposti (v. art. 1, commi 2 e 3) – sia ad una tutela, successiva alla lesione, in chiave riparatoria dei danni subiti, con regole di responsabilità «appropriate» alla natura dell'attività dei soggetti prestatori di cure e definite in ragione del «rischio» da essa creato (art. 7, commi 1, 2 e 3); in ciò anche la ragione di una scelta espressa dal legislatore in chiave di differenziazione tra le responsabilità in ambito sanitario da inquadrare a seconda del soggetto al quale tali norme si indirizzano (se esercente professione sanitaria o struttura sanitaria) e in base alla 'natura dell'attività' (se atto medico o attività sanitaria) che disciplinano: differenziazione introdotta tramite un loro inquadramento o nell'ambito del fatto illecito (se riferite all'esercente la professione sani-

---

<sup>7</sup> Cfr. la Direttiva 2011/24/UE, pubblicata in GUUE L 88 del 4 aprile 2011 e i diversi *Considerando* (nn. 64 ss.) che ad essa introducono. Una direttiva che, essendo diretta ad istituire norme volte ad agevolare l'accesso ad un'assistenza sanitaria transfrontaliera «sicura e di qualità oltretché a garantire la mobilità dei pazienti», deve confrontarsi, senza interferire, con le prestazioni sociali di carattere sanitario che ciascun Stato eroga e con la organizzazione sanitaria a monte delle prestazioni di cure mediche posto che si tratta di settori che rientrano nella competenza di ciascun Stato membro.

<sup>8</sup> Cfr. *Considerando* n. 24 della Direttiva 2011/24 UE nel cui contesto viene salvaguardata la competenza del singolo Stato membro nella determinazione della natura e delle modalità di tali meccanismi.

taria, v. art. 7, comma 3, l. n. 24/2017) ovvero nell'ambito della responsabilità contrattuale (se dirette alle strutture sanitarie pubbliche o private, v. art. 7, comma 1, l. n. 24/2017). Scelte di inquadramento, già operate in passato dalla giurisprudenza nel rinvio alle norme di disciplina contenute nel codice civile (artt. 1218, 1228 e 2043 c.c.), ed oggi dal legislatore confermate con un riferimento diretto a quelle stesse norme: seppure da applicare non più nel quadro di un regime di disciplina uniforme per medici e strutture facendo capo alla regola del cd. cumulo improprio, bensì nel contesto di un regime a doppio binario che impone di valutare in modo differenziato le responsabilità in ambito sanitario a seconda della natura dell'attività resa (atto medico/attività sanitaria). Ebbene su tale scelta, operata dal legislatore in chiave di tecnica legislativa, intervengono oggi i giudici di legittimità con una pronuncia che, inserita nel quadro di altre nove sentenze, contribuisce a designare – nel passaggio da un regime all'altro di disciplina della responsabilità sanitaria – il futuro applicativo della Legge Gelli-Bianco. In questo quadro si ricompongono, dando vita a quello che dalla stampa è stato definito come il 'Decalogo della Cassazione in tema di responsabilità sanitaria', importanti *dicta* che, nell'essere contenuti *obiter* in percorsi argomentativi le cui *rationes decidendi* fanno capo ai regimi di disciplina precedenti alla l. n. 24/2017, assumono un rilievo meramente esortativo, ma fortemente persuasivo, nell'indicare a chi dovrà fare applicazione di detta legge una chiave di lettura che ne rispetti i principi ispiratori (in tali termini, v. Cass., 11 novembre 2019, n. 28987). In questo scritto l'attenzione per tali enunciati sarà limitata esclusivamente alla disamina di quelli che maggiormente, ritengo, possano fornire un contributo, in chiave ricostruttiva, dello spirito riformatore che ha animato tale legge. Ultima, come numerazione progressiva adottata per le dieci sentenze emesse dalla terza sezione della Cassazione in data 11 novembre del 2019 (dalla n. 28985 alla 28994)<sup>9</sup>, ma non certo ultima, per le questioni affrontate, è Cass., 11 novembre 2019, n. 28994. Pronuncia che, nel decidere se le norme delle l. n. 189/2012 e 24/2017 possano applicarsi a fatti avvenuti in epoca anteriore alla entrata in vigore delle stesse, va oltre la questione posta e con riguardo all'ultima delle leggi sopracitate affronta il profilo dell'ammissibilità e legittimità della tecnica legislativa da essa impiegata per regolamentare la responsabilità sanitaria. In risposta alle perplessità, avanzate dalla dottrina su una possibile invasione di campo da parte del legislatore in ter-

---

<sup>9</sup> I cui testi sono ora reperibili in R. PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento. Gli speciali del Foro italiano*, n. 1/2020.

ritori che solitamente competono al giudice nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, viene dai giudici di legittimità rilevato come tale tecnica, consistente nella «qualificazione normativa di una classe di fatti e della loro sussunzione in una fattispecie legale», sia normalmente impiegata in ambito lavoristico, dove ha già richiamato l'attenzione della Corte Costituzionale (da Corte cost., 31 marzo 1994, n. 115 a Corte cost., 7 maggio 2015, n. 76) che si è espressa a favore della sua legittimità a condizione che il rapporto per tale via regolamentato riceva, nel suo nucleo essenziale e irriducibile, la tutela costituzionale che giusto gli compete in ragione dei beni che ne sono oggetto. Nell'argomentare la legittimità di tale tecnica, secondo le indicazioni offerte dei giudici costituzionali, la Cassazione (con Cass., 11 novembre 2019, n. 28994) affronta il tema del rapporto tra tutela costituzionale dei diritti del paziente e modello di disciplina adottato dal legislatore per l'inquadramento della responsabilità del medico inserito nell'ambito di una organizzazione sanitaria. Viene superato il pregiudizio, coltivato nel tempo dagli stessi giudici della Cassazione, che solo con l'adozione del modello della responsabilità da contatto sociale, sarebbe stato possibile garantire una tutela costituzionale forte ai diritti del paziente, mentre viene asserito non essere «revocabile in dubbio che anche in forza del titolo di responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, non verrebbe elusa la tutela del diritto fondamentale alla salute imposta dall'art. 32 cost». Con Cass., 11 novembre 2019, n. 28994 viene formalmente decretato, non solo per il legislatore ma anche per il diritto vivente, il passaggio dal modello della responsabilità da contatto sociale, in passato strenuamente difeso all'insegna di una maggiore tutela e garanzia dei diritti del paziente, al modello aquiliano: specie in una prospettiva di auspicata coesistenza, nel contesto di un regime binario, con la responsabilità contrattuale della struttura, per tale via intendendo rafforzare e non certo indebolire la tutela costituzionale dei diritti del paziente.

## *2. La responsabilità sanitaria come regime speciale: tra passato e futuro.*

È noto come in passato, per opera della giurisprudenza si fosse venuto a delineare, attraverso la formazione di regole di origine giurisprudenziali impostesi al di sopra delle partizioni della responsabilità civile<sup>10</sup>, un regime speciale eretto

---

<sup>10</sup> Per una ricostruzione del regime speciale delineatosi in giurisprudenza con riguardo alla responsabilità medica, si rinvia a R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, passim.

sul presupposto di un fatto ‘dannoso unitario e comune’ parimenti imputabile a medici e strutture. Un percorso che, compiutosi in giurisprudenza, si è venuto delineando nell’idea, in passato fortemente radicata, che l’attività della struttura si fondasse esclusivamente sull’atto medico, esaurendosi nel complesso degli atti medici in essa resi, e che, sul piano tecnico-giuridico, ha trovato sostegno nella concezione organica del rapporto tra medico/dipendente pubblico e struttura in base alla quale, all’origine di entrambe le responsabilità vi era «un fatto dannoso (ritenuto) unitario nella sua genesi soggettiva»<sup>11</sup>. Regole dunque uniformi di disciplina per la responsabilità di medici e strutture che inizialmente – quando prevalente era l’attenzione per l’atto medico – sono state ispirate al paradigma della responsabilità professionale reggendosi sui tre pilastri della colpa-obbligazione di mezzi/risultato-nesso causale; successivamente, nello spostamento di attenzione dall’atto del medico all’attività sanitaria della struttura, sono state attratte al regime di cui all’art. 1218 c.c. e tramite il contatto sociale applicate al medico. Regole modellate sulla natura dell’attività, svolta dalle strutture sanitarie, con le quali, per una certa distribuzione dei carichi probatori da esse prevista, il rischio della causa incerta e della causa ignota è stato spostato sulla struttura (e sul medico, in quanto soggetti solidalmente responsabili). Ma il tutto si è compiuto attraverso *dicta* dei giudici che formalmente declamavano ossequio alla ‘colpa’, come criterio di imputazione per la responsabilità del medico (e della struttura), salvo poi disconoscere ad essa rilievo alcuno sul piano delle *rationes decidendi*: il «contatto sociale», da «fonte di obblighi di protezione» in capo al medico/dipendente, è divenuto «fonte di obblighi di prestazione sanitaria» in tutto e per tutto omologabili a quelli che facevano capo alla struttura ed al medico, per il tramite del contatto sociale, è stato sottoposto al medesimo regime che contrassegnava una organizzazione complessa che offre servizi per la salute delle persone<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Nel motivare dei giudici si trovava spesso affermato che: «Uno stesso fatto (attività professionale del medico) può integrare a carico di un soggetto (ente gestore del servizio sanitario, in quanto allo stesso ascrivibile per effetto dell’immedesimazione organica) un’ipotesi di responsabilità contrattuale ed a carico dell’autore del fatto un’ipotesi di responsabilità extracontrattuale». Un medesimo fatto un tempo rinvenuto nel ‘fatto illecito’ del medico (*ex art. 2043 c.c.*), in tempi più recenti «nella non diligente esecuzione della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente nell’ambito dell’organizzazione sanitaria» (v. Cass., 27 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446 ss., con commento di A. DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*).

<sup>12</sup> Cfr. R. DE MATTEIS, *La responsabilità dei professionisti*, in V. ROPPO, A. M. BENEDETTI (diretto da), *Trattato dei contratti*, III, *Opere e servizi-1*, Milano, 2014, p. 668 ss., spec. p. 677 ss.

Con la Legge Gelli si compie un rovesciamento di prospettiva: non è l'atto del singolo medico che, isolatamente considerato in modo avulso dall'attività sanitaria, vale a fondare una responsabilità della struttura, nel cui ambito tale atto è stato compiuto, quanto invece è la violazione di obblighi, sulla struttura gravanti per legge (e per contratto) nell'esercizio dell'attività sanitaria, a reclamare una diretta e autonoma responsabilità della stessa<sup>13</sup>. Una responsabilità della struttura, dunque, non più fondata sul fatto illecito del medico, ma derivante dall'inadempimento di obblighi ad essa facenti capo, ed estesa a coprire anche le «condotte dolose e colpose» dei singoli medici (*ex art. 7, comma 1, l. n. 24/2017*) definitivamente acquisite a parte integrante dell'attività in quanto rientranti nell'ambito organizzativo e funzionale dell'attività stessa (v. art. 7, comma 2, nel riferimento specifico «alle prestazioni rese nell'ambito dell'attività professionale intramuraria; a fini di sperimentazione e di ricerca; in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina»). Regole dunque che per decretare la responsabilità della struttura sanitaria portano alla ribalta non tanto il singolo atto medico (e con esso una responsabilità dell'operatore sanitario esclusivamente centrata sulla colpa *ex art. 7, comma 3 e art. 5*) quanto 'l'attività sanitaria' facendo ricadere sulle strutture stesse, così come richiede la natura dell'attività, il costo di quei danni non riconducibili a fattori eccezionali e imprevedibili. L'attenzione si trasferisce dall'agire individuale dei singoli medici all'agire 'organizzato' della struttura, in una inversione di prospettiva rispetto al passato, e si perviene a prefigurare una responsabilità dell'ente che si estende fin 'dove' arriva l'attività di organizzazione del Servizio sanitario nazionale (per chi opera in regime di convenzione con esso e in esso attraverso la telemedicina): una responsabilità della struttura che si configura come responsabilità per fatto proprio, anche quando si avvale di ausiliari per l'adempimento della prestazione di assistenza sanitaria; una responsabilità da inquadrare nel regime, di cui agli artt. 1218-1228 c.c., in una chiave di lettura di tali norme, che consente di andare ben oltre il fatto illecito del singolo esercente la professione sanitaria, per offrire tutela al paziente/creditore della prestazione di assistenza sanitaria anche in quei casi in cui il danno rimanga anonimo o la negligenza medica sia il portato di una inefficienza di carattere gestionale o organizzativo. Di ciò si trova conferma nella lettura dell'art. 7, comma 1, l. n. 24/2017, che nell'introdurre alla disciplina della responsabilità della struttura mostra di volere acquisire le «condotte dolose e colpose» dei singoli medici come parte integrante dell'attività in quanto rientranti

---

<sup>13</sup> Cfr. R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2017, *passim*.

nell'ambito organizzativo e funzionale dell'attività stessa (v. art. 7, comma 2, nel riferimento specifico «alle prestazioni rese nell'ambito dell'attività professionale intramuraria; a fini di sperimentazione e di ricerca; in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina»): regole dunque che per decretare la responsabilità della struttura sanitaria portano alla ribalta non tanto il singolo atto medico dell'esercente la professione sanitaria (in quanto fatto illecito, fondato su danno (alla salute)/colpa/nesso causale, *ex* art. 7, comma 3, e art. 9, comma 5) quanto l'attività sanitaria; facendo ricadere sulle strutture stesse, così come richiede la natura dell'attività, il costo di quei danni rientranti nel rischio connesso alla natura dell'attività organizzata. In esse riflettendosi il ruolo oggi acquisito dalla struttura nella organizzazione dei fattori (strutturali, strumentali, tecnologici), necessari per l'esercizio dell'attività sanitaria, nel cui contesto si inseriscono le prestazioni professionali dei singoli esercenti la professione sanitaria, come espressione e sintesi, nel quadro di una cooperazione resa a differenti livelli, di quell'attività in cui si esprime la dimensione organizzativa della struttura stessa.

Una tale rovesciamento di prospettiva, alla base dunque della l. n. 24/2017, è stato ben recepito e valorizzato nel contesto di quelle dieci sentenze, sopra citate, emesse a distanza di quasi tre anni dall'entrata in vigore di detta legge, da parte della Cassazione che ne ha recepito il senso per risolvere questioni, che certamente inquadrabili nel regime di disciplina anteriore alla entrata in vigore di detta legge, avrebbero, anche all'insegna della l. n. 24/2017, richiamato le stesse norme (artt. 1218-1228 c.c.) stante l'art. 7, comma 1, che in essa, per l'inquadramento della responsabilità della struttura sanitaria, rinvia agli artt. 1218 e 1228 c.c. Da ciò una proposta interpretativa in chiave di adeguamento ai principi ispiratori, che reggono la nuova legge, tale da potere in essa trovare risposta al quesito sul se la struttura, chiamata a rispondere *ex* art. 1228 c.c. dell'operato di un medico, inserito nella sua organizzazione, possa rivalersi integralmente su di esso nei casi in cui venga accertata la sua colpa esclusiva. A tal fine i giudici di legittimità, con Cass., 11 novembre 2019, n. 28987, risalgono alla distinzione tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui, tra fattispecie descritta dall'art. 2049 c.c. e fattispecie descritta dall'art. 1228 c.c., per prendere le distanze da quella sovrapposizione di norme, sovente prefigurata in dottrina e in giurisprudenza, che ha condotto ad una loro omologazione: tale per cui la responsabilità del debitore, *ex* art. 1228 c.c., è stata sovente descritta, sul modello di quella dei padroni e committenti (*ex* art. 2049 c.c.), come responsabilità, fondata sul «fatto illecito dell'ausiliario», in grado di legittimare una rivalsa integrale



da parte di chi, come garante (estraneo alla commissione del fatto), viene per legge chiamato a rispondere solidalmente dell'obbligazione risarcitoria di chi è stato autore del fatto illecito. In realtà, a detta dei giudici, il debitore contrattuale che si è necessariamente avvalso dell'incaricato, risponde dell'inesatta esecuzione della prestazione, *ex artt.* 1218-1228 c.c., a prescindere, da una distinta responsabilità autonoma, anche aquiliana, dell'incaricato. Una interpretazione dell'art. 1228 c.c., certamente più in linea con le realtà organizzative attuali, e che, se calata «nella cornice della specialità della materia» della responsabilità sanitaria, obbliga, a detta dei giudici di legittimità (Cass., 11 novembre 2019, n. 28987), ad un confronto con la Legge Gelli-Bianco perché da essa, stante il suo essere al passo coi tempi, sarà possibile trarre «un indice ermeneutico d'indirizzo» per superare antichi pregiudizi ereditati nella applicazione e interpretazione di dette norme. L'attenzione viene dunque rivolta all'art. 7, comma 1 della l. n. 24/2017 nel riferimento, in esso contenuto, alla obbligazione assunta della struttura sanitaria (nei confronti del paziente/creditore) come obbligazione «propria» che tale rimane anche quando nell'adempimento la stessa si avvalga di un ausiliario nell'ambito della sua organizzazione, con ciò confermando che la responsabilità del debitore contrattuale in tal caso non può che essere una responsabilità per fatto proprio e non certo per fatto altrui. Da ciò i passaggi argomentativi successivi per cui il debitore, *ex art.* 1228 c.c., risponde «a prescindere da una distinta responsabilità autonoma, anche aquiliana, dell'incaricato» in quanto su di esso fanno carico «obblighi protettivi rispetto al contesto contrattuale». A fronte dunque del quesito posto ai giudici di legittimità in sede di giudizio di rivalsa, sul se «la responsabilità debba essere paritariamente ripartita tra struttura e medico ovvero sia ammissibile una rivalsa integrale della struttura, anche, in quei casi in cui sia stata accertata la colpa esclusiva del medico», i giudici di legittimità, coerentemente alle premesse poste, sentenziano che nei casi in cui l'errore medico si inserisca nel contesto di un'attività organizzata di esso risponderanno paritariamente struttura e sanitario, anche se l'errore, sia esclusivamente riconducibile alla condotta dei sanitari; stante che, in tali casi, la responsabilità della struttura nasce dal rischio che è connaturato alla libertà di utilizzazione dell'opera di altri nell'adempimento dell'obbligazione contrattuale, costituendo esso stesso, e non il fatto illecito dell'ausiliario, fondamento e criterio di imputazione per una responsabilità di tipo 'organizzativo' a cui l'ente è chiamato *ex art.* 1228 c.c.

### 3. *La responsabilità della struttura tra attività sanitaria e attività professionale.*

In ciò l'esigenza da parte del legislatore di differenziare, in punto di disciplina, la responsabilità del medico da quella della struttura, come responsabilità autonome e distinte per titolo e criteri di imputazione<sup>14</sup>, per collocarle in un sistema a doppio binario ove la diversa disciplina per esse prevista possa trovare riscontro sul piano processuale: definitivamente abbandonando l'idea di potere omologare, attraverso il 'contatto sociale', la responsabilità del medico a quella della struttura nella identità di disciplina (art. 1218 c.c.). In ciò il rilievo e il significato da riconoscere al comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli, dalla cui formulazione è possibile evincere come quelle stesse «condotte dolose e colpose» dei medici, delle quali è chiamata a rispondere la struttura *ex art. 1218 c.c.*, qualora siano all'origine di un danno alla salute del paziente (danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*), e non solo della mera lesione dell'interesse creditorio, chiameranno in causa anche il medico il quale, a titolo di responsabilità extracontrattuale, potrà doverne rispondere direttamente e solidalmente con la struttura (e non solo in sede di rivalsa/regresso) eventualmente nell'ambito di un autonomo giudizio (*ex art. 9, comma 5, Legge Gelli*). Una via dunque semplicemente tracciata dal legislatore – con l'imposizione del regime aquiliano per la responsabilità del medico e con la previsione sul piano processuale di un regime binario – anche se non percorsa fino in fondo, in quanto lascia del tutto impregiudicata la questione della possibile coesistenza, in un medesimo

---

<sup>14</sup> Il legislatore con la previsione di un regime binario nel quale potere incanalare, sul piano processuale, le responsabilità di medici e strutture, come responsabilità differenti per titolo (extracontrattuale per il medico e contrattuale per la struttura), si allinea ad altre esperienze dell'Unione europea, in specie a quella francese, ove la tendenza è stata, e tuttora rimane, quella di distinguere e tenere separate le diverse responsabilità che fanno capo alle strutture e ai medici: posto che le prime offrono un servizio articolato che si fonda su una organizzazione complessa ed i secondi un'attività professionale che viene posta al servizio dell'organizzazione. Un sistema basato su un doppio binario di giurisdizione (amministrativa e civile), che, con la l. 2002-303, si è cercato di attenuare senza eliminarlo e a fronte del quale i giudici della Cassazione, con un importante *revirement*, hanno preferito l'inquadramento in ambito aquiliano della responsabilità dei *professionnels de santé* (art. 1382 *code civil* con e art. 1142-1 *code santé publique*). In commento alle sentenze della *Cour de cassation* che nel 2010 hanno dato il via a questo cambiamento, v. L. KLESTA, *La responsabilità medica in Francia: l'epilogo di un percorso movimentato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 479 ss.; EAD., *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino*, Torino, 2008.

giudizio, di responsabilità concorrenti che in passato sono state sempre sottoposte – per il combinarsi della regola tecnica, espressa dall'art. 2055 c.c., con regole di formazione giurisprudenziale – a un regime di disciplina comune trascorrendo da un loro inquadramento in ambito aquiliano ad uno in ambito contrattuale<sup>15</sup>.

Un disegno legislativo dunque incompleto che, operando dall'alto dell'inquadramento delle responsabilità, rinvia all'interprete numerose questioni applicative da affrontare con l'intervento dei giudici e con l'opera interpretativa della dottrina in ciò evocando l'immagine di una 'costruzione' non ancora uscita dal 'cantiere', fuor di metafora, 'una sorta di *soft law* esortativa'<sup>16</sup>. Ebbene con queste sentenze i giudici di legittimità, rispondendo alle aspettative della dottrina, hanno spianato la via per l'applicazione della nuova legge, edificando, per rimanere nella metafora da altri impiegata, un ponte di passaggio tra il vecchio regime della responsabilità sanitaria e il nuovo regime: un ponte di passaggio costruito, da un lato, si è già visto, avvalorando e confermando la tecnica legislativa impiegata con la l. n. 24/2017 (Cass., 11 novembre 2019, n. 28994), dall'altra risalendo ai principi ispiratori della riforma (con Cass., 11 novembre 2019, n. 28967) per risolvere non trascurabili questioni applicative; infine intervenendo su questioni processuali vertenti in tema di distribuzione dei carichi probatori in giudizio laddove si tratti di accertare il nesso di causalità (materiale) tra inadempimento e danno. In Cass., 11 novembre 2019, n. 28989 e in Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, ultime sentenze che vado a trattare tra le dieci del novembre del 2019, è possibile intravedere una lettura del regime probatorio nell'ambito di cause, vertenti in tema di responsabilità sanitaria, che proiettano sul piano processuale, nella ripartizione dei carichi probatori, il regime binario adottato dalla l. n. 24/2017. A mio parere con esse viene confermata quella distinzione, che per l'appunto è alla base del regime binario, tra inadempimento esclusivamente riconducibile all'opera-

---

<sup>15</sup> Per questi casi, nel riferimento alle cause promosse, *ex art.* 9, comma 5, l. n. 24/2017, ai pazienti nei confronti di strutture e di medici, come soggetti solidalmente responsabili, è stata formulata, in occasione delle iniziative volte a ipotizzare una possibile modifica integrativa della l. n. 24/2017 in occasione della situazione di emergenza epidemiologica (SARS-Cov2), la proposta di escludere la legittimazione passiva dei medici al pari di quanto avviene per insegnanti pubblici e magistrati: portando così a compimento, anche sul piano processuale, l'idea del legislatore di separare la responsabilità della struttura da quella dei medici per collocarle su piani distinti per titolo e criterio di imputazione.

<sup>16</sup> F. D. BUSNELLI, 1958-2018: *sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in [www.responsabilitamedica.it](http://www.responsabilitamedica.it), 2018, p. 91 ss., spec. p. 105.

to professionale del medico e inadempimento riconducibile al fare ‘organizzato’ della struttura, per poterne trarre conseguenti implicazioni sul piano processuale sotto il profilo della distribuzione dei carichi probatori: posto che nel caso di inadempimento riconducibile alla condotta del medico si è asserito debba gravare sul paziente la prova del nesso di causalità materiale tra quest’ultima e il danno alla salute; mentre nel caso di inadempimento riconducibile all’attività sanitaria della struttura (*i.e.*, infezioni nosocomiali, trasfusione sangue infetto, disfunzioni organizzative, inefficienze strutturali) spetterà al paziente (come creditore danneggiato) allegare semplicemente l’inadempimento come lesione dell’interesse protetto dal contratto (*i.e.*, diritto a una prestazione sanitaria da parte della struttura in grado di garantire la sicurezza delle cure, dai giudici assunto come danno-evento nell’ambito della responsabilità contrattuale), essendo in esso (nell’inadempimento) compresa l’allegazione del nesso di causalità materiale e del danno evento. Questo è quanto mi sembra essere contenuto nel motivare e confermato dal *decisum* ove si mette ben in evidenza come esclusivamente per i casi in cui: «sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l’inadempimento della prestazione di diligenza professionale, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l’aggravamento della situazione patologica, o l’insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile e inevitabile ha reso impossibile l’esatta esecuzione della prestazione» (da Cass., 11 novembre 2019, n. 28991).

La massima verte su una fattispecie in cui è in gioco una responsabilità contrattuale della struttura derivante dalla condotta dei sanitari (parimenti inquadrata nell’art. 1218 c.c. come responsabilità ‘da contatto sociale’) negligente/imperita nell’aver omesso di diagnosticare e conseguentemente intervenire su una patologia che ha condotto alla morte il paziente. L’asserzione, contenuta in tale massima, relativamente all’onere della prova del nesso di causalità materiale ha in realtà radici lontane: posto che, già nel periodo<sup>17</sup> di vigenza della regola del cd. cumulo improprio tra responsabilità contrattuale della struttura e responsabilità aquiliana del medico, veniva asserito – senza distinzioni di sorta essendo allora anche la responsabilità della struttura fondata sul fatto illecito del medico *ex art.* 2043 c.c. – essere a carico del paziente l’onere della prova sul nesso di causalità materiale tra condotta medica e danno; e, successivamente, nel passaggio per la

---

<sup>17</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile, cit., passim.*

responsabilità del medico dal modello aquiliano a quello della responsabilità ‘da contatto sociale’, un tale onere probatorio, asserito a carico del paziente/danneggiato, è stato ribadito seppure limitatamente a quelle fattispecie in cui, all’origine del danno alla salute del paziente, vi fosse stata una condotta negligente/imperita del medico: apparendo in tali casi necessario accertare se la condotta medica (*i.e.*, l’inadempimento e cioè la violazione delle regole di diligenza professionale) fosse stata causa dell’aggravamento della situazione patologica o dell’insorgenza di nuove patologie<sup>18</sup>. Si affermava allora nel riferimento ai principi generali in tema di distribuzione dei carichi probatori (*ex art. 2697 c.c.*), che «l’onere di provare l’esistenza del nesso causale tra l’evento lesivo e la condotta del medico dovesse, indipendentemente dal grado di difficoltà dell’intervento medico chirurgico, gravare sul danneggiato»<sup>19</sup> anche in ragione dell’esigenza di accertare, preliminarmente alla valutazione della colpa nell’operato professionale del medico, «la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l’evento di danno»<sup>20</sup>. In ciò facendo riemergere non solo nella terminologia impiegata, la dimensione aquiliana dell’illecito medico in una tendenza ad un impiego delle regole causali al fine di individuare ‘chi’ fosse stato causa del danno alla salute, subito dal paziente (evento di danno), piuttosto che ad escludere l’efficienza causale dell’inadempimento in rapporto al danno alla salute subito dal paziente. Nel commentare

---

<sup>18</sup>Tra le più recenti si vedano: Cass., 15 febbraio 2018, n. 3704 e Cass., 27 novembre 2017, n. 26824 (entrambe in *DeJure*), ove è dato leggere «è il danneggiato che agisce per l’affermazione della responsabilità del medico che ha l’onere di provare la sussistenza di un valido nesso causale tra fatto del sanitario e danno». Ma già in tale direzione precedentemente: Cass., 13 luglio 2013, n. 18341; Cass., 16 gennaio 2009, n. 975 (entrambe in *DeJure*).

<sup>19</sup> Inciso tratto da Cass., 11 maggio 2009, n.10743, in *DeJure*, con la quale si condanna l’ente ospedaliero che, essendo privo delle attrezzature necessarie per fare fronte ad una gravidanza a rischio e prevenire danni al nascituro, non aveva provveduto al trasferimento della paziente in altro presidio ospedaliero, mentre si assolvono i ginecologi, che avevano seguito la paziente nel parto cesareo, in quanto le malformazioni del feto non erano riconducibili al loro operato. La sentenza si segnala come espressione di quell’approccio volto a svincolare la responsabilità dell’ente da una condotta colposa del personale medico.

<sup>20</sup> Sempre Cass., 11 maggio 2009, n. 10743, *cit.*, che, senza abbandonare l’ormai collaudata prospettiva di una responsabilità contrattuale ‘da contatto sociale’ del medico/dipendente, affronta il problema della ripartizione dell’onere probatorio del nesso causale in un’ottica che tende ad omologare l’inadempimento all’illecito aquiliano.

tale orientamento, allora rilevai<sup>21</sup>, come le ragioni alla base di tale scelta, nella distribuzione dei carichi probatori, si dovessero cogliere su un duplice piano. Sul piano equitativo, nell'esigenza di controbilanciare la tendenza (di allora) ad un'equiparazione di trattamento della responsabilità del medico a quella della struttura, oramai avviata verso una responsabilità di stampo (semi)oggettivo, e quindi nell'obiettivo di non fare gravare sul medico il rischio della incertezza probatoria sul nesso di causa; sul piano tecnico giuridico, nella configurazione di obblighi di protezione in capo al medico, posto che la loro violazione avrebbe consentito di attrarre alla disciplina dell'inadempimento la regola del *neminem laedere* contestualizzandola nell'ambito della relazione tra medico e paziente: obblighi dunque che, essendo orientati alla salvaguardia della salute del paziente nello *status quo ante*, svolgevano la stessa funzione che oggi si riconosce alla regola del *neminem laedere* in ambito aquiliano. Nelle implicazioni sul piano operativo, ciò (già) allora significava che il paziente, attore in giudizio nei confronti del medico, dovesse sì allegare l'inadempimento, in quanto violazione di un obbligo di protezione, ma dovesse anche dare prova sia del danno alla salute sia del nesso causale tra condotta medica e danno. Non a caso le espressioni utilizzate dai giudici per sorreggere la scelta di far gravare sul paziente la prova del nesso causale tradivano, anche nella terminologia impiegata, la prospettiva aquiliana<sup>22</sup>. Al termine di tali notazioni allora ebbi modo di rilevare come la responsabilità del medico, anche se formalmente inquadrata nell'ambito della responsabilità per inadempimento 'da contatto sociale', continuava, sotto alcuni profili (ricorrenza danno ingiusto e nesso causale), a comportarsi come se fosse aquiliana.

---

<sup>21</sup> R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le Responsabilità in medicina*, a sua volta in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 171 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Cass., 11 maggio 2005, n. 22894, in *DeJure*, ove si legge: «In tema di responsabilità civile, dunque, il giudice del merito deve accertare separatamente dapprima la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento di danno, e quindi valutare se quella condotta abbia avuto o meno natura colposa o dolosa. In altre parole solo dopo aver riscontrato l'esistenza di un nesso eziologico deve essere affrontato il tema della esistenza della colpa e dell'onere della prova [...]. Secondo i principii generali di cui all'art. 2697 c.c., l'onere di provare l'esistenza del nesso causale tra l'evento lesivo e la condotta del medico, indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico chirurgico, grava sul danneggiato». A favore di una tale ripartizione dell'onere probatorio vertente sul nesso causale recentemente si è espressa anche Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, *cit.*

Dal 2008 – anno in cui le sezioni unite della Cassazione<sup>23</sup> hanno introdotto il ricorso al cd. ‘inadempimento qualificato’ (come inadempimento potenzialmente idoneo a produrre il danno) nel riferimento specifico ed esclusivo ad una fattispecie in cui veniva in gioco la responsabilità della struttura (e non del medico, nella fattispecie in causa, rimasto anonimo) per fatti riconducibili ad un deficit organizzativo (nella specie si trattava di una trasfusione di sangue infetto) – diverse pronunce<sup>24</sup> hanno fatto ricorso a tale sintagma per giustificare l’alleggerimento probatorio, a carico del paziente, per i casi in cui venisse in gioco il ‘fare’ della struttura più che il ‘fare professionale’ del medico. Nel ricorso al cd. ‘inadempimento qualificato’ la prova del nesso causale tra ‘inadempimento’ della struttura, nello svolgimento e organizzazione dell’attività sanitaria, e danno alla salute del paziente, non venne più a gravare sul creditore danneggiato posto, sulla base di tale assunto, essa venne ribaltata sulla struttura ad essa richiedendosi di dimostrare come «l’inadempimento non vi fosse stato, ovvero che, pur esistendo, esso non fosse stato eziologicamente rilevante». I casi sui quali i giudici, in passato, si sono espressi facendo espresso riferimento ad una responsabilità della struttura, come autonoma da quella del medico, vertevano o su danni conseguenti a trasfusioni di sangue infetto<sup>25</sup> o su diagnosi errate per falsi positivi emersi dalle analisi del sangue<sup>26</sup>: in tali casi a fronte di un’irregolare tenuta della cartella clinica è stato affermato che la struttura dovesse rispondere *ex art. 1218 c.c.* per inadempimento ad obblighi propri e a prescindere dalla individuazione del medico responsabile della trasfusione o dell’analista di laboratorio responsabile del falso positivo; se non con

---

<sup>23</sup> Cfr. Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 612, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità delle strutture sanitarie*; e in *La responsabilità civile*, 2008, p. 397, con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., 13 ottobre 2017, n. 24073, in *DeJure*, ove si legge: «In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto probatorio l’attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l’esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia ed allegare l’inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo invece a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato etiologicamente rilevante».

<sup>25</sup> V. Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*

<sup>26</sup> V. Trib. Bologna, 4 febbraio 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1854.

riguardo a casi di infezione nosocomiale<sup>27</sup> e di inadeguatezza strutturale e/o inefficienza organizzativa della struttura<sup>28</sup>. Ebbene, in tali casi, è dato rilevare, come alla struttura non si richiedesse di provare semplicemente la mancanza di collegamento tra l'attività di cura da essa svolta ed il danno (infezione da HIV o altri agenti patogeni o altri danni), bensì di provare in positivo la causa come evento imprevedibile ed inevitabile che è stato all'origine del danno alla salute del paziente. Una prova liberatoria dai contenuti estremamente circoscritti con la quale si trasferisce sulla struttura l'incertezza probatoria sul nesso causale e sulla causa ignota. Oggi i giudici di legittimità, nell'intervenire con le due sentenze sopra commentate (Cass., 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992), offrono una spiegazione dell'orientamento da esse accreditato nel riferimento a categorie civilistiche e al loro impiego nell'ambito della responsabilità contrattuale; diversamente in queste riflessioni, occasionate dall'incontro organizzato da Mauro Grondona, ho cercato di offrirne una lettura in chiave retrospettiva, nell'analisi dei casi e attraverso la ricostruzione e razionalizzazione degli orientamenti giurisprudenziali del passato, come chiave di volta che mi ha consentito di potere cogliere in esse un'apertura, in linea con lo spirito riformatore della Legge Gelli-Bianco, in direzione di una possibile attuazione, anche sul piano processuale, del regime binario.

---

<sup>27</sup> Cfr. Trib. Bari, 10 marzo 2009, in *Contr.*, 2009, p. 488.

<sup>28</sup> V. Cass., 11 maggio 2009, n. 10743, *cit.*



# LA COSTITUZIONE NON PUÒ ANDARE IN SABBATICO: LIBERTÀ RELIGIOSA IN EPOCA DI PANDEMIA

*Francesca Benatti\**

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Controllo giudiziale ed emergenza. – 3. La tutela della libertà religiosa. – 4. Le dinamiche della Corte. – 5. Conclusioni.

## 1. *Il caso.*

In *Roman Catholic Dioceses of Brooklyn v. Andrew M. Cuomo*<sup>1</sup>, la Corte Suprema Federale statunitense accoglie a stretta maggioranza il ricorso presentato dalla Diocesi Cattolica e da Associazioni ebraiche (Agudath Israel) per la sospensione cautelare dell'ordine esecutivo 202.68 nella parte in cui stabiliscono limiti prefissati al numero di partecipanti alle celebrazioni religiose per ridurre la diffusione del Covid-19. Con tale provvedimento il Governatore Cuomo aveva diviso lo Stato in aree connotate da differenti livelli di rischio e aveva fissato rispettivamente nel numero massimo di 10 e 25 i partecipanti alle funzioni nelle zone rosse e arancioni<sup>2</sup>. Pur essendo stata pronunciata quando le restrizioni erano ormai state allentate per un miglioramento della situazione, la decisione appare di grande ri-

---

\* Professoressa associata di Diritto Privato Comparato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

<sup>1</sup> 592 U.S., 2020 WL.

<sup>2</sup> Cfr. la condivisibile e acuta analisi di M. PORCELLUZZI, *Senza celebrazioni non si può vivere: la libertà religiosa in epoca di Covid-19 e la Corte Suprema Americana*, in *Diritti comparati*, 3 dicembre 2020.

levanza e consente un primo parziale esame della dinamica della Corte successiva alla nomina di Amy Coney Barrett.

L'opinione di maggioranza muove dall'analisi del *fumus boni iuris* richiesto per l'emanazione del *preliminary injunctive relief*, che viene ritenuto sussistente. Infatti, l'ordine esecutivo, accompagnato da dichiarazioni discutibili del Governatore nei confronti delle comunità ebraiche ortodosse, appare violare il Primo Emendamento alla luce dei criteri fissati nel *leading case* *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*<sup>3</sup>. Infatti, quando una legge rende più difficoltosa la pratica religiosa e non è neutrale o di applicazione generale deve essere sottoposta ad uno *strict scrutiny*. Per rispettare i principi stabiliti dal Primo Emendamento, è necessario che promuova «interessi di prim'ordine» e sia strettamente mirata al loro perseguimento.

Nel caso in esame, innanzitutto, è messo in luce come non essendo stati imposti limiti a tutte le attività svolte al chiuso e, quindi, non trattandosi di provvedimenti neutri e di carattere generale, debba essere verificata la loro proporzionalità. La motivazione ricorda che, con alcune differenze tra le aree di rischio, l'ordine esecutivo consente a numerose attività private di ammettere al loro interno quante persone ritengano. Tali distinzioni non sarebbero motivate da una reale giustificazione posto che secondo lo stesso convenuto la diffusione del Covid-19 era dovuta principalmente al contagio nei luoghi di lavoro e nelle scuole.

Non solo: le limitazioni rappresentavano anche misure irrazionali. La Diocesi e le Unioni ebraiche avevano introdotto spontaneamente protocolli molto rigidi per garantire la sicurezza e, pertanto, non si erano riscontrati casi di focolai connessi alla pratica di attività religiose. Secondo la motivazione di maggioranza, una scelta corretta e proporzionale avrebbe potuto essere quella di stabilire una relazione tra la grandezza del luogo e il numero dei partecipanti. Infatti, delle 26 Chiese colpite dal provvedimento, tutte potevano contenere 500 persone, anzi 14 circa 700 e 2 oltre mille. La medesima riflessione poteva estendersi alla sinagoga *Agudath Israel of Kew Garden Hills*. Il limite di 10 partecipanti risulta, pertanto, incomprensibile.

Viene, inoltre, ritenuto sussistente il *periculum in mora*. È interessante osservare come la Corte affermi l'importanza per i fedeli di assistere ad una funzione religiosa in presenza, superando alcune delle osservazioni mosse soprattutto negli ambienti laici sulla sufficienza della preghiera in qualsiasi luogo. Per coloro che credono, la Comunione costituisce un momento fondamentale che non

---

<sup>3</sup> 508 U.S. 520 (1993).

può essere sostituito dalla semplice visione della celebrazione in televisione o attraverso internet.

Infine, non è riscontrato l'elemento del pubblico interesse per l'esistenza di protocolli efficaci che erano già stati applicati, l'assenza di una prova sulla diffusione specifica del contagio in quei luoghi e la possibilità di adottare misure più proporzionali e razionali che avrebbero permesso di raggiungere il medesimo scopo senza sacrificare un principio fondamentale come quello di libertà religiosa.

È interessante, inoltre, notare che Chief Justice Roberts, pur riconoscendo la probabile incostituzionalità dell'ordine esecutivo, dissente perché considera la decisione inutile visto l'avvenuto allentamento delle misure restrittive. La tesi non è convincente: in una situazione fluida e soggetta a continue evoluzioni è evidente, come sottolinea l'opinione di maggioranza, che altri limiti potrebbero essere nuovamente imposti. La scelta, cui la Corte si è trovata di fronte, è stata, dunque, quella di fornire indicazioni e criteri per i possibili provvedimenti successivi e stabilire un confine oltre il quale non si dovrebbe andare.

## *2. Controllo giudiziale ed emergenza.*

La decisione, nelle sue motivazioni, costituisce un confronto fra due visioni giuridiche e ideologiche che connotano il dibattito attuale non solo statunitense. In una fase di emergenza, come quella generata dal Covid-19, è necessario interrogarsi con quali modalità e fino a che punto possano essere posti dei limiti all'esercizio di libertà fondamentali. Non si vogliono qui ripercorrere le teorie sull'emergenza che attengono alla nozione filosofica e giuridica stessa di potere, ma più pragmaticamente valutare se è possibile e opportuno un controllo stringente dei provvedimenti presi dai governi e parlamenti.

Appare evidente come nella prima fase della pandemia Covid-19, in quasi tutti gli ordinamenti, le Corti abbiano generalmente aderito ad un principio di *self-restraint*, lasciando ampia discrezionalità ai Governi. Tale atteggiamento è, peraltro, diffuso quando sono coinvolti, come in questo caso dati tecnico-scientifici. La novità del virus, la evidente impreparazione dovuta alla inaspettata situazione di pandemia, le scarse conoscenze sono parse, perciò, giustificare qualsiasi misura presa, seppur in violazione della gerarchia delle fonti o non trasparente e proporzionale. Inoltre, prevaleva la consapevolezza che il potere politico potesse fondare le misure su un continuo confronto con gli esperti e sul bilanciamento dei diversi interessi, impossibili in un procedimento giudiziale.

Tale orientamento, ripreso dalla *dissenting opinion* di Breyer con Sotomayor e Kagan<sup>4</sup> nella decisione in esame, è consacrato da Justice Roberts in *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*<sup>5</sup> che riguardava limitazioni alla partecipazione a funzioni religiose: «la questione precisa di quando le restrizioni su particolari attività sociali dovrebbero essere rimosse durante la pandemia è una questione dinamica e ad alta intensità [...] soggetta a ragionevole disaccordo. La nostra Costituzione affida principalmente “sicurezza e salute delle persone” ai funzionari politicamente responsabili degli Stati [...]. Quando quei funzionari “si impegnano [...] ad agire in aree piene di incertezze mediche e scientifiche”, la loro discrezionalità “deve essere particolarmente ampia”. Laddove questi ampi limiti non vengano superati, non dovrebbero essere soggetti a ripensamenti da parte di una “magistratura federale non eletta”, che non ha il background, la competenza e l’esperienza per valutare la salute pubblica e non è responsabile nei confronti delle persone»<sup>6</sup>.

Il tema appare, però, non correttamente impostato da Chief Justice Roberts. La deferenza al potere esecutivo e la adesione ad un principio di *self-restraint*, pur teoricamente condivisibili, non possono prescindere da una valutazione del caso concreto. Justice Scalia rilevava che parlare di deferenza o attivismo «non significa nulla. Non permette di capire se si adotterà la *incorporation doctrine*, se si crede in un *substantial due process*. È completamente impreciso. Non è altro che fuffa»<sup>7</sup>.

Non intervenire quando si ha il dovere di farlo non è deferenza, è un errore, come ha dimostrato *Korematsu*<sup>8</sup>. Fondamentale è, invece, una attenta e rigorosa interpretazione costituzionale che consenta di distinguere le ipotesi nella quali è opportuno un effettivo controllo da quelle giustamente lasciate alla ampia discrezionalità politica. Nel momento in cui il legislatore o l’esecutivo incidono su

---

<sup>4</sup> Si distingue per l’enfasi, quella redatta da Justice Sotomayor a cui aderisce Justice Kagan che accusa la maggioranza di «*play a deadly game in second guessing the expert judgment of health officials about the environments in which a contagious virus, now infecting a million Americans each week, spreads most easily*» ed esprime opinioni di apprezzamento, forse non adatte ad una opinion tanto che in passato un tale genere di valutazioni è stato contestato ad altri giudici, a difesa delle misure del Governatore.

<sup>5</sup> 590 U.S. (2020).

<sup>6</sup> Il testo della motivazione concorrente del *Chief Justice*, disponibile su: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044\\_pok0.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf) (30 dicembre 2020).

<sup>7</sup> K.D. KMIEK, *The Original and Current Meaning of “Judicial Activism”*, in 92 *Calif. L. Rev.*, 2004, p. 1477.

<sup>8</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

diritti fondamentali appare necessaria una verifica della proporzionalità e razionalità dei provvedimenti presi in relazione ai sacrifici imposti e alla luce dei dati scientifici. Questo non significa negare la discrezionalità del politico che deve comunque scegliere obiettivi e mezzi e non può confidare unicamente nei tecnici, ma implica una valutazione della legittimità delle misure. Nell'emergenza Covid-19, invece, alcune restrizioni sono state definite simboliche, altre volte tese a indirizzare il comportamento, mentre manca quasi ovunque una reale trasparenza sui dati. È chiaro, infatti, che l'esame dei luoghi di contagio, dei rischi è fondamentale. Non possono essere condivisibili generiche affermazioni sulla necessità di evitare assembramenti o limitazioni non ben motivate che appaiono punitive, ideologiche e strumentali. Tali aspetti sembrano oggi sottolineati dalle Corti, che sembrano richiedere fondamenti più sicuri per le restrizioni. Ciò non dovrebbe comportare una sostituzione del giudiziario alle scelte politiche, ma una verifica dei presupposti formali e sostanziali di tali scelte.

Come nota sarcasticamente Gorsuch, «anche se la Costituzione è andata in vacanza durante la pandemia, non può diventare un sabbatico»<sup>9</sup>. Infatti, già nelle parole di Justice Kavanaugh nella *dissenting opinion* in *Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak* il coronavirus «non è un assegno in bianco per uno Stato per discriminare persone, organizzazioni e servizi religiosi. Ci sono alcune linee rosse costituzionali che uno Stato non può oltrepassare nemmeno in una crisi. Queste linee rosse includono la discriminazione razziale, quella religiosa e la soppressione della libertà di espressione. La storia di questa Corte è disseminata di sfortunati esempi di deferenza giudiziaria eccessivamente ampia nei confronti del governo quando questi ha invocato poteri di emergenza e affermato circostanze di crisi per ignorare i principi della parità di trattamento e libertà di espressione. Il tribunale della storia ha respinto questi errori giurisprudenziali e ci mette in guardia contro un approccio giudiziario indebitamente deferente, specialmente quando sono in gioco questioni di discriminazione razziale, religiosa o di libertà di espressione»<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Justice Gorsuch, Concurring opinion in *Roman Catholic Dioceses of Brooklyn v. Andrew M. Cuomo*, 592 U.S., 2020 WL.

<sup>10</sup> *Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak*. Il testo della *dissenting opinion* è disponibile su: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/19A1070> (29 dicembre 2020).

### 3. *La tutela della libertà religiosa.*

Un profilo delicato affrontato nella decisione attiene l'ammissibilità dei limiti imposti alle pratiche religiose da parte di alcuni Governatori perché considerate non essenziali. Peraltro la nozione stessa appare discutibile mancando non solo i criteri di qualificazione, ma soprattutto non potendo essere impiegata una valutazione oggettiva: ciò che non è essenziale per qualcuno potrebbe esserlo per altri.

Pertanto, condivisibilmente, la motivazione di maggioranza rigetta tale prospettiva alla luce di una attenta lettura costituzionale. Nella *dissenting opinion* in Chapel, Justice Kavanaugh aveva anticipato i suoi fondamenti giuridici e ideologici, avvertendo come il trattamento riservato ai luoghi di culto fosse discriminatorio: «dopo tutto, se impedire la trasmissione di COVID-19 fosse l'unica preoccupazione, uno Stato presumibilmente ordinerebbe che quasi tutte le sue attività restassero chiuse a tempo indeterminato. Ma la devastazione e il danno economico, fisico, intellettuale e psicologico alle famiglie e agli individui che ne deriverebbero (e sono già derivati, in una certa misura) richiedono agli Stati di fare dei compromessi che può essere spiacevole discutere apertamente. Per quanto riguarda questi compromessi, tuttavia, nessun precedente suggerisce che uno Stato possa discriminare la religione semplicemente perché un'organizzazione religiosa non genera i benefici economici che un ristorante, un bar, un casinò o una palestra potrebbero fornire. Le regole del Nevada riflettono un giudizio implicito secondo cui le assemblee a scopo di lucro sono importanti e le riunioni religiose lo sono meno; che fare soldi è più importante della fede durante la pandemia. Ma questa logica 'svaluta le ragioni religiose' per la congregazione 'giudicandole di minore importanza rispetto alle ragioni non religiose', in violazione della Costituzione»<sup>11</sup>.

La medesima riflessione si rinviene nell'efficace e lucido discorso di Justice Alito tenuto alla Federalist Society nel novembre del 2020. Manifestando le sue preoccupazioni per il declino della libertà religiosa nella società attuale, aveva criticato duramente la decisione della Corte Suprema Federale in Calvary Chapel. Infatti, non si riscontravano ragioni per le quali era stato considerato costituzionale un provvedimento che trattava in modo più favorevole i casinò rispetto ai luoghi di culto: «dando una rapida occhiata alla Costituzione, si trova clausola del *Free Exercise* del Primo Emendamento che protegge la libertà religiosa; non

---

<sup>11</sup> Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, *cit.*

vi è una *Craps Clause* o una *Blackjack Clause* o una *Slot Machine Clause*<sup>12</sup>. Plasticamente aveva notato: «quindi, se vai in Nevada, puoi giocare d'azzardo, bere e assistere a tutti i tipi di spettacoli, ma ecco cosa non puoi fare: se vuoi adorare e sei la 51a persona in fila, scusa, sei fuori. Le case di culto sono limitate a 50 partecipanti. Le dimensioni dell'edificio non contano, né importa se indossi una mascherina e rimani a più di sei piedi di distanza da tutti gli altri. E non importa se l'edificio viene accuratamente igienizzato prima e dopo un servizio. Il messaggio dello stato è questo: dimentica l'adorazione e vai alle slot machine, o forse a uno spettacolo del Cirque du Soleil»<sup>13</sup>.

Tuttavia, le diverse posizioni implicano una riflessione sul ruolo della religione oggi. Siamo nell'età secolare descritta in modo provocatorio e profondo da Charles Taylor in cui essa non è stata sostituita dalla scienza<sup>14</sup> e dalla razionalità<sup>15</sup>, come sostiene la *subtraction theory*, ma è solo una delle opzioni possibili: è «un mondo pluralista, in cui molte forme di credenza e incredulità si contrappongono, e quindi si frammentano a vicenda. È un mondo in cui la fede ha perso molte delle matrici sociali che l'hanno resa "ovvia" e indiscutibile. Non del tutto ovviamente; ci sono ancora ambienti in cui è la soluzione di *default*, a meno che si abbiano potenti intuizioni contrarie, infatti, sembrerà che si debba seguirla. Ma poi abbiamo anche ambienti in cui l'agnosticismo è vicino a essere la soluzione predefinita [...]. Quindi la fragilizzazione complessiva è aumentata»<sup>16</sup>. In questa società frammentata le identità diverse, fluide, mutevoli, non esclusive richiedono

---

<sup>12</sup> J. ALITO, *Speech*, at Federalist Society, 20 novembre 2020, disponibile su <https://www.rev.com/blog/transcripts/supreme-court-justice-samuel-alito-speech-transcript-to-federalist-society> (29 dicembre 2020).

<sup>13</sup> J. ALITO, *cit.*

<sup>14</sup> Va richiamata l'osservazione di S. WEIL *La pensateur et la grace*, Parigi, 1991, p. 150, per cui «la science aujourd'hui, cherchera une source d'inspiration au-dessus d'elle ou périra». In tal senso M. PERA, *Perché dobbiamo dirci cristiani. Il liberalismo, l'Europa, l'etica*, Milano, 2008, p. 94: «il laicismo si appella di continuo alla scienza di Galileo, ma mitizzandone le procedure e forzandone i limiti, non capisce la distinzione – tra verità di scienza e verità di fede – che proprio Galileo tanto bene introdusse e, con una conversione allo scientismo, porta anche le seconde sotto il tribunale delle prime».

<sup>15</sup> L. STRAUSS, *Scritti su religione e filosofia*, Milano, 2017, p. 189, avverte che «la filosofia non può dimostrare che la rivelazione è impossibile; quindi non può dimostrare più del fatto che la rivelazione è molto improbabile o radicalmente incerta. Ma questo lungi dall'essere una confutazione della religione, non è nemmeno rilevante: è lo stesso vanto della rivelazione di essere un miracolo e quindi molto incerto».

<sup>16</sup> C. TAYLOR, *A Secular Age*, Cambridge, Mass., London, 2007, p. 531.

un riconoscimento nei confronti della collettività, fondandosi sul principio di tutela della minoranza anche quando sono in realtà maggioranza<sup>17</sup>.

Tale visione è dovuta in parte alla tendenza delle élites<sup>18</sup> di uniformare il discorso, escludendovi l'argomento religioso<sup>19</sup>. Anche quando come, nella riflessione di Habermas<sup>20</sup> e soprattutto di Rawls, si riconosce la sua importanza<sup>21</sup>, il tono ha spesso caratteri paternalistici. Nel momento, però, in cui la religione diviene secondaria nella vita della società, va ricordato il suo ruolo storico di garante della «sacralità delle funzioni vitali di governo e del vincolo politico-sociale»<sup>22</sup>, che ha agito «come controllo sullo Stato stesso e su ogni atto del suo potere arbitrario»<sup>23</sup>. Si è cercato di rinvenire la legittimità del politico nella sacralità dei 'diritti umani'<sup>24</sup>. Marcel Gauchet constata che in parte ciò è dovuto alla stessa rivoluzione copernicana subita dalla religione che «tende a divenire ciò che i suoi critici del passato le rimproveravano di essere, pur dissimulandolo: un prodotto dello spirito umano, al servizio di finalità tutte terrestri»<sup>25</sup>, più vicina all'etica che alla teologia. Tuttavia, «libertà, uguaglianza, fraternità: certamente possiamo riconoscerli come principi perfettamente evidenti, possiamo pensarli come postulati indimostrabili che ci permettono di spiegare tante cose, possiamo auspicarne e promuoverne la

---

<sup>17</sup> M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, Parigi, 1996, p. 126.

<sup>18</sup> P.J. DEENE, *Why liberalism failed*, New Haven - Londra, 2018, p. 131 utilizza l'espressione «nuova aristocrazia».

<sup>19</sup> B. WIKER, *Worshipping the State. How liberalism became our state religion*, Washington, 2013.

<sup>20</sup> Habermas preferisce parlare, infatti, di età post-secolare.

<sup>21</sup> D. MCGHEE, *Moderate secularism in liberal societies?*, in G. D' COSTA, M. EVANS, T. MODOOD, J. RIVERS (eds.), *Religion in a Liberal State*, New York, 2013, p. 117.

<sup>22</sup> R. NISBET, *Conservatorismo: Sogno e realtà*, Soveria Mannelli, 2012, p. 92.

<sup>23</sup> R. NISBET, *Conservatorismo: Sogno e realtà*, cit., p. 92.

<sup>24</sup> Per i suoi critici è «la religione secolare dei diritti dell'uomo è un sistema politico-religioso regolamentare, coercitivo e repressivo del quale lo Stato è al tempo stesso la Chiesa»: J. HAROUEL, *Le droits de l'homme contre le peuple*, Parigi, 2016, p. 88. In tal senso v. D. MAHONEY, *The Idol of Our Age: How the Religion of Humanity Subverts Christianity*, New York, 2018, che si richiama alla filosofia di Comte come fondatore di questa 'religione dell'umanità'.

<sup>25</sup> M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie*, cit., p. 150.



condivisione da parte di tutti ma come dedurli?»<sup>26</sup>. Emerge l'inadeguatezza<sup>27</sup> del principio della ragione auto-sufficiente e si intravede «l'ombra inquietante del decisionismo schmittiano»<sup>28</sup>, non risolta da Habermas. Il diritto diviene unicamente la preferenza dei più forti<sup>29</sup>.

Nei provvedimenti presi dai Governatori, soprattutto democratici, che limitano la partecipazione religiosa in modo eccessivamente oneroso, si avverte non solo un tentativo condivisibile di limitare il contagio, ma anche sfumature ideologiche. Plasticamente Justice Gorsuch osserva che «allo stesso tempo, il Governatore ha scelto di non imporre restrizioni di capacità ad alcune attività che considera 'essenziali'. E risulta che le attività che il Governatore considera essenziali includono negozi di ferramenta, agopuntori e negozi di liquori. Anche officine di riparazione di biciclette, alcune società di segnaletica, contabili, avvocati e agenti assicurativi sono tutti [servizi] essenziali. Quindi, almeno secondo il Governatore, potrebbe non essere sicuro andare in chiesa, ma va sempre bene prendere un'altra bottiglia di vino, acquistare una nuova bicicletta [...]. Chi sapeva che la salute pubblica si sarebbe allineata così perfettamente con l'interesse secolare?»<sup>30</sup>. E soprattutto si nota come questa riduzione del ruolo della religione in molti provvedimenti si accompagna anche ad una scarsa considerazione, non esclusivamente giustificabile dai dati del Covid-19 e dai modelli matematici spesso mal impiegati<sup>31</sup>, per la piccola impresa, per le attività commerciali, per quella media borghesia che sembra oggi indifesa davanti alle spinte delle élite globaliste in un intrecciarsi di non meglio precisati interessi pubblici e privati.

---

<sup>26</sup> S. GIVONE, *Quant'è vero Dio. Perché non possiamo fare a meno della religione*, Milano, 2018, p. 154.

<sup>27</sup> R. CUBEDDU, Postfazione, in L. STRAUSS, *Scritti su filosofia e religione cit.*, p. 258, nota come Strauss mostri la difficoltà di «fare a meno della religione e indirettamente anche perché il progetto di trasformarlo in una "religione civile" [...] sia anch'esso destinato a poca fortuna».

<sup>28</sup> S. GIVONE, *Quant'è vero Dio. Perché non possiamo fare a meno della religione, cit.*, p. 154.

<sup>29</sup> R. HALLOWELL, *The Moral Foundation of Democracy*, Chicago, 1954, p. 23.

<sup>30</sup> J. GORSUCH, *cit.*

<sup>31</sup> D. AXE, W. BRIGGS, J.W. RICHARDS, *The price of panic. How the tyranny of experts turned a pandemic into a catastrophe*, Washington, 2020.

#### 4. *Le dinamiche della Corte.*

Infine, la decisione consente una prima valutazione di questa Corte ‘conservatrice’. La scomparsa di Ruth Bader Ginsburg non ha avuto solo un effetto sugli equilibri numerici, pur importanti, ma ha determinato la perdita per la componente *liberal* del suo ‘simbolo’. Justice Ginsburg era, infatti, fortemente ideologica, spesso controversa, ma le sue argomentazioni erano connotate da una raffinata tecnica giuridica. Difficilmente il suo ruolo potrà essere riempito dai tre giudici rimasti, salvo che l’inopportuno e discutibile piano di *Court-packing*, adombrato nel caso si realizzi una maggioranza democratica al Sentato, porti alla nomina di nuovi membri. Justice Kagan e Justice Breyer pur equilibrati, attenti e rigorosi, infatti, non hanno la presenza carismatica di Justice Ginsburg, mentre Justice Sotomayor più simile a lei negli eccessi ideologici non ha la medesima capacità giuridica.

Interessante sarà, però, anche considerare la possibile evoluzione della maggioranza conservatrice, percorsa da evidenti tensioni dimostrate dalla discussione nella decisione in esame tra Gorsuch e Roberts. Al primo, che critica fortemente la sua opinione in *South Bay*, il Chief Justice replica con altrettanta asprezza, venata da un eccessivo risentimento: «(one concurrence) suggests that, in the wake of *South Bay*, some have “mistaken this Court’s modest decision in *Jacobson* for a towering authority that overshadows the Constitution during a pandemic.” But while *Jacobson* occupies three pages of today’s concurrence, it warranted exactly one sentence in *South Bay*. What did that one sentence say? Only that “[o]ur Constitution principally entrusts ‘[t]he safety and the health of the people’ to the politically accountable officials of the States ‘to guard and protect’. It is not clear which part of this lone quotation today’s concurrence finds so discomfiting. The concurrence speculates that there is so much more to the sentence than meets the eye, invoking—among other interpretive tools—the new “first case cited” rule. But the actual proposition asserted should be uncontroversial, and the concurrence must reach beyond the words themselves to find the target it is looking for»<sup>32</sup>. Non solo, si assume il compito di difendere gli altri giudici che hanno dissentito in *Roman Catholic Dioceses of Brooklin* rilevando che non hanno «dimenticato la Costituzione “cedendo a un particolare impulso giudiziario a tenersi alla larga in tempi di crisi”, o nascondendosi quando la Costituzione è sotto attacco. Sem-

---

<sup>32</sup> Justice Roberts, *Concurring opinion*, in *Roman Catholic Dioceses of Brooklyn v. Andrew M. Cuomo*, *cit.*

plicemente, dopo un attento studio e un'analisi, vedono la questione in modo diverso, il quale riflette i loro migliori sforzi per adempiere alla loro responsabilità ai sensi della Costituzione»<sup>33</sup>. Lo scontro non stupisce: il rapporto di Roberts con Gorsuch, diversamente da quello con Kavanaugh, è stato fin da subito caratterizzato da una certa difficoltà, mai completamente celata e probabilmente dovuta a personalità e modi di intendere il compito di giudice molto diversi. Gorsuch non si è mai lasciato condizionare dal ruolo di *junior Justice*, ha preso posizioni decise e soprattutto ha cercato di costruirsi anche una immagine pubblica, con numerose partecipazioni ad eventi e la pubblicazione di un libro. Sta continuando sulla scia di Scalia nella promozione dell'originalismo e del testualismo. In tal senso, potrebbe non rappresentare un vero distacco dalla posizione conservatrice la decisione in *Bostock v. Clayton County*<sup>34</sup> quanto piuttosto una valutazione strategica: sostenere tesi lontane dalla propria ideologia di riferimento aiuta a fondare la legittimità del metodo interpretativo nel lungo periodo come obiettivo e neutrale. È la tesi di Scalia quando ricordava che un giudice originalista non è sempre contento dei risultati ai quali giunge.

È evidente, però, che la nomina di Amy Coney Barrett indebolisce il ruolo di Roberts, che non si trova più ad essere il componente decisivo per una maggioranza conservatrice capace di equilibrare e trovare compromessi. La sua figura ha subito una evoluzione ed appare oggi connotata da notevole ambiguità. Nell'*opening statement* al *confirmation hearing*, aveva affermato: «i giudici sono servitori della legge, non il contrario. I giudici sono come gli arbitri. Gli arbitri non fanno le regole, le applicano. Il ruolo di un arbitro e di un giudice è fondamentale. Si assicurano che tutti rispettino le regole, ma è un ruolo limitato. Nessuno è mai andato a una partita di baseball per vedere l'arbitro. I giudici devono avere l'umiltà di riconoscere che operano all'interno di un sistema di precedenti modellato da altri giudici che si sforzano ugualmente di essere all'altezza del giuramento giudiziario, e devono avere modestia per essere aperti nel processo decisionale alle opinioni ponderate dei loro colleghi»<sup>35</sup>. Seppure apparentemente sia fedele a questa visione, cercando sempre la neutralità, alcune decisioni hanno incrinato la sua immagine. In particolare, la lettura forzata della *individual mandate penalty* che

---

<sup>33</sup> Chief Justice Roberts, *Concurring opinion*, in Roman Catholic Dioceses of Brooklyn v. Andrew M. Cuomo, *cit.*

<sup>34</sup> 590 U.S. (2020).

<sup>35</sup> Disponibile su: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/chief-justice-roberts-statement-nomination-process> (30 dicembre 2020).

ha permesso di salvare l'Obamacare, ha mostrato la volontà di Chief Justice Roberts di porsi come giudice dell'Establishment. Anche nella decisione in *Roman Catholic Dioceses of Brooklyn* la sua posizione 'intermedia' è insoddisfacente. Se, come hanno dimostrato alcuni studi sulla comunicazione della Corte Suprema Federale, ogni giudice ricerca il suo pubblico, quello di Roberts può essere identificato nelle élite. È stato, infatti, vittima più di altri del 'Greenhouse effect', cioè della tendenza a conformarsi al clima ideologico predominante a Washington e nei mass media per ottenere apprezzamenti: «tutte le influenze spingono per spostarsi a sinistra. È così che si ottengono gli applausi dell'American Bar Association, buon inchiostro sulla stampa *liberal*, consensi nelle *law school* d'élite e inviti a qualsiasi festa di Georgetown»<sup>36</sup>. In un'altra prospettiva, la giurisprudenza ambivalente del Chief Justice potrebbe essere finalizzata ad equilibrare i risultati conservatori e *liberal* per evitare polarizzazioni e una perdita del supporto diffuso della Corte. Una dottrina importante mette, però, in luce l'inefficacia di questa politica<sup>37</sup>. Benché sia, dunque, irrealistico e scorretto ritenere che la componente conservatrice voterà sempre nello stesso modo, anzi, appare già meno compatta di quella *liberal*, è prevedibile l'emersione di una *leadership* che sappia orientarla e non sarà Roberts. Dei giudici nominati da Trump, Kavanaugh appare poco incisivo, mentre nel lungo periodo potrebbero emergere Gorsuch e soprattutto Amy Coney Barrett, che ha mostrato già nell'*hearing* una personalità decisa con un saldo metodo interpretativo.

Interessante nella prospettiva di individuare la figura conservatrice centrale sembra, dunque, il discorso ricordato di Justice Alito sia perché proviene da un giudice che si era sempre distinto per una lontananza dai protagonismi di Scalia, Ginsburg e anche dello stesso Gorsuch, sia per i temi affrontati<sup>38</sup>. Non solo la scelta di indirizzarlo alla *Federalist Society* serve a riaffermare nei conservatori il suo stabile pubblico di riferimento.

Distanziandosi apertamente dal Chief Justice, Alito richiama gli elementi caratteristici della sua filosofia giurisprudenziale connotata da un conservatorismo di

---

<sup>36</sup> T. SOWELL, *Justice Kennedy goes soft on crime*, in *Columbus Dispatch*, Aug. 13, 2003, A11.

<sup>37</sup> V. MEHTA, A. VERMEULE, *John Roberts's self-defeating attempt to make the court appear nonpolitical*, *Washington Post*, 17 Dicembre 2020.

<sup>38</sup> La posizione centrale di Justice Alito nel mondo conservatore è stata rafforzata dall'aver redatto l'opinione di maggioranza in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022).

tipo burkeano<sup>39</sup>. Se i critici hanno sottolineato come il suo voto sia sempre quello che i repubblicani vorrebbero, dimenticando che lo stesso si può dire della compianta Ruth Bader Ginsburg o di Sonia Sotomayor rispetto ai democratici, in realtà la sua metodologia ha tratti innovativi, espressi attraverso uno stile riconosciuto ed apprezzato. Sarebbe sbagliato, infatti considerare il suo pragmatismo come l'assenza di una visione giurisprudenziale. Può essere considerato un *inclusive originalist*: nel suo pensiero «the text and its original meaning are dispositive when no conflict arises between the constitutional text and original meaning on the one hand and other competing modalities on the other. Second, the text and its original meaning trump other competing modalities where these modalities conflict. Third, none of his opinions are anticanonical in the originalist sense»<sup>40</sup>. Per Alito, «la Costituzione significa qualcosa e [...] il significato non cambia»<sup>41</sup>. Tuttavia, e in questo risiede l'influenza burkeana, la sua interpretazione è lontana da valutazione astratte: nella ricerca del significato originario valorizza, infatti, il ruolo della tradizione, del precedente, della storia legislativa. Nel discorso alla *Federalist Society*, Justice Alito unisce agli elementi caratteristici del conservatorismo la preoccupazione per il clima culturale e per quella narrazione *politicamente corretta* che «si impone in ogni campo della vita associata occidentale, aumenta la sua pretesa di presentarsi come dottrina pubblica ufficiale, incrementa la severità delle sue condanne e marchio d'infamia chiunque contravvenga ai suoi precetti»<sup>42</sup>. Avverte, infatti, che «una delle grandi sfide per la Corte Suprema in futuro sarà quella di proteggere la libertà di espressione. Sebbene questa libertà stia cadendo in disgrazia in alcuni ambienti, dobbiamo fare tutto il possibile per evitare che diventi un diritto costituzionale di secondo livello»<sup>43</sup>. Inoltre, nel discorso è significativo il riferimento a Justice Scalia che per lungo tempo ha rappresentato, almeno nell'immaginario collettivo, 'la' voce conservatrice della Corte e la volontà espressa di porsi come suo continuatore. Riconoscendone i meriti e la importante eredità lasciata, avverte, tuttavia, come si sia «assistito all'emergere di quelle che credo siano elaborazioni errate delle teorie del giudice Scalia, e attendo con ansia un dibattito amichevole e fruttuoso su dove

---

<sup>39</sup> S.G. CALABRESI, T.D. SHAW, *The Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, in 87 Geo. Wash. L. Rev., 2019, p. 507.

<sup>40</sup> S.G. CALABRESI, T.D. SHAW, *The Jurisprudence of Justice Samuel Alito, cit.*, p. 532.

<sup>41</sup> S.G. CALABRESI, T.D. SHAW, *The Jurisprudence of Justice Samuel Alito, cit.*, p. 539.

<sup>42</sup> E. CAPOZZI, *Politicamente corretto*, Venezia, 2018, p. 197.

<sup>43</sup> J. ALITO, *Speech, cit.*

porta il suo pensiero»<sup>44</sup>. Sembra evidente la critica alla posizione della opinione di maggioranza redatta da Gorsuch in *Bostock v. Calyton County*, alla quale già nella *dissenting* aveva rimproverato<sup>45</sup> di essere come «una nave pirata [...]. Naviga sotto la bandiera [di Scalia], ma ciò che in realtà adotta è una teoria dell'interpretazione legislativa che Scalia ha ferocemente criticato»<sup>46</sup>.

Oltre a Justice Alito, un ruolo di primo piano potrebbe essere rivestito da Clarence Thomas che è anche il *senior Associate Justice*. Cattolico, conservatore, rappresenta una 'storia americana' attraversata da difficoltà e conquiste, momenti di dubbio e cambiamento che lo hanno portato dall'infanzia povera fino alla nomina alla Corte Suprema. È stato criticato ferocemente probabilmente perché non inquadrabile nei soliti stereotipi ed è forse meno apprezzato di quanto meriterebbe anche per il carattere gioviale, ma molto riservato. Pur avendo scritto un libro<sup>47</sup> ed essendo oggetto di vari studi e di un documentario recente<sup>48</sup> non ama infatti apparire in pubblico. La sua giurisprudenza è connotata da una rigorosa fedeltà al metodo originalista. Per Thomas i giudici devono avere «il coraggio di affermare la risposta giusta senza indietreggiare anche di fronte a proteste e critiche»<sup>49</sup> e devono «adottare principi di interpretazione che riducano la discrezionalità giudiziaria»<sup>50</sup>. Infatti, quanto questa è maggiore quanto è più forte la tentazione di considerare come diritto le proprie preferenze. In tale prospettiva, è conosciuta la sua critica ad una adesione rigida allo *stare decisis*: ciò che deve prevalere è il testo costituzionale, non le letture sbagliate dei giudici. Potrebbe, dunque, essere condivisibile l'opinione di coloro che ritengono la sua giurisprudenza 'orientata al risultato', ma solo se come risultato si intende la protezione dei fini «che la Dichiarazione di Indipendenza richiede attraverso la Costituzione, una repubblica che garantisce sicurezza e felicità»<sup>51</sup>.

---

<sup>44</sup> J. ALITO, *Speech, cit.*

<sup>45</sup> La distanza potrebbe essere inquadrata anche come uno scontro tra due tipi di testualismo, T. L. GROVE, *Which Textualism?*, in 134 *Harv. L. Rev.*, 2020, p. 265.

<sup>46</sup> *Bostock v. Clayton County, cit.*

<sup>47</sup> C. THOMAS, *My Grandfather's Son: A Memoir*, New York, 2007.

<sup>48</sup> Il documentario "*Created Equal: Clarence Thomas in His Own Words*" permette di cogliere alcuni aspetti importanti e poco conosciuti di Justice Thomas.

<sup>49</sup> M.S. MCLEOD, *A humble Justice*, in 127 *Yale L.J.F.*, 2017, p. 203.

<sup>50</sup> M.S. MCLEOD, *A humble Justice, cit.*, p. 203.

<sup>51</sup> K. MASUGI, *Justice Thmas: Mr.Republican*, in [lawliberty.org](https://lawliberty.org), 14 aprile 2016, disponibile su: <https://lawliberty.org/justice-thomas-mr-republican/> (29 Dicembre 2020).

## 5. Conclusioni.

La decisione in *Roman Catholic Dioceses of Brooklyn* porta nuovamente ad interrogarci sulla fondabilità dei valori, sulla loro gerarchia e su cosa possa essere davvero sacrificato in una società che si voglia definire libera. Voegelin notava come questo fosse il problema centrale delle scienze sociali, posto che il loro «tema è ritenuto costituito dalla loro relazione con i valori correnti, mentre la validità di questi valori può essere verificata solo in relazione a postulati indimostrati. Finché tale metodo viene utilizzato in un ambiente impregnato di tradizione, il pericolo non è visibile poiché i valori rimangono sostanzialmente vicini alla tradizionale gerarchia dei beni»<sup>52</sup>. Ma in una società minata dal pluralismo o dall'ideologia si oscilla tra il rischio di soggettivismo se si cerca di trovare fondamenti obiettivi e quello di apologia dell'ideologia se si aderisce a una qualche ideologia del proprio tempo. Il tentativo attuale sembra quello di un nuovo scientismo che già nel passato ha mostrato i suoi limiti. In questo momento più che mai si avverte come «la lotta si va svolgendo. Immani le potenze in campo: fedi religiose, credule pretese di felicità, rifiuto del dolore, miti del progresso tecnico. L'esito ci è ignoto»<sup>53</sup>. Proprio per questo la forte difesa della libertà religiosa in *Roman Catholic Dioceses of Brooklyn* rappresenta un momento importante e un modello.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> E. VOEGELIN, *Politica, Storia e Filosofia*, Crotone, 2017, p. 74.

<sup>53</sup> N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, pp. 60-61.

<sup>54</sup> Come infatti osserva R. SPAEMANN, *Tre lezioni sulla dignità umana*, Torino, 2011, p. 66: «la preziosità dell'uomo "in quanto tale" – che cioè non è prezioso solo a se stesso – ne rende sacra la vita, conferendo al concetto di dignità una dimensione ontologica che è in effetti il suo *sine qua non*. La dignità è un segno di sacralità. È un concetto fondamentalmente religioso e metafisico. Horkheimer e Adorno lo capivano chiaramente quando scrivevano che l'unico argomento contro l'omicidio è un argomento religioso. Questa affermazione ovviamente non era impiegata a favore dell'omicidio, ma di una visione religiosa della realtà. È un errore che perdura nel nostro tempo credere che si possa abbandonare una visione religiosa della realtà senza perdere anche qualcos'altro, qualcosa a cui non saremmo disposti a rinunciare». In tal senso e più specificatamente G. REALE, *Radici culturali e spirituali dell'Europa*, Milano 2003, p. 103, nota che in assenza del pensiero cristiano «crolla il concetto di persona e con esso il vero umanesimo. Ciò che rimane è un individualismo riduttivistico a ogni livello».





# IL RAPPORTO TRA DANNO NON PATRIMONIALE E NOMOFILACHIA: ‘CROCE E DELIZIA’

Luca Oliveri\*

SOMMARIO: 1. La nomofilachia quale valore dell’ordinamento: ieri... – 2. (segue) ... e oggi. – 3. Quando le (presunte) problematiche della nomofilachia si tramutano in vantaggi. – 4. La rilevanza delle Sezioni Unite di San Martino per il danno non patrimoniale.

## 1. *La nomofilachia quale valore dell’ordinamento: ieri...*

«La Corte suprema di Cassazione mantiene la sua funzione caratteristica di custode supremo della legalità e, per meglio designare tale funzione, ho completato la formula tradizionale, dichiarando che la Corte stessa è istituita per mantenere l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, unità del diritto oggettivo nazionale ed il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni. [...] La menzione dell’unità del diritto oggettivo nazionale, che la nuova formula contiene, pone in rilievo in modo particolare l’importanza delle decisioni della Corte suprema, le quali non hanno naturalmente valore normativo [...]: tuttavia, è certo che la giurisprudenza della Corte stessa serve di guida costante alle Magistrature inferiori, ed ha quindi un valore esegetico che, se non è quello dell’interpretazione autentica, molto a questo si avvicina»<sup>1</sup>.

---

\* Dottorando di ricerca in Diritto Privato nell’Università di Genova.

<sup>1</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli al testo dell’‘Ordinamento Giudiziario’, n. 10, pubblicato il 4 febbraio 1941 nell’edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia, n. 28-*bis*, parte I. Rispetto al passato (cfr. art. 61 r.d. n. 2786/1923),

Con queste parole, il 30 gennaio 1941, il Ministro Dino Grandi sintetizzava il punto d'arrivo di un complesso disegno – che aveva avuto avvio alcuni decenni addietro<sup>2</sup> – volto a dare alla Corte di Cassazione, ormai non più territorialmente frammentata, una configurazione – nell'esercizio delle sue funzioni di giudice di legittimità – che potesse risultare maggiormente incisiva.

Certo, si potrà rilevare (e, invero, chi lo facesse non sbaglierebbe affatto) che l'esplicazione più dettagliata delle funzioni – per usare le parole del Ministro – costituiva un mero riconoscimento di un qualcosa che, nei fatti, poteva ritenersi già pacificamente acquisito dalla coscienza del giudice di Cassazione<sup>3</sup>. Tuttavia, la diversa formulazione con cui la legge riconosceva tale funzione ha contribuito, fors'anco più di altri fattori, a cristallizzare e sedimentare ulteriormente ciò che, di fatto, era già realtà.

Ovviamente, l'intento che mosse il Governo era basato su ragioni prettamente politiche<sup>4</sup>, in quanto – nella nuova epoca di codificazione che ha caratterizzato

---

l'art. 65 del nuovo ordinamento giudiziario ha aggiunto, all'esatta osservanza, anche la «uniforme interpretazione» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale».

<sup>2</sup> Il termine temporale di inizio di tale disegno può essere fatto coincidere addirittura con il raggiungimento della tanto agognata unificazione territoriale della Penisola. Tuttavia, il percorso non fu agevole e, anzi, procedette con (estremo) rilento fino a che il movimento fascista non prese il potere e – nella sua ottica statale connotata da un forte accentramento – decise, con il r.d. n. 601/1923, art. 1, di sopprimere le Corti di Cassazione regionali di Torino, Firenze, Napoli e Palermo, retaggio degli Stati preunitari, e attribuire l'esercizio delle funzioni precedentemente svolte dalla Corti territoriali alla Corte di Roma. Un'utile panoramica riassuntiva di questo percorso è contenuta nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 1924 pronunciato dall'Avvocato generale Giovanni Santoro (in particolare, pp. 12-15 del testo dattiloscritto e reperibile sul sito della Corte di Cassazione), dove le Corti locali, progressivamente «esautorate e ridotte a larve di supremo organo giurisdizionale», sono definite quali «spettri adunatisi a concilio quasi per testimoniare che avevano vissuto e reso utili servigi a la Patria» (p. 14).

<sup>3</sup> Esemplificativo è il richiamo, nel discorso citato alla nota precedente, alla ragione storica dell'unità dell'istituto: «*Ragione storica che si identifica con la sua ragion di essere; perché fu creato in Francia unico supremo organo d'interpretazione giudiziale della legge nell'unità e per l'unità dello Stato*» (p. 8, corsivo orig.). Subito dopo, e sempre in tal senso, vengono riportate (p. 9) le parole del relatore della legge del 27 novembre 1790 all'assemblea costituente francese: «Il Tribunale di cassazione deve servire a *prevenire la diversità* di giurisprudenza. È il supremo custode della legge [...]» (corsivo agg.).

<sup>4</sup> Sulla cui reale portata, però, il giudizio di M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 63, è abbastanza netto: «Meno rilevante, e meno interessante, è il contributo che alla redazione della norma viene dalla concezione

tutto il periodo autoritario – l'esatta e uniforme interpretazione di documenti normativi di recente introduzione, che «invano si tende a ricondurre negli schemi antichi, nelle concezioni tradizionali»<sup>5</sup>, era vista quale importante interesse pubblico da perseguire onde evitare che si potesse pregiudicare «l'infrangibile unità dello Stato fascista»<sup>6</sup>.

Orbene, caduti i sensazionalistici (e ossequiosi al regime) riferimenti all'esasperata unità dello Stato (la quale, di contro, fu – fortunatamente – forse più desiderata che effettivamente realizzata), ci si può domandare cosa permanga, nel successivo regime democratico, di questa opera accentratrice (o meglio, quali vantaggi possano essere oggi tratti da siffatta impostazione) e, inoltre, quali elementi siano stati aggiunti in tal senso.

## 2. (segue) ... e oggi.

A questo punto, e con uno iato temporale non irrilevante, vorrei evidenziare il secondo elemento di questa mia breve analisi sul punto: le modifiche al codice di rito civile apportate nel 2006. Il governo, esercitando la delega contenuta nell'art. 1, comma 3, lettera a), della l. n. 80/2005, procedette – tra le altre cose – a poten-

---

“politica” della Cassazione attribuibile al fascismo [...]. Mera retorica, o tentativo di piegare la Cassazione, che aveva ben altre origini storico-politiche, alle finalità del regime: rimane il fatto che l'elaborazione teorica dell'istituto e una sua visione autoritaria sembrano fondarsi in un contesto abbastanza omogeneo». Infatti, l'art. 65 ord. giud. sembra «riflett[ere] al contempo la concezione classica della Cassazione riformulata da Calamandrei, e una visione burocratico-autoritaria di stile fascista. Il primo elemento, di gran lunga il più importante, attiene ai principi della nomofilachia e dell'uniformità della giurisprudenza [...]» (ivi, pp. 60-61).

<sup>5</sup> Discorso inaugurale ('Aspetti della Corte di Cassazione compiuto il decennio della sua unità) dell'anno giudiziario 1934 pronunciato dal Procuratore Generale della Corte di Cassazione Silvio Longhi, p. 10 del testo dattiloscritto.

<sup>6</sup> Ivi, p. 11. La linea adottata – per di più in un regime autoritario – era già di per sé classificabile come non eccessivamente rigida, in quanto un «mezzo col quale in vari momenti della storia, e specialmente nei periodi immediatamente seguenti a un lavoro di codificazione, i legislatori hanno creduto di poter recidere dalle radici la disformità della interpretazione giurisprudenziale, è stato quello di proibire ai giudici ogni sorta di interpretazione»: così P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Vol. II. Disegno generale dell'istituto*, Milano-Torino-Roma, 1920, p. 80 (la cui ristampa anastatica è oggi consultabile all'indirizzo <http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/09/Opere-giuridiche---Volume-VII---La-Cassazione-civile-parte-seconda.pdf>).

ziare la funzione nomofilattica delle Sezioni Unite della Suprema corte, prevedendo (art. 8, d.lgs. n. 40/2006) la modifica dell'art. 374<sup>7</sup>. In questa sede, rivestono particolare importanza i commi 2<sup>8</sup> e 3<sup>9</sup> del nuovo articolo: pur non potendo analizzare *ex professo* questo singolo aspetto della novella, non si può non notare, per ora – ma alcuni aspetti verranno meglio alla luce *infra* – come esso abbia suscitato opposti giudizi e reazioni<sup>10</sup> circa la qualità e la portata di tale innovazione<sup>11</sup>.

Si può facilmente riscontrare, quindi, come – in presenza di una Corte territorialmente unitaria e con funzioni che, con la riforma dell'Ordinamento giudiziario, sono state incrementate – anche il legislatore di un Stato democratico abbia attuato una riforma che mirava esplicitamente a rafforzare il sistema giudiziario

---

<sup>7</sup> Circa la necessità di un intervento normativo, si vedano le parole di A. PROTO PISANI, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 254: «Sulla portata dell'innovazione, che tanto scandalo sta suscitando, è da intendersi. A mio avviso [...] il vigente art. 376, 3° comma, se interpretato alla luce della funzione nomofilattica della Corte di cassazione in genere e delle sezioni unite in particolare, già imponeva *de iure condito* la soluzione oggi esplicitata del novellando art. 374, 3° comma. Poiché le sezioni semplici non hanno seguito questa interpretazione e normalmente hanno preferito “ribellarsi” alle sezioni unite con sentenza e non con ordinanza motivata di rimessione, al legislatore non è rimasto che ribadire la soluzione con la maggiore chiarezza possibile».

<sup>8</sup> «Inoltre il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza».

<sup>9</sup> «Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

<sup>10</sup> R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 283, nota come il «punto critico di questa disposizione [...] stia nel suo carattere necessariamente imperfetto: nel fatto che l'eventuale sua violazione non prevede sanzione»; R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 18, la definisce «una delle modifiche più controverse della riforma», siccome ritenuta, da alcuni, «espressione di un'idea burocratico-gerarchica della Corte di cassazione, [...] in contrasto con il principio secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge [...]». Per analisi successive, si veda quanto contenuto nei lavori di G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 364, *passim*; M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 111 (in particolare, p. 121 ss.); nonché G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, *ibidem*, p. 952 ss.

<sup>11</sup> Un'attenta analisi, in prospettiva costituzionalistica, è stata compiuta da F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»)*, in E. FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 1.

civile nella direzione di un maggior consolidamento dei risultati raggiunti dalla giurisprudenza nell'espletamento delle sue funzioni di massimo organo a cui è affidata l'interpretazione, esatta e uniforme, della legge<sup>12</sup>.

La ragione alla base di tale modifica, in un contesto assiologico e ordinamentale assai differente, consisteva – ad avviso del Governo – nella necessità di evitare che la «pluralità di orientamenti diversi e confliggenti» finisse con l'appannare «l'immagine della Corte», «svili[rne] l'operato e contraddi[rne] apertamente la funzione nomofilattica»<sup>13</sup>. Tuttavia, a bene vedere, il vero *vulnus* causato dalla diversità degli orientamenti confliggenti non è tanto quello arrecato all'immagine o all'operato della Corte, ma quello (indirettamente) arrecato al suo stesso buon funzionamento<sup>14</sup>.

Infatti, se è vero che il continuo aumento che ha caratterizzato il carico di lavoro della Suprema corte – carico neanche lontanamente paragonabile a quello degli anni '20 e '40 del secolo scorso<sup>15</sup> – ha costretto le singole Sezioni (e i sin-

---

<sup>12</sup> «Non solo l'istituto della nomofilachia ha conservato inalterata la sua base normativa dal 1941 ad oggi; negli ultimi lustri, esso ha manifestato una nuova forza espansiva, se è vero che il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, si intitola "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica". "Nomofilachia" non è più soltanto un termine accademico, dunque, ma è ormai anche un termine normativo»: così G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 365. M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, cit., p. 111, parla di una «variegata schiera di quelli che chiamerei "entusiasti neofiti del precedente"»: di questa schiera fa parte – quale «membro rilevante» – il recente legislatore, «che in numerose occasioni ha dimostrato di parlare direttamente o indirettamente del precedente senza avere una chiara nozione di ciò di cui parla o a cui allude».

<sup>13</sup> Così la Relazione governativa al già citato d.lgs. n. 40/2006 ([https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_2\\_1.page?facetNode\\_1=1\\_8\(2005\)&contentId=SAN59742\[...\]](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?facetNode_1=1_8(2005)&contentId=SAN59742[...])).

<sup>14</sup> A. TEDOLDI, *La delega sul procedimento di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pur rilevando, *in limine*, che, ai fini deflattivi del contenzioso, la sola funzione nomofilattica non andrebbe posta «in cima ai principi e ai criteri direttivi dettati nella delega» (p. 928), sostiene che la novità, «ancorché foriera di possibili rallentamenti nella *chicane* tra sezioni semplici e sezioni unite, merita di essere condivisa e sostenuta, onde ridurre i frequenti contrasti giurisprudenziali» (p. 942).

<sup>15</sup> Il procuratore generale, nel suo discorso inaugurale (cfr., *supra*, nota 2, p. 21), riferiva, per l'anno 1923, di un carico di 5.797 ricorsi per le Sezioni semplici (civili) e di 788 per le Sezioni Unite (civili): nel corso dell'anno ne vennero definiti, rispettivamente, 534 e 212. Sempre in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario, si riportava, nel 1941, un deposito di 12.178 ricorsi, con una definizione di 10.895. Nel 2006, i ricorsi sopravvenuti raggiungevano il numero di 35.169, mentre quelli definiti ammontavano

goli collegi della stessa Sezione) a pronunciarsi, «con crescente frequenza, su uno stesso tema e nello stesso periodo temporale»<sup>16</sup>, è altrettanto vero che la diversità di orientamenti dovuta a questo incessante (e, a tratti, quasi frenetico<sup>17</sup>) lavoro comporta – stante l'incertezza interpretativa che ne deriva<sup>18</sup> – un aumento dei ricorsi proposti, non sapendo quale sarà l'orientamento che il collegio deciderà di seguire nel singolo caso<sup>19</sup>.

Però, a questa mera constatazione (tacciabile forse di sfiducioso disfattismo) si potrebbe obiettare con ragioni di due ordini differenti. La prima è che, pur in presenza di un disaccordo interpretativo, le singole Sezioni – al loro interno, ma pure tra loro per le questioni che possono presentarsi comuni ai settori di diversa competenza – possono, nei momenti successivi, prenderne atto e procedere alla

---

a 29.641. Il trend si conferma negli anni successivi, con un incremento medio annuo di circa 30.000 ricorsi (negli ultimi due anni si può assistere, di contro, ad un significativo aumento che porta i ricorsi iscritti a 36.881 e a 38.725) e una definizione comunque inferiore (tendenzialmente, di circa 2.000 ricorsi) rispetto al numero dei nuovi ricorsi depositati (ma, anche qui, il divario è aumentato negli ultimi due anni), fattore che ha portato ad un sensibile aumento (da 96.233, nel 2009, a 117.033, nel 2019) dei procedimenti civili pendenti (tutti i dati sopra riportati sono reperibili sul sito della Corte di Cassazione). L'aumento percentuale, dal 1941 ai giorni nostri, si attesta – con riferimento alla media degli ultimi anni – intorno al 250%.

<sup>16</sup> Relazione governativa al decreto.

<sup>17</sup> Merita qui riproduzione uno di quei racconti, tra il serio e il faceto, di P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1989 (ristampa della 4<sup>a</sup> ed. del 1959), pp. 102-104: «Un'udienza delle sezioni unite [!] della corte di cassazione è durata dalle nove della mattina alle sette del pomeriggio; e, finita l'udienza, i consiglieri si sono trattenuti per oltre due ore a deliberare in camera di consiglio. Sono usciti [...] dopo dodici ore di lavoro: dieci ore ad ascoltare, due ore a trarre le conclusioni da ciò che avevano ascoltato. Nelle dieci ore di udienza sono stati discussi dieci ricorsi. [...] il che vuol dire che per deliberare su ciascun ricorso la corte ha impiegato in camera di consiglio dodici minuti [...]».

<sup>18</sup> La situazione, poi, è ulteriormente complicata, oltre che dalla diversa linea interpretativa, dal numero sempre maggiore di sentenze pronunciate: «La forza e l'efficacia di un precedente è inversamente proporzionale alla quantità e al numero dei precedenti; più precedenti ci sono meno forte è ciascuno di essi (c.d. inflazione dei precedenti)», così G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 364.

<sup>19</sup> Rilevanti le parole, pronunciate già nel 1934, del procuratore generale (p. 15): «Non basta che la Corte di Cassazione abbia raggiunto all'interno la uniformità della propria giurisprudenza, se questa non ha effetto che per le parti in causa. Gli altri cittadini possono sempre sperare dal giudice di merito una diversa interpretazione dello stesso testo di legge; e basta questa possibilità a suscitare lo spirito litigioso, e a rinnovare ovunque e senza fine, la stessa questione» (corsivo agg.).

ricerca comune dell'orientamento da far diventare maggioritario (dico maggioritario perché solo ingenuamente si potrebbe pensare che tutti gli altri giudici decidano, pacificamente, di abbandonare la linea precedentemente adottata solo per amor d'unità, non foss'altro per il fatto che, tale linea, è stata sostenuta e applicata per proprio convincimento). La seconda riguarda la libertà interpretativa dei giudici, la quale – in mancanza di vincoli – sarebbe più facilmente esercitabile, cosicché si possano tenere in debito conto le esigenze evolutive che le rigide e strette maglie dell'uniformità imposta (*recte*, condivisa) non consentirebbero di valorizzare adeguatamente.

### *3. Quando le (presunte) problematiche della nomofilachia si tramutano in vantaggi.*

Ma, a tali critiche, penso si possa agevolmente replicare nei termini che seguono. In primo luogo, ammesso e non concesso che si verifichi la sopracitata 'armonizzazione di massima' tra gli orientamenti all'interno delle singole Sezioni e, poi, della Corte nel suo complesso, si assisterebbe – nel frattempo – al verificarsi di un 'pregiudizio' nei confronti dei singoli che, in quel lasso temporale più o meno esteso, hanno visto definite le loro controversie: e ciò in ragione del fatto che le parti, i cui ricorsi sono stati rigettati poiché basati su motivazioni che poi sarebbero state ritenute, invece, meritevoli di accoglimento, non hanno a disposizione alcun strumento per poter richiedere la 'riparazione' di una tale situazione (ma i termini sono stati volutamente utilizzati in senso lato, donde il virgolettato)<sup>20</sup>. Sempre su questo punto, può altresì rilevarsi come, in mancanza di un'interpretazione che sia quanto più diffusamente condivisa e – se possibile – abbia ricevuto anche tutti i crismi che le Sezioni unite possono conferire, non è escluso – per ciò solo – che, in un momento successivo, l'interpretazione oggetto di quella che si è

---

<sup>20</sup> «La ingiuria al principio di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, che si verifica come conseguenza immediata della diversità della interpretazione giurisprudenziale, resta limitata alle parti interessate in quelle controversie in occasione delle quali la diversità suddetta si manifesta. Ma, oltre questo danno attuale, un danno eventuale è contenuto nella disformità della giurisprudenza, il quale minaccia di colpire tutti gli altri consociati, anche quelli che non siano stati parti in causa delle controversie concrete. [...] In questo caso i vantaggi della unità del diritto positivo [...] vengono ad essere praticamente annullati, poiché [...] la diversità delle interpretazioni forensi sostituisce, nella mente dei consociati, all'unica norma del diritto codificato, una pluralità di modi d'intendere quest'unica norma»: così P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Vol. II, cit.*, p. 72.

chiamata armonizzazione di massima non possa essere più facilmente sovvertita, non godendo di quell'autorevolezza che un precedente pronunciato dal più alto consesso può, di contro, garantire: ne deriverebbe una nuova incertezza, un nuovo incremento del numero dei ricorsi e, di conseguenza, la necessità di iniziare daccapo il percorso di armonizzazione.

Per quanto concerne il secondo punto, si potrebbe addirittura azzardare la conclusione secondo cui le critiche avanzate paiono animate più da una qual certa querimoniosa ostilità di principio, piuttosto che da un concreto pericolo di conculcazione della libera attività interpretativa dei giudici. Infatti, perfino durante l'epoca autoritaria di cui si diceva poc'anzi (in cui anche i discorsi inaugurali riflettevano un atteggiamento tendenzialmente prono alle linee dettate dal regime)<sup>21</sup>, non era affatto mancata la rivendicazione<sup>22</sup> di ampi spazi di autonomia interpretativa (da svolgere in collaborazione con i colleghi delle giurisdizioni che, con termine particolarmente infelice, si è soliti definire 'inferiori')<sup>23</sup> al fine di

---

<sup>21</sup> Una traccia può essere rinvenuta – tra le altre cose – nello stile (di una retorica fortemente evocativa, ma altrettanto fortemente in contrasto con la realtà storica dei fatti) dei discorsi. Un passo del discorso del 1934 (cfr., *supra*, nota 5) – nella cui parte finale, inoltre, si fa cenno al già menzionato problema del numero eccessivo dei ricorsi – ne è buon esempio: «Accertate le posizioni raggiunte è dello stile fascista il balzo verso conquiste vicine. Doveroso quindi dire alto e forte, in confronto dei nuovi compiti della Corte di Cassazione, che altro ordinamento processuale si impone. Si deve soprattutto diminuire la pletera attuale dei ricorsi, spesso semplici espedienti, non idonei che a prolungare il corso delle liti. [...] E mi piace constatare che primo ad invocare e sollecitare la semplificazione della procedura civile è stato l'ordine forense [...]. Prova questa non ultima della nuova mentalità corporativa, nella quale si riafferma una nobile tradizione della curia italiana» (pp. 11-12).

<sup>22</sup> Rivendicata quasi come contraltare a quel «lessico matematico e geometrico dell'art. 65 ("esatta osservanza", "uniforme interpretazione", "unità del diritto") [che] contrasta con tutto ciò che agevolmente riconosciamo nel diritto giurisprudenziale, la poliedricità, la pluralità e la ricchezza, connotazioni che derivano dall'essere la scienza giuridica una *soft science* e non una "scienza dura": G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 365.

<sup>23</sup> Si vedano, cronologicamente, i discorsi inaugurali del 1927 ('La giustizia nel nuovo Stato', procuratore generale Giovanni Appiani, p. 19 del testo dattiloscritto: «Si impone una riforma radicale, una innovazione sostanziale, che ponga il magistrato nella condizione migliore per esercitare: [...] quell'ufficio di coordinamento ed unificazione giurisprudenziale, il cui movimento non dovrebbe partire dall'alto verso il basso, come avviene oggi, ma dal basso verso l'alto, nel senso che il compito della Cassazione non deve essere quello di imporre ai giudici di merito la orientazione, e di correggerne o



poter prendere in considerazione molteplici fattori (quali – ad esempio – le peculiarità del caso concreto e i mutamenti sociali nel frattempo intercorsi), pur con tutti i possibili problemi che ciò avrebbe potuto causare al complessivo disegno accentratore e unitario<sup>24</sup>.

È interessante – e, perciò, merita di essere qui segnalato – un argomento ulteriormente addotto – tanto dalla dottrina<sup>25</sup>, quanto dalla giurisprudenza<sup>26</sup> – a

---

deviarne le tendenze e le indicazioni, sibben quello di raccogliarle per coordinarle e ridurle ad unità» e del 1934 (cfr., *supra*, nota 5, p. 5: «La nostra Corte di Cassazione [...] può considerarsi senz'altro il vertice di un ordinamento *cooperante, con gli organi giuridici minori*, all'altissimo fine di assicurare la retta amministrazione di giustizia», corsivo agg.). Nello stesso senso, parlando di «nomofilachia moderna [...] "orizzontale", "circolare" e "cettuale"», G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 368, nonché G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, cit., p. 954. Inoltre, va menzionato un passo, temporalmente antecedente, di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Vol. II, cit.*, p. 89: «Occorre invece ricordare, se si vuol tener presente il vero scopo della Cassazione e correttamente definirla, che essa non è stata istituita per interpretare il diritto obiettivo, ma per *unificare* quel lavoro di interpretazione giurisprudenziale che viene compiuto in collaborazione di tutti quanti gli organi giudiziari».

<sup>24</sup> Cfr. il discorso inaugurale del 1924 (cfr., *supra*, nota 2, p. 18: «Tutte [...] le questioni, che si ripresenteranno a la Corte saranno diligentemente studiate, riesaminate; e, soltanto se non fossero addotte *nuove ragioni convincenti*, già non esaminate, la Corte non avrebbe giusto motivo per mutare la propria giurisprudenza; perché la *uniformità* non è a confondere con la *immobilità*, indice di morte. La giurisprudenza delle sezioni unite, saldamente formata prima che la Corte divenisse *unica*, dimostra quanto sia infondata la preoccupazione della supposta influenza, che il potere esecutivo potrebbe esercitare su l'ordine giudiziario, quando il supremo organo di giurisdizione civile sia, come è ora, *unico e residente in Roma*», corsivo orig.). Infatti, il giudice «riesce a far penetrare nelle leggi morte l'aria vivificatrice delle esigenze sociali in perpetuo moto di evoluzione»: P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla facoltà di diritto dell'Università nazionale del Messico*, Padova, 1954, p. 62.

<sup>25</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. Vol. II, cit.*, pp. 81-82: «L'interpretazione autentica, dunque, non è più oggidi un mezzo normalmente preordinato al raggiungimento della uniformità della interpretazione giurisprudenziale: l'esperienza dei tempi andati ha, infatti, dimostrato che l'intervento dle potere legislativo a risolvere ad uno ad uno gli innumerevoli dubbi giuridici che si presentano giornalmente al giudice non solo costituirebbe la distruzione di ogni garanzia di imparzialità del giudice nel prevalere della "giustizia di gabinetto", ma equivarrebbe in pratica, data la lentezza con cui gli organi legislativi giungono alle loro deliberazioni, alla sospensione della funzione giurisdizionale».

<sup>26</sup> Cfr. discorso inaugurale del 1934, p. 15: «L'interpretazione autentica [...] spetta esclusivamente al potere legislativo. Così dispone lo Statuto del Regno. [...] Ma

favore del ruolo del giudice, e cioè l'impraticabilità di un diffuso ricorso al meccanismo della interpretazione autentica, se non altro per la intrinseca lentezza che contraddistingue il suo operare.

Orbene, qualora si abbia a riguardo il diverso contesto ordinamentale già richiamato, può ben apparire evidente come i timori di una limitazione dell'attività interpretativa siano destinati a perdere ogni fondamento (oltre che ogni credibilità – e, forse, perfino serietà). Infatti, in maniera molto condivisibile, l'accento è stato posto sul fatto che «il vincolo delle sezioni semplici ha contenuto meramente processuale e negativo, poiché l'obbligo non è quello di conformarsi nel contenuto, ma nell'*iter* processuale»<sup>27</sup>: le singole sezioni, dunque, non vengono assolutamente private dei loro compiti e ridotte a mere applicatrici di quanto deciso in un'altra sede (senza aver potuto minimamente influire, tra l'altro, sul contenuto di quella decisione), ma – anzi – sono chiamate ad essere parte attiva

---

l'interpretazione autentica praticamente non funziona, perché l'organo legislativo non è il più adatto allo speciale compito. Più che nelle discussioni parlamentari è nel palpito dei dibattiti giudiziari che si acuisce l'intuito dell'interprete e se ne affina la sensibilità; perciò l'organo più adatto al delicato ufficio sembra essere la Corte di Cassazione».

<sup>27</sup> R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, cit., p. 18 (e i riferimenti alla dottrina ivi cit.). Contro l'argomentazione basata su di un possibile contrasto della nuova disposizione e del vincolo che ne deriverebbe (vincolo inteso, tuttavia, in maniera assolutizzante, e, pertanto, non corretta) con il principio costituzionale di soggezione dei giudici solo alla legge, si veda R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, cit., c. 284: «Né mi pare che la nuova norma giustifichi un sospetto di violazione del precetto costituzionale di soggezione del giudice soltanto alla legge; precetto che non esclude la possibilità d'introdurre nella stessa legge dei vincoli di coerenza ai quali il giudice sia attenuto ad attenersi nel concreto esercizio della funzione giudicante [...], e che qui, del resto, non impone alla sezione semplice della Cassazione di decidere in un certo modo la questione ad essa sottoposta, ove non condivida il precedente espresso al riguardo dalle sezioni unite, bensì di rimettere la decisione alle medesime sezioni unite argomentando il proprio dissenso con tutta l'ampiezza che stimi utile al fine di favorire un eventuale *revirement*». Precedentemente, si veda anche S. EVANGELISTA, *La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione*, in *Foro it.*, 1999, V. c. 175, secondo cui l'art. 376, ultimo comma, «prevede che la rimessione [alle sezioni unite] avvenga con ordinanza, la quale, dunque, [...] dovrà essere congruamente motivata [...]. E non si invochi in contrario il principio costituzionale di soggezione del giudice soltanto alla legge, perché legge è anche l'art. 65 ord. giud., che attribuisce alla corte la funzione nomofilattica, onde non sembra che si possa riguardare come un'anomala soggezione a poteri esterni l'ipotizzata disciplina del rapporto fra sezione semplice e sezioni unite».

(e imprescindibile) di questo procedimento<sup>28</sup> mediante la richiesta – seriamente motivata – di revisione del precedente orientamento, affinché possano essere valorizzati quegli elementi, di vario genere, che impongono tale mutamento<sup>29</sup>.

#### 4. *La rilevanza delle Sezioni Unite di San Martino per il danno non patrimoniale.*

«Le attuali posizioni giurisprudenziali (a ancora più dottrinarie), caratterizzate da forti momenti di contrasto (e da non poca confusione) sugli aspetti morfologici e funzionali del danno non patrimoniale postula[no], dunque, un nuovo e non più rinviabile intervento delle sezioni unite di questa corte [...]»<sup>30</sup>.

Con queste parole – che solo ad una prima lettura possono apparire neutre e manifestazione di un sincero sentimento di attesa di quanto verrà deciso<sup>31</sup> – la

---

<sup>28</sup> «Si tratta di una scelta che opportunamente [...] chiude il cerchio, impedendo quegli sbalzi interpretativi che tanto inquietano gli operatori ma dando nel contempo la massima garanzia possibile di correttezza istituzionale verso il risultato della certezza interpretativa ed applicativa della legge. Il meccanismo presenta, tra l'altro, caratteri di duttilità, avendo il legislatore evitato di imporre un vincolo rigido, ma lasciando alla sezione semplice il giudizio di convenienza di una nuova decisione delle Sezioni unite, piuttosto che il mero adeguamento a precedente pronuncia», così B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 233.

<sup>29</sup> «Il problema, allora, non è di optare per un'uniformità imposta a *priori* o per una variabilità casuale ed incontrollata: il punto di equilibrio tra uniformità diacronica e variazione necessaria può essere trovato nell'idea di *variazione giustificata*. Ciò equivale a dire che l'uniformità dell'interpretazione di una norma dovrebbe essere mantenuta dalla Cassazione, finché non sorgano ragioni tali da giustificare l'adozione di un'interpretazione diversa», M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, cit., p. 96.

<sup>30</sup> Cass. (ord.), 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1447.

<sup>31</sup> La questione del danno esistenziale quale autonoma categoria di danno non patrimoniale, invero, era già data – ancorché implicitamente – per positivamente risolta dall'ordinanza (ma sarebbe meglio dire, dal suo relatore). Lo rileva C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno resp.*, 2009, p. 5: l'ordinanza aveva impresso ai quesiti «il tono delle interrogative retoriche, evidentemente oramai convinta che le magnifiche sorti e progressive del danno esistenziale non dessero scampo a soluzioni pacate e non disposte a subire il ricatto delle mode frivole». Si veda anche C. SGANGA, *Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, *ibidem*, p. 50: «I quesiti posti alle Sezioni Unite, con il loro atteggiarsi volutamente ambiguo, focalizzato sull'importanza della figura del danno esistenziale quale motore immobile della rivoluzione interna all'art. 2059 c.c., rischiavano infatti di indurre gli ermellini all'emanazione di una pronuncia "donabbandiana", e pertanto fondamentalmente inutile».

III sezione della Corte di Cassazione richiedeva al massimo consesso quasi un vero e proprio *imprimatur* nomofilattico alla ricostruzione – in termini autonomistici – del c.d. danno ‘esistenziale’<sup>32</sup>, che tanto successo stava riscuotendo tra i vari operatori del diritto: la pronuncia a sezioni unite avrebbe dovuto segnare il riconoscimento – e, dunque, un importante punto di arrivo nel cammino di consolidamento giurisprudenziale – del nuovo corso della responsabilità civile.

Il verdetto della Corte, tuttavia, ebbe un sapore molto amaro per tutti coloro che attendevano – trepidanti – di poter proclamare a gran voce il ruolo (egemonico) di quella «nuova categoria di danno del terzo millennio»<sup>33</sup>. In tale sede, si cercò di operare – compito non facile – una sistematica ricostruzione concettuale<sup>34</sup> del danno non patrimoniale, affrontando, inoltre, tanto la spinosa questione delle liti cc.dd. bagatellari<sup>35</sup> (che potrebbero essere pacificamente definite come

---

<sup>32</sup> Sulla nozione di danno c.d. ‘esistenziale’, si veda R. PETRUSO, voce *Danno esistenziale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX agg., Torino, 2014, p. 167 ss.; nonché la stessa (ma precedente) voce di M. BONA, *ivi*, II agg., t. 1, Torino, 2003, p. 654 ss.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. (ord.), 25 febbraio 2008, n. 4712, *cit.*, c. 1453. Interessante, in seguito alle pronunce gemelle del 2003, quanto rilevato da G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2004, p. 5: «a chi riteneva che il danno esistenziale non presentasse un contenuto distinto rispetto al danno non patrimoniale, si è contrapposta la voce di quanti, attraverso una sorta di vero e proprio “bombardamento” editoriale, non hanno voluto rinunciare, e tuttora non paiono aver rinunciato, a tale progetto [...]» (corsivo agg.).

<sup>34</sup> «Va tuttavia ribadito che il precedente in tanto rivela la sua utilità pratica in quanto il principio di diritto, che pure è legato alla concretezza del caso individuale, sia disancorato dalla specifica regola dettata per quest’ultimo e assurga a paradigma di fattispecie, rivelandosi efficacemente prescrittivo per la soluzione dei casi successivi in ragione dell’identità o dell’analogia dei fatti»: così G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 311.

<sup>35</sup> Gli esempi di «cause risarcitorie in cui il danno consequenziale è futile o irrilevante, ovvero, [...] secondo la coscienza sociale, insignificante o irrilevante» (tale è la definizione di liti bagatellari contenuta in Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 112) sono particolarmente numerosi. Tra questi, si vedano – quali esempi dei «disagi, fastidi, disappunti, ansie [...]» (*ibidem*) – Giud. pace Bari, 22 dicembre 2003, in *Danno resp.*, 2004, p. 880, con commenti di L. CAPUTI, *Liti bagatellari, dal paradosso al parossismo: il danno da disappunto per illegittima introduzione di volantini pubblicitari nelle cassette della posta*, e G. CATALANO, *Di cassette per la corrispondenza piene e danno «esistenziale» derivante*; Giud. pace Casoria, 13 luglio 2005, n. 2781, in *Danno resp.*, 2006, p. 54, con commento di G. PONZANELLI, *Le “pericolose” frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da black-out elettrico*; nonché Trib. Genova, 23 gennaio 2006, *ivi*, p. 759, con commento di P. ZIVIZ, *Adelante... ma con giudizio!*

triste – ma, in una qual certa misura, inevitabile – corollario dell'affermarsi di un danno esistenziale dai connotati terribilmente vaghi)<sup>36</sup>, quanto quella dei reciproci rapporti tra le varie voci di danno<sup>37</sup>.

Orbene, in questa sede, non si può procedere alla trattazione di quest'ultimo, importantissimo, aspetto (il quale, giustamente, merita un ulteriore momento di riflessione). Questa breve riflessione conclusiva, strettamente legata all'iniziale tematica della nomofilachia, vuole pertanto concentrarsi sul fatto che, nei periodi successivi alla famosa pronuncia, avendo già sperimentato la 'delusione' di una chiusura nei confronti di un autonomismo classificatorio che mirava – di fatto – ad aumentare ulteriormente il *quantum* del risarcimento, la III sezione ha preferito abbandonare la strada della nomofilachia e ricorrere «ad acrobazie dialettiche per sottrarsi al vincolo»<sup>38</sup>; e ciò si è verificato mediante un susseguirsi di sentenze che, formalmente, predicavano un ossequioso rispetto

---

(*Due sentenze genovesi sul nuovo danno non patrimoniale*). Infatti, «la stigmatizzazione di tale prassi, che chiama in causa specificamente i giudici di pace, evidenzia un pericolo già segnalato in dottrina [...]»: così F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 100.

<sup>36</sup> «Su questo versante un indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, che ha conseguito un notevole, ma probabilmente immeritato, successo ha escogitato la nuova categoria del danno esistenziale o al modo di vivere e, per dirla con i giuristi di lingua anglosassone, alla “*joy of life*”», ma, «per il suo carattere suggestivo, può aprire la strada ad una eccessiva, quanto preoccupante, dilatazione, dei danni risarcibili»: così R. SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, pp. 478-479.

<sup>37</sup> Aspetto che la lettura fornita dalle sentenze gemelle – lettura che le «Sezioni unite condividono e fanno proprio», ma che ritengono di dover «completa[re]» (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*, p. 106) – aveva, se possibile, ulteriormente complicato: «il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, in quanto ontologicamente diverso dal danno morale soggettivo contingente, può essere riconosciuto a favore dei congiunti unitamente a quest'ultimo» (Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2291).

<sup>38</sup> R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, *cit.*, p. 18. L'Autore, in sede di analisi della riforma del 2006, aveva già rilevato il possibile rischio del verificarsi di un tale atteggiamento. Si veda, altresì, G. PONZANELLI, *Nomofilachia tradita e tre voci di danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3449: «L'odierno estensore, che già aveva sollecitato nel febbraio del 2008 le sezioni unite in questa direzione, dopo cinque anni vuole ridimensionare le conclusioni allora raggiunte, magari senza passare necessariamente per un ulteriore esame delle sezioni unite, anche perché oggi è sicuramente in una posizione più agguerrita, visto che la sua “dottrina” sembra essere stata fatta propria da altri giudici della stessa sezione, nonché da altre sezioni».

nei confronti dell'illustre precedente, ma, nei fatti, lo disattendevano nella massima misura possibile.

Si è assistito, dunque, ad una nuova fase di 'bombardamento' giurisprudenziale che forse ha assunto più i caratteri della 'guerriglia': si è scelto non più un atteggiamento di (dichiarato) scontro frontale, ma quello che si concretizza in continui (ma quasi sommessi) pronunciamenti di segno opposto<sup>39</sup>, solo apparentemente addolciti da una iniziale professione di fede (perfino ortodossa!).

Certo, come un illustre studioso ha notato<sup>40</sup>, la pace (ma, forse, potrebbe parlarsi più correttamente di una tregua armata) sembra ora regnare all'interno della sezione – la quale ha accolto la linea del consigliere Travaglino –, ma il *modus operandi* adottato (e finalizzato alla sostituzione – surrettizia – di uno 'statuto' della responsabilità civile con un altro) non solo non dovrebbe riscontrare apprezzamenti per il patente *vulnus* che ha arrecato alla nomofilachia (procedimentale, ovviamente), ma – anzi – dovrebbe trovare fermamente contrari tutti coloro che ancora credono in quel rapporto di ampia e positiva cooperazione tra tutti i giudici<sup>41</sup> e nel corretto richiamo di adesione al precedente.

---

<sup>39</sup> *Ex plurimis*, si vedano Cass., 12 settembre 2011, n. 18641, in *Corr. giur.*, 2012, p. 53 ss.; Cass., 20 novembre 2012, n. 20292, *ivi*, 2013, p. 315 ss.; Cass., 22 agosto 2013, n. 19402, in *Danno resp.*, 2014, p. 27 ss.; Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585, *ibidem*, p. 55 ss.; Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, *ivi*, 2018, p. 463 ss.; Cass. (ord.), 27 marzo 2018, n. 7513, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2038 ss.; Cass., 31 maggio 2018, n. 13770, in *Danno resp.*, 2018, p. 453 ss.; Cass. (ord.), 12 giugno 2018, n. 15213, in [iusexplorer.it](http://iusexplorer.it); Cass. (ord.), 11 marzo 2020, n. 7024, in [iusexplorer.it](http://iusexplorer.it).

<sup>40</sup> G. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 836 ss.

<sup>41</sup> «Preme, piuttosto, denunciare il senso di vertigine scatenato da un pronunciamento che, nella sua prepotente autoreferenzialità, sostituisce alla compostezza nomofilattica l'anelito al tono più elevato della voce. Nel convincimento che chi la dura, la vince»: così R. PARDOLESI, *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1346.

# O DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO: COMO FUNCIONA A SUA REPARAÇÃO

*Lucas Girardello Faccio\**

SUMÁRIO: 1. Contextualização da reparação do dano moral no brasil. – 2. Análise dos critérios de quantificação do dano moral. – 3. A valoração equitativa do dano moral pelo juiz e as peculiaridades que devem ser analisadas caso a caso. – 4. O método bifásico aplicado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. – 5. Conclusão.

## *1. Contextualização da reparação do dano moral no brasil*

Há presente na doutrina a clara divisão da reparabilidade do dano moral em três teorias que, obviamente, influenciaram a questão no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira teoria acerca da reparação do dano moral é a negativista. Alegava-se que os bens morais seriam indisponíveis e por isso não indenizáveis. De fato, pode-se dizer que os bens morais são indisponíveis, mas isso não afasta a necessidade de se indenizar aqueles que têm esses bens lesados<sup>1</sup>.

À segunda teoria dá-se o nome de intermediária ou restrita, os autores que a pregavam defendiam que a lesão à moral só poderia ser reparada se fosse ocasionada indiretamente, ou seja, se fosse consequência de uma lesão material. Já

---

\* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e analista judiciário no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Email: [lucas.g.faccio@hotmail.com](mailto:lucas.g.faccio@hotmail.com).

<sup>1</sup> J. BARBOSA, *Dano moral: o problema do quantum debeatur nas indenizações por dano moral*, Curitiba, 2012, p. 198.

com a terceira teoria, defendida no Brasil por Clóvis Bevilacqua, por exemplo, o argumento de que seria impossível avaliar em valores exatos o dano moral não consiste num impedimento a sua reparação. A questão central seria utilizar critérios que permitissem uma proporcionalidade mínima entre a lesão e a indenização<sup>2</sup>.

Com relação ao tema no direito brasileiro, tem-se uma divisão temporal em dois momentos, antes e após o advento da Constituição Federal de 1988. No momento anterior à promulgação havia forte resistência jurisprudencial quanto à condenação pecuniária por danos morais. A questão problemática centrava-se no fato de se atribuir um valor monetário à lesão supostamente limitada ao âmbito extrapatrimonial. Atribuir um valor pecuniário à lesão de cunho moral era visto negativamente naquele contexto cultural, definia-se como algo inaceitável e imoral<sup>3</sup>. Entretanto, sustentar a inviabilidade de reparação do dano moral como se fazia naquele período, é, conseqüentemente, afirmar que o ser humano se relaciona somente por interesses materiais<sup>4</sup>.

A teoria negativista vigorou no Brasil no período anterior ao Código Civil de 1916 e foi enfraquecendo ao longo do século XX. É reconhecido pela doutrina como ponto crucial de rompimento entre a fase negativista e a da reparabilidade restrita (primeira e segunda teorias) o Acórdão do Recurso Extraordinário nº 59.940/SP julgado em 1966 pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do então Ministro Aliomar Baleeiro. Nesse julgado, fora reconhecido o direito à indenização por danos morais aos pais que perderam os filhos menores de idade em acidente cuja responsabilidade foi atribuída a uma empresa de ônibus<sup>5</sup>.

Isso não significa que até o referido julgamento não haviam decisões no sentido de conceder a indenização por dano moral, pelo contrário, até meados de 1965, a concessão do dano moral no Brasil estava fortemente limitada aos casos de dano moral indireto, ou seja, quando decorrente de lesões patrimoniais. Destaca-se que após a III Conferência Nacional de Desembargadores do Brasil, realizada em dezembro de 1965, passou-se a mudar, gradualmente, o entendimento da jurisprudência a fim de se reconhecer a reparação de uma lesão exclusivamente

---

<sup>2</sup> Ivi, pp. 199-200.

<sup>3</sup> S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 12. ed. rev. e ampl. São Paulo, 2015, pp. 81-83.

<sup>4</sup> E. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed., Buenos Aires, 1987, p. 307.

<sup>5</sup> W. BERNARDO, *Dano moral: critérios de fixação de valor*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 88-93.



moral, ou seja, dano moral direto<sup>6</sup>. A concretização dessa mudança, ou seja, a adoção inquestionável da teoria positivista só foi possível com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Até que essa concretização ocorresse, alcançar um valor à título de danos morais não era uma tarefa fácil. Diante da ausência de menção expressa no Código Civil de 1916, a fundamentação base dos pedidos centrava-se na interpretação dos seus artigos 76 e 159. O art. 76<sup>7</sup>, em especial, mencionava a necessidade de legítimo interesse econômico ou moral para propor ou contestar uma ação. A interpretação feita desse artigo era, porém, muito criticada, inclusive por aqueles que defendiam a reparação da lesão à moral, pois afirmava-se que o conteúdo desse dispositivo era voltado ao direito pré-processual e não material. Já o art. 159<sup>8</sup>, muito parecido com o que temos hoje no art. 186 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB)<sup>9</sup>, previa a necessidade de reparação dos danos sem especificar o tipo de dano, permitindo, assim, uma interpretação que abraçasse tanto as lesões patrimoniais e não patrimoniais<sup>10</sup>.

Em meio ao cenário de indefinição presente até a Constituição Federal de 1988, surgiram algumas leis esparsas que regulavam diretamente o tema do dano moral. Nesse ponto, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962) e a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) possuem especial importância, haja vista preverem expressamente a tarifação do *quantum* indenizatório. Por conta disso esses dispositivos serão abordados em tópico específico mais adiante.

---

<sup>6</sup> A.L. MARTINS DA SILVA, *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, 2005, p. 242.

<sup>7</sup> Art. 76: «Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família» (BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)).

<sup>8</sup> Art. 159: «Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código» (BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)).

<sup>9</sup> Art. 186: «Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito» (BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)).

<sup>10</sup> L. KINPARA, *Dano moral e a determinação do valor da indenização*, in R. STOCO (org.), *Doutrinas essenciais: dano moral*, São Paulo, jul. 2015, v. IV, p. 733.

De fato, o advento da atual Carta Magna implicou a concretização da teoria positivista de reparação do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Afasta-se a visão restritiva que ainda se manifestava em parte da doutrina e jurisprudência. É certo que a omissão legislativa quanto a possíveis critérios que devam balizar a mensuração do dano moral é, ainda, um grande problema a ser enfrentado. Todavia, isso não pode servir de fundamento para que se obstaculize a reparação de uma espécie de dano cuja legitimidade é assegurada constitucionalmente.

## 2. *Análise dos critérios de quantificação do dano moral*

Avaliar uma ofensa à moral é um dos principais problemas – se não o principal – envolvendo a reparação de danos no Direito brasileiro<sup>11</sup>. Um dos motivos que contribui para a dificuldade envolvendo a questão é o conteúdo do interesse jurídico tutelado<sup>12</sup>.

Ao lado da imaterialidade do conteúdo, essencial do objeto da reparação nos casos de dano moral, outro motivo que dificulta a quantificação, mas ao mesmo tempo também é consequência dessa imaterialidade, é a ausência de previsão legislativa de critérios mínimos.

---

<sup>11</sup> Sobre a reparação do dano moral, Bittar complementa que sobre o direito a reparação e a sua caracterização «Com efeito, sob o aspecto jurídico, a caracterização desse direito exige, de início, que haja interferência indevida de alguém na esfera valorativa de outrem, trazendo-lhe lesão aos direitos mencionados; vale dizer: deve existir relação de causalidade entre o dano experimentado e a ação alheia. Dessa forma, cumpre haver ação (comportamento positivo) ou omissão (negativo) de outrem que, plasmada no mundo fático vem a alcançar e ferir, de modo injusto, componente da esfera da moralidade do lesado. Há, em outros termos, um impulso físico ou psíquico de alguém no mundo exterior – ou de outra pessoa ou coisa relacionada, nos casos indicados na lei - que lesiona a personalidade da vítima, ou de pessoa ou coisa vinculada, obedecidos os pressupostos e os limites fixados no ordenamento jurídico. Em termos simples, o agente faz algo que lhe não era permitido, ou deixa de realizar aquilo a que se comprometera juridicamente atingindo a esfera alheia e causando-lhe prejuízo, seja por ações, gestos, insinuações, palavras, escritos ou por meio de outros de comunicação possíveis» (C.A. BITTAR, *Reparação civil por danos morais*, 4. ed., rev. aum. e mod. por Eduardo C.B. Bittar, São Paulo, 2015, p. 129).

<sup>12</sup> Acerca do interesse, Zannoni dispõe que: «[...] acontece, no entanto, que na noção de interesse está o núcleo da tutela legal jurídica, porque é através do reconhecimento de tal interesse humano que a pessoa legitima suas ações para a realização, ou seja, a satisfação dos bens juridicamente protegidos» [traudiziu-se] (E. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 2. ed., Buenos Aires, 1987, p. 289).

Visto isso, não há como um sistema jurídico reconhecer certo tipo de dano como indenizável sem fornecer os meios adequados para a sua identificação e valoração. Com base na ideia de que os bens jurídicos tutelados (pessoa e patrimônio) são muito amplos, diz-se que é função elementar da responsabilidade civil apontar quais situações são realmente merecedoras de reparação<sup>13</sup>.

Cientes da necessidade de uma solução concreta, a doutrina e a jurisprudência tentam preencher a omissão legislativa apresentando critérios e métodos. A seguir, analisa-se os dois modos mais utilizados para quantificar o dano moral no Brasil, a técnica do arbitramento, com os respectivos critérios sugeridos, e o método bifásico, recentemente desenvolvido.

### *3. A valoração equitativa do dano moral pelo juiz e as peculiaridades que devem ser analisadas caso a caso.*

O arbitramento, também conhecido como valoração equitativa, é a técnica de avaliação do dano moral mais conhecida no âmbito nacional. Equivoca-se aquele que acredita ser algo recente, em verdade, recente é a concretização da possibilidade de reparar esse tipo de dano, alcançada apenas com a promulgação da atual Constituição Federal. Essa técnica, limitando-se ao contexto brasileiro, remete ao Código Civil de 1916, que, não obstante deixar de prever expressamente a reparação da lesão à moral, em seu art. 1553 estabelecia o arbitramento como forma supletiva de liquidação de danos<sup>14</sup>.

Frisa-se que a expressão “arbítrio”, ou melhor, o arbitramento pelo juiz não significa que o magistrado pode, arbitrariamente, fixar um valor para a lesão. É inegável que cada magistrado, como ser humano, possui uma história de vida própria, com consequentes concepções e interpretações diferentes sobre diversos aspectos do cotidiano. Com base nisso, questiona-se se com essa técnica não se permitiria que a avaliação do dano fosse feita de forma puramente discricionária

---

<sup>13</sup> J. MARTINS-COSTA, *Dano moral à brasileira*, Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Lisboa, 2014, v. 3, n. 9, p. 2, disponível em: [https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ri\\_db/2014/09/2014\\_09\\_07073\\_07122.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ri_db/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf).

<sup>14</sup> Art. 1.553: «Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização» (BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)).

pelo julgador<sup>15</sup>, com fortes chances de se configurarem equívocos e desequilíbrios nos valores concedidos<sup>16</sup>.

Os defensores do arbitramento explicam que, na realidade, o magistrado deve fundamentar a sua decisão com certos critérios, e que estes sejam expressamente elencados na decisão. Além disso, o respeito a esses também é um dever «[...] sob pena de se tornar inviável o direito à ampla defesa e a própria garantia do contraditório em sede recursal»<sup>17</sup>.

Diante disso, aprofunda-se o tema do arbitramento com o estudo individual de uma série de critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência. No intuito de organizar o raciocínio, adota-se uma divisão dos critérios puramente doutrinária, separando-os em dois grupos, o primeiro com aspectos gerais e o segundo com fatores particulares.

Cumpre analisar, conjuntamente, os dois primeiros critérios gerais, as regras do piso flexível e do teto prudente, por conta da sua proximidade funcional. O piso flexível estabelece a busca de uma homogeneidade quanto ao conteúdo da reparação e o valor pecuniário. O valor fixado na sentença deve respeitar a função de compensação, de modo que, minimamente, atenua a sensação negativa do ofendido<sup>18</sup>. Já o teto prudente, cuida do outro lado da questão, isto é, que não seja concedido um valor extravagante à vítima. Destaca-se que não há uma proibição de que a vítima tenha uma melhora na sua condição financeira com a indenização, mas sim de que essa decorra de uma injustiça. Portanto, o juiz «[...] deve calcular uma quantia que não seja irrisória, a ponto de agravar ou expor ainda mais ao

---

<sup>15</sup> A. SANTOS, *Dano moral indenizável*, 5. ed., Salvador, 2015, p. 131.

<sup>16</sup> Nesse sentido é a crítica de Maria Celina Bodin de Moraes, ao dispor que: «A reparação do dano moral, expressamente garantida no texto constitucional, revelou-se como um dos mais importantes mecanismos de concreta proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. No entanto, este é também o campo em que a arbitrariedade judicial se mostra mais desenvolvida. O magistrado, na prática, recebe um cheque em branco, para decidir o que bem entender: ele personifica o dano bem como sua valoração e não se exige – nem se espera – que motive, do ponto de vista da racionalidade ou da quantificação, a sua decisão» (M.C. MORAES, *Conceito, função e quantificação do dano moral*, *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-24, nov./fev. 2019, disponível em: [www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc](http://www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc), p. 2).

<sup>17</sup> A. SCHREIBER, *Arbitramento do dano moral no novo Código Civil*, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 3-25, out./dez. 2002, p. 8.

<sup>18</sup> A. SANTOS, *Dano moral indenizável*, 5. ed., Salvador, 2015, p. 149.

ridículo a vítima, mas que represente uma compensação diante do que perdeu ou sofreu»<sup>19</sup>.

Outro aspecto geral a ser observado é a presença de prova clara, concreta e convincente, elemento crucial à concessão da indenização<sup>20</sup>. Na prática, o juiz está condicionado às provas, documentos e fatos relatados pelas partes no processo. É o conjunto probatório produzido pelo procurador do ofendido que deve ser suficiente para justificar a indenização. Nesse ponto surge um problema, pois, pela ausência de parâmetros legais, há situações em que o advogado não se preocupa em pesquisar como a doutrina ou a jurisprudência tratam da quantificação do dano moral, e, conseqüentemente, descobrir o que seria essencial compor o conjunto probatório, que, produzido de modo precário, torna ainda mais complicada a tarefa do julgador.

Do segundo grupo de critérios, destacam-se dois. O grau de culpa do ofensor, ou melhor, a sua mensuração, na visão de Martins-Costa «[...] essa gradação, antes de expressar um caráter punitivo, traduz aspecto do postulado normativo da proporcionalidade que perpassa numerosos institutos do Direito Civil»<sup>21</sup>. Em verdade, cabe ao intérprete observar se o ato praticado está ou não dentro dos comportamentos aceitos por determinada sociedade, se consiste em conduta dolosa, ou se o agente poderia ter evitado, mas não o fez.

Já o segundo critério consiste na condição econômica das partes. Observar a condição financeira do ofendido e do ofensor, é um critério que, visto ao lado dos demais e não isolado, possui relevância máxima na tarefa de quantificação do dano moral. Neste cenário, Américo Luís Martins da Silva propõe que a situação econômica do ofensor deve ser o primeiro elemento analisado pelo magistrado, sendo, então, seguido pelos outros, como a intensidade do dolo e gravidade da ofensa<sup>22</sup>. Frisa-se que a condição econômica do ofensor, ou dos seus responsáveis, possui mais importância que a do ofendido, haja vista que a viabilidade da compensação pecuniária da vítima está completamente subordinada a ela, numa clara relação de dependência.

Encontra-se na doutrina brasileira alguns autores contrários à utilização deste

---

<sup>19</sup> H.V. SANTANA, *A fixação da indenização por dano moral*, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 175, p. 21-40, jul./set. 2007, disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/13996>, p. 10.

<sup>20</sup> D.L. FRANÇA, *Dano moral – necessidade da prova do prejuízo para configuração da responsabilidade civil*, in R. STOCO (Org.), *Doutrinas essenciais*, cit., p. 1056.

<sup>21</sup> J. Martins-Costa, *Dano moral à brasileira*, cit.

<sup>22</sup> A.L. MARTINS DA SILVA, *O dano moral e a sua reparação civil*, cit., p. 386.

critério. Esses argumentam que a consideração da condição econômica das partes geraria uma injustiça socioeconômica, que o montante indenizatório seria diretamente proporcional à riqueza do ofensor, o que consiste num completo absurdo quando se analisa todos os critérios em conjunto.

Frisa-se que uma condenação pecuniária que desconsidere a capacidade econômica do ofensor pode ter o seu cumprimento dificultado ou até mesmo impossibilitado pela ausência de patrimônio. Ao lado disso, é incorreta a redução do valor da indenização pela situação de riqueza da vítima, ou o extremo oposto, pois, como referido, a indenização deve ser proporcional ao dano sofrido<sup>23</sup>. Por isso a importância de se observar os critérios em conjunto, para evitar aplicações indevidas dos critérios, com eventuais injustiças.

Posto isso, parte-se para o segundo método de reparação do dano moral utilizado no Brasil, o chamado método bifásico, originado na pesquisa do atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.

#### *4. O método bifásico aplicado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.*

O método bifásico, atualmente, é considerado o mais adequado para a quantificação do dano moral nos tribunais brasileiros, é formado pela justaposição de dois elementos que devem ser observados pelo julgador. Fala-se numa verdadeira divisão em duas fases.

Na primeira, o julgador analisa o interesse jurídico ofendido e, com base nos precedentes de casos semelhantes, estabelece um valor inicial. Quando o magistrado atribui o valor inicial à lesão respeitando os casos anteriores, segundo o autor, cumpre-se os preceitos de justiça comutativa do princípio da reparação integral<sup>24</sup>.

Compreendida como um dos principais fundamentos do princípio da reparação integral e da própria responsabilidade civil, a justiça comutativa sustenta a ideia de que, à primeira vista, situações parecidas não devem receber tratamento diverso. Acerca da necessidade de observar essa noção para se alcançar uma devida valoração do dano moral, Carlos Alberto Ghersi leciona que:

«Cada Juez, en cada caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social,

---

<sup>23</sup> P.T. SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*, São Paulo, 2010, p. 234.

<sup>24</sup> Ivi, p. 289.

de la víctima o damnificados, etc., condena a la reparación equitativamente (lo que no significa arbitrariamente, o en ausencia de normas jurídicas, o en base a sus puros sentimientos como erroneamente se cree), es decir, procurando que la condena realice la justicia conmutativa»<sup>25</sup>.

Desse primeiro passo decorrem duas consequências. Proporciona-se ao ofendido uma certa tranquilidade no sentido de que é dever do julgador apreciar as particularidades do caso concreto. Ao lado disso, a certeza de que o montante indenizatório será, a princípio, fixado em conformidade com o de outros casos semelhantes e já julgados. Esses pontos, na realidade, geram efeitos além dos limites do julgamento individualizado, pois permitem àqueles sujeitos que ainda não iniciaram o processo judicial analisarem as suas chances de êxito, o valor aproximado do dano moral, o que remete aos preceitos dos três últimos critérios gerais abordados anteriormente, com destaque aos ideais de segurança jurídica.

Já na segunda fase, tendo como ponto de partida o valor básico fixado na primeira, cabe ao juiz determinar o valor final com a devida consideração às circunstâncias particulares do caso, isto é, aqueles grupos de critérios vistos no último tópico como a extensão da lesão, condições econômicas das partes, condições pessoais do ofendido, entre outros<sup>26</sup>.

Ante o exposto, diz-se que há um arbitramento equitativo e que segue a noção de justiça comutativa do princípio da reparação integral, pois respeita os julgamentos de casos semelhantes e permite que haja a correta individualização na

---

<sup>25</sup> «[...] cada juiz, em cada caso concreto, levando em consideração as circunstâncias do ato, a conduta do agente, a situação existencial, individual e social, da vítima ou das vítimas etc., condena a reparação equitativamente (o que não significa arbitrariamente, ou na ausência de normas legais, ou com base em seus sentimentos puros como erroneamente acreditado), isto é, tentando fazer justiça à sentença comutativa» [traduziu-se] (C.A. GHERSI, *Quantificación económica, cit.*, p. 138).

<sup>26</sup> Sobre a importância do estudo dessas circunstâncias para uma quantificação justa do dano moral, complementa-se: «[...] assumir como centro da análise a consequência danosa, e não o fato ou evento culposos, significa dar maior relevo aos bens imateriais, distinguindo-os em diferentes 'aspectos' ou 'situações', o que permite, considerando ao máximo possível as singularidades das vítimas, ressarcir com maior justiça e mais adequadamente o que se sofreu (o que se perdeu) e contemplar as atividades que se terá que deixar de realizar. Assim, por exemplo, considera-se especial o dano ao ouvido de um mergulhador que adora nadar, mesmo que o faça amadoristicamente, ou a perda de um dedo da mão para quem se distrai a tocar piano» (M.C. MORAES, *Conceito, função e quantificação do dano moral, cit.*, p. 20).

medida das suas particularidades<sup>27</sup>. A equidade aqui abordada é a disciplinada por Aristóteles, como visto, também chamada de “justiça do caso concreto”. Salienta-se o entendimento de que a equidade, para as indenizações por danos materiais, possui apenas o efeito de limitar o valor final à extensão do dano ou de reduzir conforme a proporção da gravidade da culpa. Todavia, para as reparações por danos morais, a função é, essencialmente, garantir a justiça do quantum indenizatório<sup>28</sup>.

Assim, encerra-se esta breve exposição acerca do dano mora com um panorama geral do seu atual estado no direito Brasil. Identifica-se que pela ausência de unanimidade por parte dos operadores do direito acerca de qual método permite uma melhor quantificação deste dano, a temática está longe de esgotar suas discussões.

## 5. Conclusão.

A pesente pesquisa se propôs a um objetivo bastante claro: proporcionar uma contextualização da situação do dano moral no direito brasileiro. Estudar o dano moral e a sua valoração não é um trabalho fácil, pois consiste num tema constantemente presente nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Para isso, iniciou-se o trabalho com um breve panorama do desenvolvimento do tratamento dessa espécie de dano no Brasil, com destaque para o fato de que apenas em 1988, com a atual Constituição Federal, é que a sua reparação se tornou amplamente aceita e incontestável.

Feito isso, abordou-se os dois principais modos de quantificação do dano moral utilizados no Brasil, o arbitramento e o método bifásico. Sendo que o segundo, recentemente desenvolvido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incorpora alguns dos critérios e fatores a serem observados que o primeiro utiliza. Todavia, demonstrou-se que a despeito das evoluções apresentadas por ambos,

---

<sup>27</sup> Quanto à equidade para Aristóteles, tem-se que: «[...] na realidade, Aristóteles considerava a *Epieikeia* como um modo de corrigir equívocos da justiça legal, com a aplicação indevida da lei geral a casos concretos em que não se mostrasse adequada a sua incidência, permitindo ao juiz com a sua utilização, retificar a excessiva simplicidade da norma decorrente de sua generalidade. Ele a considerava ‘ainda melhor’ do que a sua concepção de justiça geral, que se dirigia ao legislador na elaboração de normas gerais» [grifos do autor] (P.T. SANSEVERINO, *Princípio da reparação integral*, cit., p. 85.).

<sup>28</sup> H.V. SANTANA, *A fixação da indenização por dano moral*, cit., p. 26.



não foram capazes de pacificar o tema, haja vista que a valoração do dano moral segue gerando discussões e inseguranças.

Com isso, espera-se alcançar ao leitor desta pesquisa uma compreensão, mesmo que inicial, acerca do tema no direito brasileiro, e um bom material para futuras discussões.



# LA LEGGE 40/2004 SULLA FECONDAZIONE ASSISTITA NEL DIALOGO TRA LE CORTI. PROBLEMI E PROSPETTIVE

Gilda Ferrando\*

SOMMARIO: 1. La legge n. 40. Principi ispiratori. – 2. Il congelamento di embrioni. – 3. Le diagnosi preimpianto. – 4. La fecondazione eterologa. – 5. Il problema dello statuto dell'embrione e divieto di sperimentazione sugli embrioni *in vitro*. – 6. Il divieto di accesso alle tecniche da parte di coppie dello stesso sesso. – 7. Lo stato dei figli nati da coppie dello stesso sesso. Il problema del riconoscimento dell'atto di nascita straniero e della formazione dell'atto di nascita secondo il diritto interno.

## 1. *La legge n. 40. Principi ispiratori.*

Pur in assenza di modifiche legislative, la legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita è profondamente cambiata in questi sedici anni che ci separano dalla sua approvazione grazie all'intervento dei giudici, della Corte costituzionale, della Corte europea di Strasburgo. Alcuni dei divieti e dei limiti più pesanti all'applicazione delle tecniche sono caduti. Restano tuttavia aperti numerosi problemi sia per quanto riguarda l'accesso alle tecniche (vietato alle coppie dello stesso sesso e alle donne sole), sia per quanto riguarda lo stato dei figli.

In contrasto con l'enunciata finalità di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1), la legge n. 40 prevedeva limiti severi alla procreazione assistita in relazione ai soggetti

---

\* Già Professoressa ordinaria di Diritto Privato nell'Università di Genova.

legittimati ad accedervi, alle tecniche ammissibili, alle condizioni che ne legittimano l'impiego.

La ragione che, nelle intenzioni del legislatore, giustificava tali limiti è indicata nell'articolo 1, avendo la legge lo scopo di assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Il concepito viene così posto sullo stesso piano delle altre persone, della donna, dell'uomo che intendono realizzare il loro progetto di procreazione. È in applicazione del principio di 'piena' ed 'eguale' tutela del concepito che vengono disposte, nel capo VI, «misure di tutela dell'embrione» che comprendono il divieto di sperimentazione su embrioni (art. 13) e «limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni» (art. 14).

La rilettura costituzionale della legge 40 intende realizzare un più giusto equilibrio tra tutela dell'embrione e tutela degli altri protagonisti delle PMA: il nato, i genitori, il medico. La Consulta ha eliminato alcuni dei divieti previsti dalla legge: il divieto di congelamento di embrioni, il divieto di fecondazione eterologa, il divieto di diagnosi preimpianto e di accesso alle tecniche da parte delle coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche. La Corte di Strasburgo ha affrontato in diverse occasioni questioni relative alle diagnosi preimpianto, alla fecondazione eterologa, alla gestazione per altri. Le sentenze della Corte costituzionale schiudono spazi di libertà ed autonomia e, nello stesso tempo, aprono rilevanti interrogativi, specie per quel che riguarda la condizione giuridica dei figli.

## 2. *Il congelamento di embrioni.*

I parametri costituzionali ai quali la Corte ha fatto riferimento sono il diritto alla salute (art. 32), i principi di eguaglianza e razionalità (art. 3), la tutela dei diritti inviolabili (art. 2). I principi di ragionevolezza e di tutela della salute della donna sono quelli su cui si fonda la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 14 laddove prevedeva che non si dovessero «creare un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico impianto, comunque non superiore a tre» (comma 2) e che tutti gli embrioni ottenuti dovessero essere immediatamente reimpiantati, senza che ne fosse consentita, se non in casi di eccezione, la crioconservazione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1123, con mio commento, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, ivi, 2009, II, p. 521. Al riguardo, v. U. SALANITRO, *Principi e regole*,

Il percorso terapeutico prescritto dalla legge (divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre, obbligo di impiantarli tutti in un unico e contemporaneo impianto) è apparso in contrasto con l'art. 3, «riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili», in quanto non prende in considerazione «le condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita», inevitabilmente diverse da caso a caso a seconda dell'età e dello stato di salute. In secondo luogo, ne è stato ravvisato il contrasto l'art. 32 Cost. Il diritto alla salute della donna, il suo diritto ad una cura secondo le 'migliori regole dell'arte' disponibili non appare adeguatamente tutelato da regole che non consentono al medico di adottare le terapie appropriate alla situazione specifica di ciascuna donna<sup>2</sup>.

### 3. *Le diagnosi preimpianto.*

La tutela della salute ed il principio di eguaglianza/razionalità sono la chiave di volta anche della sentenza sulle diagnosi preimpianto. Già la Corte Europea<sup>3</sup> aveva ritenuto il divieto previsto dalla legge italiana irragionevole, esorbitante rispetto al margine di discrezionalità riservato agli Stati dall'art. 8 CEDU. Da un lato, infatti, la legge italiana (l. n. 194/1978) consente l'interruzione della gravidanza quando, a seguito di diagnosi prenatali, 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, dall'altro, invece,

---

*contrastati e silenzi: gli equilibri legislativi e gli interventi giudiziari in tema di procreazione assistita*, in Fam. pers. succ., 2010, 85.

<sup>2</sup> Il limite fissato dal legislatore «finisce [...] per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto»: Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, *cit.*

<sup>3</sup> Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 66, con nota di C. PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce sul panorama italiano e mio commento*, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, *ivi*, 2013, II, p. 20.

non consente le diagnosi preimpianto, grazie alle quali – in modo assai meno invasivo – è possibile individuare gli embrioni non portatori della malattia genetica evitando l’impianto di quelli ammalati. La Corte costituzionale si allinea a questo ragionamento nel dichiarare l’illegittimità costituzionale degli art. 1, commi 1 e 2 e dell’art. 4, comma 1 della l. n. 40 «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...], accertate da apposite strutture pubbliche»<sup>4</sup>.

#### 4. *La fecondazione eterologa.*

Diversamente dalle precedenti, la sentenza n. 162/2014<sup>5</sup>, che dichiara illegittimo il c.d. divieto di fecondazione eterologa, mette in campo non solo il diritto alla salute<sup>6</sup>, ma anche il principio di autodeterminazione<sup>7</sup>. Va peraltro segnalato

---

<sup>4</sup> Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 930, e G. FERRANDO, *Come d’autunno sugli alberi le foglie. La legge 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, ivi, II, p. 582. Conforme Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229 che dichiara «l’illegittimità costituzionale dell’art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 [...], nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l’impianto nell’utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche».

<sup>5</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 802, con commento di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, ivi, 2014, II, p. 392. Per una critica, v. C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss. In precedenza, v. Corte cost., ord., 22 maggio 2012, n. 150, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 858, con nota di C. MURGO, e commento di U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, ivi, II, p. 636.

<sup>6</sup> Quanto al concetto di salute, la motivazione ne offre una versione ampia, non solo come diritto del singolo, ma anche come diritto della coppia, che comprende anche l’infertilità. Rinvio a G. FERRANDO, *La donazione di gameti in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona, Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2011, p. 15 ss.

<sup>7</sup> La Corte non è nuova ai ragionamenti in termini di autodeterminazione, si pensi

che l'autodeterminazione non è vista soltanto in relazione alle scelte inerenti alla salute ma, ancor prima, in relazione alle scelte inerenti alla procreazione, intese come aspetto fondamentale del rispetto della vita familiare. La scelta «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare». Nel considerare l'autodeterminazione come aspetto fondamentale dei diritti della persona la Consulta si trova in sintonia con la Corte Europea, la quale da tempo include il diritto ad avere figli (anche con tecniche di PMA) nell'ambito di protezione che l'art. 8 CEDU assicura al rispetto della vita privata e familiare<sup>8</sup>.

I diritti degli aspiranti genitori – autodeterminazione e salute – si confrontano con quelli del figlio. «Quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo» è, nel giudizio della Corte, «l'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali». Osserva la Corte che «la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita». Proprio in quanto mira a rendere possibile una nascita che altrimenti non ci sarebbe stata, essa pone problematiche di bilanciamento con interessi che riguardano il nato (sempre che ad una nascita effettivamente si giunga) e pone, dunque, «problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita». Tutte queste questioni – il diritto ad uno status certo, il diritto all'identità genetica, a conoscere il genitore biologico, il rischio psicologico del figlio nato grazie all'apporto di un donatore o di una donatrice di vedersi attribuire una 'genitorialità non naturale' – secondo la Corte possono essere affrontate e risolte alla luce delle regole presenti nel nostro ordinamento.

### *5. Il problema dello statuto dell'embrione e divieto di sperimentazione sugli embrioni in vitro.*

Le pronunce della Corte rimuovono alcuni tra i limiti più rilevanti all'applicazione delle tecniche, ma lasciano aperti numerosi problemi. La possibilità di conservare embrioni congelati sollecita una riflessione sul loro 'statuto'. L'embrione,

---

soltanto alle sentenze in tema di consenso ai trattamenti medici. Esempio, nella sua essenzialità, la n. 428 del 2008, dove il consenso del paziente viene inteso come sintesi di due diritti distinti: l'autodeterminazione (art. 2, 13 Cost.) e la salute (art. 32 Cost.).

<sup>8</sup> Cfr. Corte EDU, G.C., *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1238, con nota di F. BRUNETTA D'USSEAUX; Corte EDU, G.C., *Dickson c. UK*, 4 dicembre 2007; Corte EDU, G.C., *S. H. and Others c. Austria*, G.C., 3 novembre 2011; Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015.

osserva la Corte<sup>9</sup>, «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile, grado di soggettività correlato alla genesi della vita non è certamente riducibile a mero materiale biologico»<sup>10</sup>. La sua tutela, tuttavia, non è «assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»<sup>11</sup>, quel giusto equilibrio fra diritti della donna «che è già persona» e diritti del concepito «che persona non è ancora» di cui la Corte si era fatta interprete in anni lontani<sup>12</sup>, e che verrà poi ripreso dalla legge n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza. Al di là di questo, è problematico individuare in positivo anche solo il momento a partire dal quale può parlarsi di 'embrione', riguardato come entità con una propria individualità distinta<sup>13</sup>; così come è difficile definire quali sono i 'diritti' dei genitori nei loro confronti, diritti non di natura proprietaria, riconducibili piuttosto all'area dei diritti della personalità, ma di incerta qualificazione<sup>14</sup>. In questa situazione di incertezza, il divieto di utilizzare gli embrioni 'abbandonati' a fini di ricerca scientifica non è apparso alla Corte censurabile<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96; Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229.

<sup>10</sup> Dell'esigenza di tutelarne la dignità si era fatta interprete anche la Corte di Giustizia (*Brüstle v. Greenpeace*, 18 ottobre 2011), non senza avvertire, tuttavia, la problematicità di una nozione, quella di embrione umano, sulla quale anche la scienza non offre risposte univoche (Grande sezione, *International Stem Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, 18 dicembre 2014).

<sup>11</sup> Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, *cit.*

<sup>12</sup> Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, c. 515.

<sup>13</sup> La legge svizzera e quella tedesca intendono per embrione solo l'ovocita fecondato nella fase successiva alla singamia, non, invece, l'ootide, vale a dire lo zigote nella fase in cui sono ancora presenti due pronuclei distinti. Al riguardo, v. E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, p. 73 ss..

<sup>14</sup> Al riguardo si segnalano le riflessioni di P. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti: l'art. 1 cod. civ., e la vita prenatale*, ora in P. ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009, p. 163 ss.; Id., *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 437; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, specie p. 163 ss.

<sup>15</sup> Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 commi 1, 3 della legge n. 40: «Unicamente al legislatore, infatti, compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla



## *6. Il divieto di accesso alle tecniche da parte di coppie dello stesso sesso.*

La legge n. 40 non consente l'accesso alla PMA alle coppie dello stesso sesso (artt. 5 e 12, c. 2, l. n. 40) con un divieto che la Corte costituzionale ha ritenuto non esulare il margine di discrezionalità riservato al legislatore nel disciplinare la materia, anche se quest'ultima resta «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»<sup>16</sup>. Il principio di autodeterminazione nelle scelte relative alla procreazione (art. 2 Cost.) che è stato la chiave di volta della dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa (Corte cost. n. 162/2014, v. par. 4) resta questa volta in ombra, essendo prevalente, nella valutazione della Corte, il rispetto degli equilibri valoriali stabiliti dalla legge n. 40.

Il desiderio di coronare con un figlio la propria esperienza di vita e di coppia indirizza dunque all'estero alcune di loro, il che pone interrogativi complessi per quanto riguarda lo stato giuridico dei figli nati dall'applicazione di tecniche in Italia vietate.

## *7. Lo stato dei figli nati da coppie dello stesso sesso. Il problema del riconoscimento dell'atto di nascita straniero e della formazione dell'atto di nascita secondo il diritto interno.*

Vietato in Italia, non è viceversa sanzionato il ricorso da parte delle coppie dello stesso sesso alla PMA all'estero<sup>17</sup>. Quando le coppie dello stesso sesso ricorrono alla fecondazione eterologa (se donne) o alla gestazione per altri (se uomini) in Paesi che ammettono la doppia genitorialità, si pone il problema di dare veste

---

selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui».

<sup>16</sup> Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221 (e v. anche Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237).

<sup>17</sup> Esclude che sia penalmente perseguibile la GPA realizzata all'estero (nella specie da parte di una coppia di sesso diverso) e che possa configurarsi il reato di alterazione di *status* nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero Cass., 5 aprile 2016, n. 13525.

giuridica alla relazione parentale tra il figlio e il genitore sociale. La richiesta di formalizzazione del rapporto di filiazione da parte del compagno o della compagna del genitore mira ad ottenere le garanzie giuridiche che lo mettano al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico, o di rottura della vita comune) e dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie). Intende garantire i diritti patrimoniali (mantenimento, diritti successori) e la stabilità degli affetti.

Il riconoscimento in Italia di uno stato di filiazione nei confronti di due madri o di due padri è tuttavia problematico. La giurisprudenza dà a questi problemi risposte articolate e non sempre convincenti. Da un lato, infatti, si è generalmente propensi a ritenere ammissibile l'adozione in casi particolari da parte del c.d. genitore sociale. In tal modo, tuttavia, il bambino consegue uno stato meno pieno di quello di filiazione vero e proprio ed in tempi non certi ed immediati<sup>18</sup>.

Dall'altro, il riconoscimento dell'atto di nascita straniero viene ammesso nel caso di doppia maternità, ma non in quello di doppia paternità, con una distinzione che risponde a logiche diverse rispetto a quella del preminente interesse del bambino.

Il riconoscimento in Italia di atti di nascita formati all'estero, che contengono, secondo la legge straniera, l'indicazione della doppia maternità o della doppia

---

<sup>18</sup> L'adozione in casi particolari (art. 44, lett. d), l. n. 184/1983) da parte del genitore non biologico viene generalmente ammessa dalla giurisprudenza (a partire da Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2368 ss., con nota di G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con note di P. MOROZZO DELLA ROCCA e L. ATTADEMO; in *Fam. dir.*, 2016, p. 1025, con nota di P. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con commento di G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione 12962/2016*, al quale mi permetto di rinviare. Un orientamento che trova riscontro anche nelle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. dir.*, 2019, p. 753, con note di G. FERRANDO e M. DOGLIOTTI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 740, con commento di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità* (p. 737 ss.); in *Famiglia*, 2019, p. 369, con nota di M. BIANCA) e della Corte costituzionale (Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con mia nota, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento, interesse del minore*). Al riguardo, v. anche Corte EDU, G.C. *avis consultatif* 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 757, con nota di A.G. GRASSO; in [articolo29.it](http://articolo29.it), con nota di A. SCHUSTER. E v. anche il mio commento, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 815.

paternità, richiede la verifica della sua non contrarietà all'ordine pubblico (art. 65, L. n. 218/1995, art. 18, d.P.R. n. 396/2000) da parte dell'ufficiale di stato civile o, altrimenti, da parte del giudice, su ricorso contro il provvedimento amministrativo di rifiuto.

Nel caso di doppia maternità la Corte di cassazione ha ammesso il riconoscimento dell'atto di nascita straniero anche a favore della seconda madre sia nell'ipotesi in cui il bambino sia nato in seguito a fecondazione c.d. 'incrociata' (in cui una delle due donne porta avanti la gravidanza realizzata con l'ovocita della compagna fecondato con seme di donatore anonimo), sia in quello in cui la seconda madre non aveva alcun legame biologico con il nato.

Secondo la Corte di Cassazione, il riconoscimento dell'atto di nascita opera nei confronti della compagna della madre<sup>19</sup>. A mio parere, questa tesi merita di essere condivisa per diversi ordini di ragioni che provo qui sinteticamente a riassumere<sup>20</sup>. Il principio di ordine pubblico da tenere presente nel caso di specie

---

<sup>19</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, con nota di G. CASABURI; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con mia nota, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status familiari*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, p. 372, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità dell'atto di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex (ibidem, p. 362)*; in [articolo29.it](#), con nota di A. SCHILLACI. La sentenza di cassazione conferma App. Torino, 29 ottobre 2014 (*Fam. dir.*, 2015, p. 822) con nota di M. FARINA. Nello stesso senso, in un caso in cui la co-madre non aveva legami biologici col nato, v. Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in [articolo29.it](#), con commento di S. STEFANELLI. In dottrina v. U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G. DI ROSA (a cura di), *Della famiglia*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. GABRIELLI, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. III, *Leggi complementari*, specie p. 1744 ss.; G. PALMERI, *Le unioni civili. I rapporti con i figli*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, *Legami di coppia e modelli familiari*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, diretto da P. Zatti, vol. I, Milano, 2019, p. 85 ss., specie p. 97 ss.; M.C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di p.m.a. e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e coppie, unite civilmente*, in *GenJus*, rivista online 2018, I, p. 85 ss.; M. GATTUSO, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017, p. 266. In senso contrario, R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, pp. 953 ss. e 997 ss. *Con molte cautele*, v. anche C. CAMPIGLIO, *La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 924 ss.

<sup>20</sup> Per una più ampia argomentazione, rinvio a G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181; G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico, interesse del minore*, ivi, 2017, p. 166 ss.

è quello del preminente interesse del minore e di tutela dei diritti fondamentali della persona. Si tratta di principio fondamentale secondo le norme costituzionali interne (artt. 2, 30 Cost.), europee (art. 24 Carta di Nizza), internazionali (Convenzione di New York, art. 3), al quale si ispira anche la nostra legislazione ordinaria. L'interesse del minore è ormai, nella giurisprudenza ordinaria<sup>21</sup> e costituzionale<sup>22</sup>, criterio guida non solo per affrontare le questioni inerenti alla relazione tra genitori e figli, o alla separazione della coppia, ma lo è anche per quanto riguarda quelle relative all'accertamento di stato ed alle relative azioni<sup>23</sup>. Nel caso di specie questo principio si declina nel diritto all'identità ed alla continuità dello status che richiede di garantire al nato la certezza della sua condizione personale e familiare (lo *status*) e la possibilità di farla valere non solo nel luogo di nascita, ma anche nello Stato di cui è cittadino e ovunque egli si trovi. Se si guarda al principio fondamentale di ordine pubblico applicato al caso di specie, non si può non concordare con la S.C.<sup>24</sup> sul carattere primario dell'interesse del minore, inteso come diritto «a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali» (art. 8, par. 1, della Convenzione di New York). È questo il principio fondamentale di riferimento, riguardo al quale effettuare il bilanciamento con altri principi ritenuti anch'essi meritevoli di tutela. Nessuno dei principi invocati in senso contrario supera tale confronto.

È intanto evidente che il legame biologico con il genitore non costituisce nell'attuale sistema della filiazione elemento necessario ai fini della costituzione dello stato. La filiazione non scaturisce solo dalla generazione (artt. 231 ss. c.c.) – il legame genetico, 'di sangue' –, si fonda anche sull'accoglienza – con l'adozione (l. n. 184/1983) –, sulla scelta, sull'intenzione di essere genitori – con la

---

<sup>21</sup> Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 857, con commento di F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, ivi, 851 ss.

<sup>22</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO.

<sup>23</sup> Corte cost., 20 luglio 1990, n. 341, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2485, con nota di B. SASSANI; Corte cost., 27 novembre 1991, n. 429, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 385, con nota di M. D'AMICO; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *cit.* Al riguardo, sono ancora attuali i rilievi svolti in anni lontani: mi permetto di rinviare a G. FERRANDO, *Interesse del minore e status del figlio*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1110 ss.

<sup>24</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*

procreazione medicalmente assistita (artt. 8, 9, l. n. 40/2004)<sup>25</sup> – . La sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014<sup>26</sup> ha reso disponibili anche le tecniche c.d. eterologhe, che si avvalgono di gameti provenienti da donatori. Anche prima della pronuncia, tuttavia, quando l'eterologa era vietata, lo stato del figlio nei confronti del marito o compagno consenziente era giuridicamente stabilito, pur in assenza di discendenza genetica, sulla base dell'intenzione, della responsabilità.

Neppure l'identità di sesso dei genitori può costituire ragione di discriminazione dei figli, dato che tale circostanza non rappresenta indice di inidoneità educativa<sup>27</sup>. Il fatto di essere figlio di una coppia dello stesso sesso non può giustificare un trattamento discriminatorio rispetto ai bambini che hanno una mamma e un papà.

Nel caso di bambino nato da una coppia di uomini in seguito a gravidanza per altri all'estero, la giurisprudenza di merito ha ammesso il riconoscimento dell'atto di nascita anche nei confronti del compagno del padre biologico<sup>28</sup>. Le Sezioni

---

<sup>25</sup> Lo sottolinea P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, Milano, 2011, p. 3 ss. Per una complessiva ricognizione dell'attuale sistema, v. M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 20. Con particolare riferimento alle coppie omoaffettive, v. G. CASABURI, *“Grande è la confusione sotto il cielo”: genitorialità affettiva, biologica, genetica, sociale; incertezze o fluidità della giurisprudenza*, *Foro it.*, 2017, I, c. 167.

<sup>26</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062, con mia nota, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa.

<sup>27</sup> Lo ha messo in chiaro la Corte di cassazione quando ha affermato che l'omosessualità della madre, la sua convivenza con un'altra donna, non la rende inidonea a prendersi cura dei figli nati dal precedente matrimonio. In senso contrario non ci sono «certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale» ed in forza del quale «si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino». Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, p. 1036, con nota di M. WINKLER; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 432, con nota di C. MURGO. A sua volta la Corte Europea dei diritti umani aveva chiarito che quella fondata sull'orientamento sessuale è «una distinzione che la Convenzione non tollera», sulla cui base non è ammissibile negare al padre, che convive con una persona dello stesso sesso, il diritto di visita e l'affidamento della figlia avuta da una precedente relazione coniugale eterosessuale: Corte EDU, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 marzo 2000, ricorso n. 33290/96.

<sup>28</sup> App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, p. 162 ss., con note di G. FERRANDO e di C. TUO. E v. anche Trib. Napoli, 6 dicembre 2016, in [articolo29.it](#). Per un caso particolare, v. App. Milano, 28 dicembre 2016, in [articolo29.it](#).

unite hanno censurato questa decisione e respinto la domanda di riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso a maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, in quanto in contrasto con il divieto della surrogazione di maternità (art. 12, c. 6, L. n. 40/2004), che viene considerato principio di ordine pubblico<sup>29</sup>.

A me non pare decisivo il fatto che la nascita sia avvenuta grazie a tecniche vietate dall'ordinamento interno<sup>30</sup>. E neppure il fatto che alla GPA, si attribuisca un «elevato grado di disvalore» essendo «vietata da apposita disposizione penale»<sup>31</sup>. Si deve infatti tenere presente che, in materia di status, il legislatore ha definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria: se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento, allora non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori. Il fatto che la nascita sia dovuta ad una condotta degli adulti che l'ordinamento riprova, anche con il ricorso a san-

---

<sup>29</sup> Cass. S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit.*: «Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983».

<sup>30</sup> La Corte di Cassazione (Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Fam. dir.*, 2020, con note di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale* e di G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*) ha di recente sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, degli artt. 18, d.P.R. n. 396/2000, 64, comma 1, lett. g), L. n. 218/1995, nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero contenente l'indicazione della doppia paternità.

<sup>31</sup> La maternità surrogata è stata stigmatizzata da Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *cit.*, in quanto «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

zioni penali (l'adulterio, lo stupro, l'incesto<sup>32</sup>), non impedisce (o non impedisce più) di costituire legalmente lo stato di figlio<sup>33</sup>. Neppure impedisce l'esercizio della responsabilità genitoriale, a meno che non sia dimostrato in concreto il pregiudizio per il bambino<sup>34</sup>.

Il fatto che i genitori abbiano fatto ricorso all'estero ad una tecnica di PMA che in Italia non è loro consentita non dovrebbe avere preminente considerazione rispetto al diritto del figlio alla certezza e riconoscibilità sociale delle relazioni con quelli che effettivamente sono i suoi genitori perché ne hanno voluto la nascita nell'ambito di un comune progetto di vita e ne sostengono la crescita in una relazione di amore e di responsabilità. E questo a prescindere dal grado di 'disvalore sociale' che alla pratica venga attribuito<sup>35</sup>.

Un problema ulteriore si pone nel caso in cui il bambino nasca non all'estero, ma in Italia, come sovente accade nel caso di coppie composte da due donne. In tal caso, ci si chiede se sia ammissibile la formazione in Italia dell'atto di nascita che non si limiti a riportare la maternità della partoriente (artt. 239, 240, 269 c.c.; artt. 29, 30, ord. stato civile), ma che indichi anche la seconda mamma.

---

<sup>32</sup> La riforma del 1975 ha ammesso la riconoscibilità dei c.d. 'figli adulterini' (art. 250 c.c.). La condanna per stupro anche nel codice civile del 1942 costituiva uno dei casi in cui era ammessa l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità. Il riconoscimento del figlio incestuoso è ora ammesso (art. 251 c.c. e v. già Corte cost. n. 494/2002), salvo che il giudice non rilevi la sua contrarietà all'interesse del figlio.

<sup>33</sup> Il principio è stato ribadito, a proposito del figlio nato da fecondazione *post mortem*, da Cass., 15 marzo 2019, n. 13000.

<sup>34</sup> La Corte costituzionale (Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31; Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7) ha rifiutato ogni logica sanzionatoria quando ha escluso che la condanna per il reato di alterazione di stato giustifichi, come sanzione accessoria, l'automatica decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla.

<sup>35</sup> La Corte EDU, anche nel recente *avis consultatif* (Cedu, G.C. *avis consultatif*, 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001) ha considerato il diritto del minore all'identità come aspetto essenziale del suo diritto al rispetto alla vita privata riguardo al quale sono limitati i margini di discrezionalità da riconoscersi ai singoli Stati, cosicché ne deriva l'obbligo per gli stati di garantire forme di riconoscimento delle relazioni stabilite all'estero tra il bambino e la madre intenzionale. Più ampi margini vanno riconosciuti agli Stati quanto ai 'modi' del riconoscimento (eventualmente anche con lo strumento dell'adozione, sempre che produca effetti analoghi alla registrazione dell'atto di nascita), a condizione che la procedura prevista dalla legge sia in grado di garantire una tutela 'pronta ed effettiva' del preminente interesse del bambino.

Sono sempre più numerosi i Comuni che – sulla base di una interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, degli artt. 6, 8, 9, della l. n. 40/2004 – accolgono domande di formazione dell'atto di nascita di un bambino con l'indicazione della doppia maternità. Altri Comuni, invece, sulla base di una lettura tradizionale, seguono l'indirizzo contrario e sono i giudici, in sede di reclamo contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile, a pronunciarsi, e talvolta ad accogliere la domanda di formazione dell'atto di nascita a favore delle due mamme<sup>36</sup>.

La questione se, secondo la legge italiana<sup>37</sup>, sia ammissibile la formazione di un atto di nascita di questo tipo, non può essere risolta applicando le norme del codice civile. Come in anni lontani ebbe a rilevare la Corte costituzionale<sup>38</sup>, le norme del codice civile che disciplinano lo stato di figlio e la sua impugnazione presuppongono che la generazione sia il frutto di un rapporto sessuale tra un uomo e una donna, di modo che esse non trovano applicazione quando il concepimento avvenga grazie a tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Il reclamo proposto contro tale rifiuto è stato in qualche occasione accolto dai tribunali: Trib. Bologna, decr., 6 luglio 2018; Trib. Pistoia, decr. 5 luglio 2018; Trib. Genova 16 novembre 2018, tutte in [articolo 29.it](#). In motivazione v. anche App. Napoli, sez. min., 15 giugno 2018, [in articolo 29.it.](#), con nota di M. GATTUSO.

<sup>37</sup> Il caso pisano (Trib. Pisa 15 marzo 2018, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1569, con nota di A.G. GRASSO (ove ampi riferimenti dottrinali) e in [articolo29.it](#), con nota di A. SCHILLACI, che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, respinta dalla Consulta (15 novembre 2019, n. 237), riguardava invece un bambino di nazionalità straniera, cosicché si rendeva applicabile (*ex art. 33, l. n. 218/1995*) la legge del Wisconsin che ammette la doppia maternità.

<sup>38</sup> Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 51, con nota di E. PALMERINI; in *Giur. it.* 1999, p. 461, con note di L. BALESTRA e di F. UCCELLA.

<sup>39</sup> Seguendo questo indirizzo, la Corte di Cassazione risolse il problema del disconoscimento del figlio nato da fecondazione eterologa cui il marito aveva dato il proprio consenso non in base all'art. 235 c.c. allora vigente, ma alla luce dei principi generali dell'ordinamento, quello per cui *nemo contra factum proprium venire potest* ed il principio di responsabilità per la procreazione, alla luce del quale chi, prestando il proprio consenso, ha dato causa al concepimento e alla nascita del figlio, non può sottrarsi alle conseguenze della propria azione, alla responsabilità che ne deriva: Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, *cit.* Il legislatore, quando nel 2004 ha disciplinato la procreazione medicalmente assistita, ha tenuto conto di questo insegnamento, costruendo sui principi enunciati dalle Corti la disciplina dello stato del figlio nato da PMA.



Nel nostro caso, la risposta affermativa al quesito viene data dalla giurisprudenza di merito<sup>40</sup> sulla base dei principi generali in precedenza ricordati (preminente interesse del minore, declinato come diritto ad uno status certo fin dalla nascita nei confronti delle persone che effettivamente ne sono i genitori; rifiuto della logica sanzionatoria che fa ricadere sui figli le conseguenze delle condotte degli adulti; principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale dei genitori) e delle regole della legge 40 (il consenso come fondamento dello status di figlio nelle PMA [artt. 8, 9] anche in assenza dei requisiti prescritti dall'art. 5).

In due recenti sentenze la Corte di Cassazione<sup>41</sup> ha tuttavia negato tale possibilità con due argomenti: il primo, si appunta sul divieto per le coppie dello stesso sesso di accedere alla PMA, il secondo fa leva sul paradigma eterosessuale della filiazione emergente dalle disposizioni del codice civile e dell'ordinamento di stato civile. A leggere le sentenze si ha l'amara sensazione che i diritti dei bambini siano stati sacrificati in nome di un modello di famiglia, quello tradizionale, senza considerare che questo non costituisce più l'unico disciplinato e protetto in via esclusiva dal nostro ordinamento.

---

<sup>40</sup> V. Trib. Bologna, decr., 6 luglio 2018; Trib. Pistoia, decr. 5 luglio 2018; Trib. Genova, 16 novembre 2018; App. Napoli, sez. min., 15 giugno 2018, citt. In dottrina, in senso favorevole v. M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *Questione Giustizia on line*, 2018. In senso contrario U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G. DI ROSA (a cura di), *Della famiglia*, cit., p. 1739. Rinvio al mio *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, *Genjus, Rivistaonline*, 2019/n.1.

<sup>41</sup> Cass., 3 aprile 2020, n.7668, Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, entrambe in *Questione giustizia on line*, con note di S. CELENTANO e G. FERRANDO.



# IL TEMPO E IL DIRITTO: ALCUNE RIFLESSIONI COMPARATIVE SULLA FECONDAZIONE *POST MORTEM*

*Elena Anna Grasso\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il tempo della procreazione. – 3. La fecondazione *post mortem*. – 4. Turismo riproduttivo e libera circolazione: Francia, Inghilterra, Spagna e Grecia a confronto. – 5. Osservazioni conclusive.

## 1. *Introduzione.*

Il passare del tempo comporta sovente il verificarsi di mutamenti nella realtà giuridica. Il cambiamento della società richiede la sostituzione di leggi desuete mentre i giudici, spesso in prima linea nel confrontarsi con le innovazioni sociali, determinano con le loro sentenze i *revirement* giurisprudenziali necessari a mantenere il diritto quanto più possibile aderente al sentire comune. Il fenomeno riguarda, a intensità diversa, sia gli ordinamenti di *common law* che quelli di *civil law*. I modelli circolano nello spazio giuridico globale sempre più interconnesso e il legislatore nazionale trae sempre più spesso ispirazione dalle soluzioni adottate altrove<sup>1</sup>.

---

\* Ricercatrice e Docente di Diritto Privato Comparato nell'Università di Genova.

<sup>1</sup> Quel legislatore così ineluttabilmente «interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». Corte cost., sent. n. 84 del 2016, la quale richiama la sentenza della Corte EDU, sent. 27 agosto 2015, ricorso n. 46470/11 *Parrillo c. Italia*. Sul diritto comparato nelle sentenze della corte

Lo scorrere del tempo ha influenze codificate sia dal diritto pubblico che dal diritto privato. Relativamente al primo assunto, si pensi alla durata delle legislature, ai mandati delle cariche elettive, alla possibilità di fare ricorso contro una sanzione amministrativa ai termini ordinatori del processo. Per quanto riguarda il secondo esempio, le nozioni civilistiche di prescrizione e decadenza hanno appunto la funzione di assicurare la certezza dei rapporti giuridici, laddove il tempo rileva al fine di far cessare un diritto, mentre l'istituto della usucapione è informato ad una logica opposta. La recente pandemia COVID-19 ha traslato sul regime dei contratti in generale quelle clausole che costituivano le soluzioni alle problematiche tipiche dei contratti di durata, rinegoziati in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta.

Spesso l'elemento temporale è legato al cambiamento di situazioni che hanno origine nei fenomeni naturali che costituiscono i fatti giuridici ai quali il diritto riconnette specifiche conseguenze. Si pensi al caso (raro) dell'alveo del fiume deviato, che comporta il cambiamento dei confini dei fondi o degli Stati o (più frequentemente) alla vendita di cosa futura. Ai fini che riguardano la nascita di un essere umano, si pensi alle conseguenze derivanti dall'acquisto della capacità giuridica che, come noto, determina effetti patrimoniali e successori.

In particolare, proprio in relazione all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e all'affinarsi delle tecniche mediche relative alla procreazione, il diritto è imbarazzato nel regolare le nuove situazioni giuridiche che scaturiscono dal concepimento artificiale perché deve regolare ciò che è in rapido mutamento e al tempo stesso immediatamente diffuso tra Stati caratterizzati da sistemi assiologici diversi. La regolazione del progresso tecnologico, specialmente in questo campo, richiede di affrontare un amalgama di convinzioni etiche, bioetiche e religiose che costituiscono il sostrato delle diverse tradizioni giuridiche.

Questo contributo si propone di analizzare l'elemento temporale in relazione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (in prosieguo PMA), che

---

costituzionale si veda P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddottica, una conclusione (quasi) sinestesia*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016, Atti del XII Convegno nazionale SISDIC*, Napoli, 11-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 63. Sull'importanza della comparazione per il biodiritto, si rimanda a M. GRAZIADEI, S. PRADUROUX, *Il biodiritto nello specchio della comparazione*, 2019, Special issue 2, pp. 361-375. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2012; S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010-2012; A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato di diritto e bioetica*, Napoli, 2017.

cambiano le circostanze che danno origine a una nuova vita e, di fatto, comportano situazioni che sfuggono alle norme codicistiche.

La procreazione è, ora più che mai, una questione politicamente sensibile. Il legislatore influenza le scelte più intime dei cittadini favorendo o meno la realizzazione del progetto genitoriale, naturale o artificiale. Nel caso in cui sia necessario ricorrere a tecniche PMA, lo sviluppo della crioconservazione rende possibile il concepimento *post mortem*, non sempre consentito dalle legislazioni degli Stati.

Allo stesso tempo, l'accesso a tecniche di PMA lecite ma, di fatto, intralciate da liste d'attesa troppo lunghe, spingono i cittadini alla ricerca di cure transfrontaliere.

A livello sovranazionale sembra oramai intrapresa la via verso il riconoscimento di un diritto alla procreazione come diritto fondamentale, basando il proprio ragionamento sul rispetto della vita privata e familiare<sup>2</sup>.

## 2. *Il tempo della procreazione.*

Il ricorso alla PMA è sempre più necessario per l'ottenimento di una gravidanza. La maternità è oggi una 'questione sociale' che coinvolge aspetti medici e giuridici, etici e sociologici. La precarizzazione del lavoro, l'incertezza economica, il modello di una realizzazione personale che avviene (se avviene) soltanto in età avanzata, portano la popolazione in età fertile a ritardare il momento riproduttivo, quando l'orologio biologico inizia a far sentire il suo ticchettio.

Secondo i dati Istat, l'epoca della prima gravidanza si assesta nel 2019 intorno ai 32,1 anni, quando oramai il crollo della fertilità è iniziato<sup>3</sup>.

La politica si è recentemente occupata di questi temi, talvolta in modo sgraziato.

Uno dei momenti più tesi del governo Renzi si è verificato in occasione della decisione dell'allora ministro Beatrice Lorenzin di affrontare il tema della genitorialità tardiva. Il 22 settembre 2016 è stato infatti celebrato il primo (e unico) *Fertility day*, cioè la prima Giornata nazionale dedicata all'informazione e formazione sulla fertilità umana. L'iniziativa, che aveva lo scopo di aumentare la diffusione delle conoscenze sulla salute riproduttiva in particolare attraverso la

---

<sup>2</sup> Corte EDU, sent. 4 dicembre 2007, ricorso n. 44362/04 *Dickson v. UK*, § 85: «The Court therefore finds that the absence of such an assessment as regards a matter of significant importance for the applicants (see paragraph 72 above) must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation so that a fair balance was not struck between the competing public and private interests involved. There has, accordingly, been a violation of Article 8 of the Convention».

<sup>3</sup> Dati accessibili al link: [www.istat.it/it/files//2020/12/REPORT-NATALITA-2019.pdf](http://www.istat.it/it/files//2020/12/REPORT-NATALITA-2019.pdf).

sensibilizzazione sui temi della prevenzione, diagnosi precoce e la cura di malattie idonee a comprometterla, ha suscitato molte polemiche accompagnate da manifestazioni spontanee nelle piazze italiane<sup>4</sup>, che hanno portato l'ex Primo Ministro a sconfessare le modalità di comunicazione scelte dal dicastero occupato dalla Ministra Lorenzin, giungendo ad affermare che la campagna pubblicitaria voluta in accompagnamento dell'iniziativa proposta era 'inguardabile'<sup>5</sup>.

Affrontare il tema della fertilità è stata, in realtà, una scelta politicamente coraggiosa, che va di pari passo con la percezione di un'inaccettabile ingerenza dello Stato nelle motivazioni più intime delle persone, spesso legate a fattori quali il lavoro precario, magri guadagni, ritardi nella stabilizzazione economica, tutti aspetti socialmente fondamentali che costituiscono determinanti essenziali nella decisione di 'mettere su famiglia'.

Eppure, lo spirito della campagna era quello di educare ai rischi dell'infertilità, che è a tutti gli effetti un problema di salute pubblica. Come noto, infertilità e sterilità sono due concetti diversi anche se spesso confusi: il primo è legato ad una condizione temporanea e risolvibile, il secondo ad una condizione fisica permanente che non rende possibile il concepimento. Sovente la seconda è conseguenza della prima, nel senso che, in generale, la parabola della capacità riproduttiva raggiunge il culmine intorno ai 25 anni per poi decrescere lentamente fino a trasformarsi in impossibilità fisiologica con la menopausa.

Di qui, il ricorso sempre più massiccio alle tecniche di PMA. Il diritto può ampliare o restringere il bacino di chi vi ricorre. L'esempio più eclatante è quello dell'equiparazione delle coppie dello stesso sesso a quelle eterosessuali, che ha portato alcuni Paesi a estendere l'accesso delle tecniche PMA anche alle coppie omosessuali, attirando cittadini di altri Stati, ove la legge ne proibisce l'utilizzo.

Ciò ha di fatto comportato un aumento della ricerca di cure all'estero e l'insorgere di un turismo riproduttivo, che spesso deve superare ostacoli burocratici, giuridici e medici. Non si vuole qui analizzare codesti ostacoli, bensì ne diamo per

---

<sup>4</sup> Si svolse in parallelo il *Fertility Fake*, che inneggiava ad asili nido, welfare, redditi idonei a supportare in una fase precoce dell'esistenza la costituzione di un nucleo familiare.

<sup>5</sup> In particolare, la campagna si è avvalsa di immagini che, con l'intento di scoraggiare le cattive abitudini che minavano la fertilità contrapponevano giovani caucasici sorridenti su di una spiaggia a giovani fotografati nell'atto di assumere sostanze stupefacenti, fra i quali spiccavano in primo piano due persone di colore. La campagna dava l'impressione di trattare un tema sensibile in maniera superficiale, senza provvedere agli interventi strutturali idonei a produrre un'inversione di tendenza.

scontata l'esistenza e il loro superamento, per focalizzare la nostra attenzione sulla regolamentazione da parte del formante giurisprudenziale di alcune specifiche situazioni derivanti dalla filiazione *post mortem*<sup>6</sup>.

La coppia che si rivolge a un centro medico per cercare una gravidanza deve affrontare un processo lungo e irto di difficoltà che, sviluppandosi in un lasso temporale necessariamente dilazionato, in alcune occasioni ha visto lo scioglimento del matrimonio o la separazione della coppia, talvolta portando all'abbandono di un percorso intrapreso ma non ancora realizzato o realizzato solo parzialmente, talaltra creando situazioni che la natura non avrebbe creato e che sfuggono alla tradizionale regolamentazione della maggior parte delle leggi civilistiche<sup>7</sup>.

È il caso, ad esempio, della sorte degli embrioni crioconservati nel caso di separazione di ex partner che avanzino desideri contrapposti in merito al loro utilizzo<sup>8</sup>. Oppure il caso, riportato da moltissimi giornali europei, dei quarantasei bambini ucraini nati da maternità surrogata e bloccati in un albergo di Kiev a causa dell'epidemia di Covid-19 e della conseguente chiusura dei confini in attesa di ricongiungimento con i genitori intenzionali<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> La lettera della legge è chiara: «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Cfr. art. 5 legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, in GU Serie Generale n. 45 del 24-02-2004.

<sup>7</sup> Il diritto ha dato per scontato il binomio sessualità/procreazione, accettando l'inseminazione endogamica come rimedio alla sterilità maschile. Cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, p. 67 ss.

<sup>8</sup> Cfr. Corte EDU, sent. 10 aprile 2007, ricorso n. 6339/05 *Evans c. Regno Unito*, in M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa: un'analisi comparata*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di) *Fecondazione eterologa*, Milano, 2015, p. 141 ss. Il caso riguardava la contesa sorte degli embrioni di una coppia inglese che aveva deciso di crioconservare degli embrioni al fine di poter ottenere una gravidanza omologa dopo che la madre si fosse sottoposta a cure oncologiche (ovariectomia) che di fatto avrebbe impedito l'utilizzo dei suoi gameti. In seguito alla separazione della coppia l'ex partner della signora Evans aveva revocato il proprio consenso al trasferimento degli embrioni e i giudici inglesi avevano stabilito che l'interesse della donna ad avere un figlio biologicamente suo, pur nell'eccezionalità delle situazione, non fosse superiore a quello dell'ex partner, altro proprietario degli embrioni.

<sup>9</sup> L'azienda BioTexCom diffuse nel maggio 2020 un video dove mostrava i neonati curati amorevolmente da personale sanitario presente nella nursery improvvisata in albergo ma il protrarsi della situazione, il trauma generato nei bambini separati dalla madre surrogata ma non ancora ricongiunti con quella biologica o adottiva, il possibile

Queste situazioni attestano le difficoltà della regolamentazione giuridica di un evento che il diritto ha postulato come naturalmente successivo al concepimento ma che, se avviene in via artificiale, è caratterizzato da una realizzazione differita. Ciò aumenta sensibilmente lo spettro delle sopravvenienze legate a un percorso procreativo che può durare anche anni<sup>10</sup>.

In Italia, come noto, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è stato disciplinato dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40. Le aporie di questa legge sono state sovente colmate dai giudici<sup>11</sup>. Dubbi che ineriscono alla proprietà dell'embrione, alla sorte di quelli giudicati 'malati' o inidonei al *transfert* costituiscono solo alcuni dei casi decisi dalle corti italiane. Queste ultime si trovano a dover giudicare in base a una normativa spesso vetusta e inadeguata, avendo riguardo per quelle sentenze sovranazionali o straniere che, di fatto, hanno dato origine a un dialogo tra le Corti europee che ha comportato la circolazione di approcci interpretativi che non ineriscono più solo al dato giuridico<sup>12</sup>.

### 3. *La fecondazione post mortem.*

Il concepimento naturale e quello artificiale costituiscono due modi diversi di dare origine a una gravidanza e, pur avvenendo in modalità differenti, sono ugualmente influenzati dalla dimensione temporale.

Il fattore tempo nel primo caso impatta sovente sulla decisione di avere un figlio, sicché ad essere posticipato è l'intero *iter* riproduttivo. Il concepimento

---

ripensamento di coppie colpite dalla pandemia rendono la pratica della maternità surrogata sempre più oggetto di accese discussioni.

<sup>10</sup> Si pensi alla nascita di *Molly*, bambina statunitense nata nell'ottobre 2020 da un embrione congelato 28 anni prima e donato dai genitori biologici alla coppia che lo ha adottato e ha portato a termine la gravidanza.

<sup>11</sup> Fra le sentenze della Corte costituzionale che hanno riscritto la legge 40/2004 annoveriamo Corte cost., sent. n. 151 del 2009; Corte cost., sent. n. 162 del 2014; Corte cost., sent. n. 96 del 2015. Si è parlato in dottrina di 'giudice legiferante', per usare un'espressione di L. VIOLINI, *La corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, 2014, 2, p. 10.

<sup>12</sup> Sull'importanza del dato extragiuridico negli studi comparatistici cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2020; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007, p. 41; G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 60 s., ma anche R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé, Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, 1950, p. 118 ss.



artificiale invece consiste nella medicalizzazione di alcune fasi della procreazione che avvengono per lo più in laboratorio e che, grazie alle tecniche di congelamento e crioconservazione di gameti o degli embrioni possono essere separate temporalmente anche di molti anni, portando all'instaurazione e al compimento di gravidanze sensibilmente posticipate rispetto alla fecondazione.

Il primo caso, come visto, risente maggiormente della mutata struttura della società, che comporta un ritardo nella determinazione del singolo a riprodursi, mentre il secondo caso è esposto a più avvenimenti, di diversa natura, anche giuridica, che possono influenzare il progetto genitoriale<sup>13</sup>: le lungaggini della burocrazia e delle liste d'attesa influenzano sempre di più la scelta del mezzo per portare avanti un progetto genitoriale.

Di qui la risoluzione di cercare all'estero soluzioni più rapide o diverse da quelle offerte in patria. In questo senso, la diversa regolamentazione dell'accesso alle tecniche di PMA finisce per attirare nei sistemi giuridici più liberali le coppie in cerca di una soluzione al problema riproduttivo in tempi contenuti.

Le tecniche di PMA consentono in molte occasioni di superare le patologie legate alla infertilità o alla sterilità<sup>14</sup>. In particolare, con l'abolizione del divieto di fecondazione eterologa ad opera della Corte costituzionale<sup>15</sup>, si è aperta la strada

---

<sup>13</sup> Si pensi alla scelta di optare per un percorso di adozione rispetto a una fecondazione eterologa da parte di cittadini italiani scoraggiati dall'illegalità della pratica anteriormente al 2014.

<sup>14</sup> Per procreazione medicalmente assistita si intendono i procedimenti che comportano il trattamento di gameti o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza. Questi procedimenti includono l'inseminazione omologa, la fecondazione *in vitro* e il trasferimento embrionale, il trasferimento intratubarico dei gameti, il trasferimento intratubarico degli zigoti, il trasferimento intratubarico degli embrioni, la crioconservazione dei gameti e degli embrioni. Queste tecniche sono generalmente suddivise in tecniche di primo, secondo e terzo livello, a seconda della loro complessità e invasività. Tutte le tecniche si possono avvalere della crioconservazione dei gameti trattati. In dottrina si vedano, fra i molti, M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. priv.*, Aggior., III, Torino, 2007, 1051 ss.; I. CORTI, *La procreazione medicalmente assistita*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, III, Bologna, 2007, p. 491 ss.; F. SCIA, *Indagini genetiche preimpianto e procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2012.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, in *Corr. giur.*, 2014, fasc. 8-9, pp. 1062-1068, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, pp. 1068-1076; EAD., *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, pp. 393-408 (commento a sentenza 162/2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, pp. 802-819).

al riconoscimento del fatto che la ricerca della genitorialità attraverso la medicina si configuri non tanto come il diritto alla cura di una malattia<sup>16</sup>, bensì come il diritto alla ricerca della salute attraverso la serenità derivante dalla realizzazione di quell'istanza identitario-intenzionale che costituisce il 'proprium dell'umano'<sup>17</sup>.

La filiazione, anche al di fuori dell'adozione, cessa di essere ancorata alla dimensione biologica dando origine a un disallineamento con le previsioni del codice civile. Si pensi alla figura tradizionalmente monolitica della madre, in cui ora coesistono la madre genetica, la madre surrogata e la madre 'sociale', nel caso della plurimaternità<sup>18</sup>. Si tratta di realtà che realizzano la genitorialità per 'tappe', connesse alla scansione temporale prevista dai protocolli terapeutici, mentre l'elemento cronologico supera la relazione coniugale tra vivi nel caso della procreazione *post mortem*, andando a configurare un'ipotesi di 'genitorialità a effetti differiti'<sup>19</sup>.

L'art. 5 della legge 40/2004 è chiara nell'individuare i requisiti soggettivi di chi può accedere alle tecniche PMA. Si tratta di «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

Una volta fecondato l'ovulo, la normativa italiana impedisce la revoca del consenso di uno dei coniugi al trasferimento dell'embrione<sup>20</sup>, in Italia destinatario di una tutela rafforzata, che gli riconosce una sorta di 'diritto all'impianto'<sup>21</sup>. In particolare, lo spartiacque tra la revoca del consenso e il diritto all'impianto è in Italia costituito dalla fecondazione. Se il consenso originario sussiste per l'inizio della procedura, sussiste anche per il suo espletamento, che essendo medicalizzato, non verrebbe necessariamente interrotto dall'evento infausto. La

---

<sup>16</sup> La fisiopatologia della riproduzione umana è la scienza che studia i processi biologici riproduttivi e le loro alterazioni.

<sup>17</sup> A. MACCARO, *La procreazione medicalmente assistita e eterologa*, in M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Fecondazione eterologa*, cit., p. 28.

<sup>18</sup> G. CASABURI, *Le nuove forme di genitorialità: alla ricerca di fondamenta normative differenziate (Nota Trib. Pisa, ord. 15 marzo 2018 e Trib. Milano, ord. 18 aprile 2017)*, in *Foro it.*, I, 2018, c. 1810.

<sup>19</sup> A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino 2018, p. 33.

<sup>20</sup> Art. 6 legge 40/2004.

<sup>21</sup> Cfr. Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Foro it.*, I, 1999, cc.1653-1660; in *Fam. dir.*, 1999, 1, pp. 52-55, con commento di M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, pp. 55-57; Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Quotidiano Giuridico*, 13 febbraio 2015 con nota di A. SCALERA, *Embrioni congelati, il Tribunale di Bologna autorizza l'impianto post mortem*.

giurisprudenza in alcuni casi ha riconosciuto la costituzione di una genitorialità differita *post mortem* basandosi sulle pietre angolari del consenso informato e dei diritti dell'embrione già esistente<sup>22</sup>.

#### 4. *Turismo riproduttivo e libera circolazione: Francia, Inghilterra, Spagna e Grecia a confronto.*

Il diritto alla salute non costituisce una materia di esclusiva competenza dell'Unione europea<sup>23</sup>. L'erogazione delle prestazioni di cura, che concretizzano l'effettiva realizzazione del diritto alla salute, rileva, infatti, sia in riferimento alla competenza degli Stati membri, che ne garantiscono la fruizione, sia in riferimento al diritto della stessa Unione, che ne assicura il coordinamento, nel momento in cui la prestazione viene eseguita in uno stato diverso da quello di affiliazione. Pur assumendo la tutela della salute umana a rango di principio fondamentale<sup>24</sup>, l'intervento dell'Unione in materia è caratterizzata dall'emanazione di norme di coordinamento dei sistemi nazionali, che sono «titolari della gestione dei servizi sanitari, dell'assistenza medica e dell'assegnazione delle risorse loro destinate»<sup>25</sup>.

La difficoltà di sviluppare una politica sanitaria comune e armonizzata è dovuta a svariate ragioni, fra cui la più importante è la differente organizzazione dei servizi sanitari nazionali.

---

<sup>22</sup> G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 1, pp. 3-29; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina*, (a cura di) L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, vol. I, Milano, 2001, pp. 2044-2051.

<sup>23</sup> R. DE CARIA, M. GRAZIADEI, *The "constitutional traditions common to the Member States" in the case-law of the European Court of Justice: judicial dialogue at its finest*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 949 ss.

<sup>24</sup> Cfr. art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha il seguente tenore: «Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

<sup>25</sup> Cfr. art. 168 TFUE che annovera tra le finalità di tutte le politiche dell'Unione la garanzia di un «livello elevato di protezione della salute umana». Cfr. *Commission's white paper, Together for Health: A Strategic Approach for the EU 2008-2013 from the 23rd October 2007*; D. MORANA, *Diritto alle cure e mobilità sanitaria nell'Unione europea: un banco di prova per l'Europa sociale. Note introduttive*, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, p. 3 ss.

La direttiva 2011/24/UE del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera<sup>26</sup> ha di fatto codificato le soluzioni giudiziarie elaborate in Lussemburgo<sup>27</sup>, lasciando agli Stati membri un significativo margine di manovra per quel che concerne la sua attuazione. In diverse pronunce la Corte ha chiarito infatti le nozioni di servizi ospedalieri e non ospedalieri<sup>28</sup>, autorizzazione preventiva, (sottoposta a controllo giurisdizionale)<sup>29</sup>,

---

<sup>26</sup> Nell'ambito della più ampia nozione di libertà di movimento delle persone e della prestazione di servizi, l'Unione europea garantisce il diritto del paziente ad accedere ai servizi sanitari in un paese diverso da quello di residenza o di affiliazione, ed a tale scopo ha emanato la direttiva n. 2011/24/UE, che si innesta nella normativa stabilita dai regolamenti 883/2004/CE e 987/2009/CE e che riconosce la libertà di circolazione dei pazienti ed il conseguente diritto ad accedere ai servizi sanitari transfrontalieri.

<sup>27</sup> La Corte ha cercato di contemperare i principi di libera circolazione di persone e servizi con la competenza degli Stati membri. La giurisprudenza della Corte di giustizia aveva individuato nella conservazione di un sistema medico-ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti e nel rischio di grave alterazione all'equilibrio finanziario della previdenza sociale due obiettivi importanti idonei a costituire eccezioni al principio di libera circolazione. Cfr. Corte giust., sent. 28 aprile 1998, causa C-120/1995, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167 e Corte giust., 28 aprile 1998, causa C- 158/1996, *Kohll*, ECLI:EU:C:1998:171; Corte giust., sent. 9 ottobre 2014, causa C-268/13, *Petru*, ECLI:EU:C:2014:2271.

<sup>28</sup> Cfr. Corte giust., sent. 5 ottobre 2010, C-512/2008, *Commissione v. Francia*, ECLI:EU:C:2010:579, secondo cui l'uso di attrezzature mediche pesanti (ad esempio la risonanza magnetica) richiede un'autorizzazione preliminare. La Corte si è pronunciata a favore della Francia, ritenendo che tale assistenza potesse effettivamente essere soggetta ad autorizzazione preventiva, respingendo un approccio formale a favore di un approccio funzionale legato all'alto costo del trattamento e alla necessità di pianificare le spese per attrezzature mediche.

<sup>29</sup> Cfr. Corte giust., sent. 23 ottobre 2003, C-56/01, *Inizan*, ECLI:EU:C:2003:578, in cui era stato contestato il rifiuto della Cassa francese di accordare una autorizzazione preliminare alla sua assicurata per seguire un trattamento contro il dolore in un ospedale tedesco, giudicato necessario e originale in ragione dell'assenza di un'omologa struttura corrispondente in Francia. Si veda anche Corte giust., sent. 12 luglio 2001, C-157/99, *Smits e Peerbooms*, ECLI:EU:C:2001:404, punto 90, in cui la Corte aveva chiarito che affinché un regime di autorizzazione amministrativa preventiva sia giustificato, esso deve in ogni caso basarsi su criteri obiettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da disciplinare l'esercizio del potere discrezionale. autorità nazionali in modo che non sia esercitato arbitrariamente; la condizione della natura usuale del trattamento ospedaliero previsto dalla legislazione nazionale si riferisce a ciò che è sufficientemente testato e convalidato dalla scienza medica internazionale.

accettabilità della lista d'attesa<sup>30</sup> e di reintegrazione professionale<sup>31</sup>, nel prisma del principio di uguaglianza di trattamento di cui all'art. 18 TFUE.

L'ineluttabile disomogeneità nel recepimento della direttiva è dovuta al fatto che i Paesi dell'Unione europea sono restii a scindere l'organizzazione dei loro sistemi sanitari dall'ancoraggio territoriale, perché un'incontrollata mobilità dei pazienti genererebbe l'imprevedibilità dei loro flussi.

La possibilità di curarsi in uno Stato diverso dal Paese di affiliazione è pertanto concessa malvolentieri dagli Stati membri perché costituisce una difficoltà di programmazione per il servizio pubblico ospedaliero. Ancora più malvolentieri è concessa dagli Stati la possibilità di accedere a cure mediche per ottenere qualcosa che è suscettibile di essere oggetto di accese discussioni per il legislatore municipale, in particolar modo le tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>32</sup>.

Non esiste una politica comune a livello dell'UE sulla fecondazione *post mortem*, che è lecita solo in Belgio, Spagna, Regno Unito, Grecia<sup>33</sup>.

I dibattiti parlamentari italiani recano traccia dell'esigenza di avere norme condivise, ricercate anche alla luce del fatto che la libertà di circolazione rende i confini degli Stati evanescenti e regole particolarmente restrittive in campo biomedico finiscono per svantaggiare i propri cittadini<sup>34</sup>, determinandone l'e-

---

<sup>30</sup> Corte giust., sent. 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, ECLI:EU:C:2006:325, in cui la Corte afferma che l'obbligo di subentrare nelle cure ospedaliere prestate in un altro Stato membro si applica anche a un servizio sanitario nazionale che li eroga gratuitamente. Al fine di negare a un paziente l'autorizzazione a cercare di ottenere un trattamento all'estero richiesto a causa dell'esistenza di un periodo di attesa per il trattamento ospedaliero nello Stato di residenza, il NHS deve stabilire che questo periodo non superi il tempo accettabile dal punto di vista medico in considerazione dello stato di salute e delle esigenze cliniche dell'interessato.

<sup>31</sup> Corte giust., sent. 13 maggio 2003, C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, ECLI:EU:C:2003:270.

<sup>32</sup> Cfr. i dibattiti parlamentari riportati da Silvia Bagni in S. BAGNI, *L'argomento comparatistico nel dibattito parlamentare sulla procreazione assistita*, in *Pol. dir.*, 4, 2008, p. 635 ss.

<sup>33</sup> F.P. BUSARDÒ, M. GULINO, S. NAPOLETANO, S. ZAAMI, P. FRATI, *The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European union members*, in *BioMed research international*, 2014.

<sup>34</sup> Craxi, Camera, seduta 156 dell'11/6/2002 aveva rilevato 'l'esigenza di armonizzare almeno fra i Paesi della Comunità europea la legislazione nel campo biomedico'. Per una ricostruzione dei dibattiti parlamentari e l'uso della comparazione si rimanda a S. BAGNI, *L'argomento comparatistico nel dibattito parlamentare sulla procreazione assistita*, cit.

sodo in cerca di trattamenti altrove leciti, più all'avanguardia ed erogati più velocemente<sup>35</sup>.

Ciò è particolarmente evidente nel caso della fecondazione *post mortem*. La ricerca di una maternità che superi i confini della vita terrena del coniuge defunto o gravemente malato spinge i cittadini dei Paesi caratterizzati da una normativa più restrittiva ad andare a ricercare i trattamenti tecnicamente disponibili là dove il diritto non li proibisca, salvo poi dovere confrontarsi con la legge nazionale nel regolare necessariamente tutti gli effetti che discendono dalla nascita<sup>36</sup>: si pensi alle questioni inerenti all'attribuzione del cognome del padre e allo status di erede. Non essere concepito al tempo dell'apertura della successione rende insuperabile la regola dei trecento giorni di cui all'art. 462, secondo comma, del codice civile. Ai figli "nati troppo tardi" in Italia non resterà che ricevere per testamento, nei limiti delle norme che disciplinano la successione necessaria, delineandosi in questo caso un'ipotesi di danno da nascita indesiderata mentre in altri ordinamenti, come la Grecia, il codice civile gli riconosce espressamente lo status di erede<sup>37</sup>.

La giurisprudenza ha così avuto modo di confrontarsi con i problemi sorti in relazione a nascite avvenute in conseguenza di tecniche di PMA in Italia proibite: il contenzioso più cospicuo è quello relativo all'attribuzione del cognome dei figli concepiti all'estero. Nella fecondazione *post mortem*, ha avuto una certa enfasi il caso di una bambina siciliana concepita in Grecia a quattro anni dalla morte del padre attraverso la conservazione del suo sperma. In Grecia la pratica è ammessa: il quadro giuridico generale per la riproduzione umana medicalmente assistita è regolato dalla legge 3089/2002. La più recente legge 3305/2005 stabilisce requisiti delle cliniche per la fertilità e istituisce un'autorità nazionale competente al fine di controllare la conformità degli standard e delle pratiche sanitarie. In particolare, l'art. 1457 prevede che la fecondazione *post mortem* sia ammessa solo in

---

<sup>35</sup> Sull'autorizzazione preventiva si veda E. GRASSO, *The social role of healthcare system. A comparative analysis of case-law regarding patients' right to mobility within the European Union*, in *DPCE on line*, 2020, pp. 983-1002.

<sup>36</sup> La normativa italiana non consente infatti di utilizzare il seme crioconservato del marito deceduto prima della creazione dell'embrione. Cfr. Trib. Bologna, 31 maggio 2012, in *Foro it.*, I, 2012, c. 3349 ss.

<sup>37</sup> Si veda AND. FUSARO, *I diritti successori della filiazione*, in *Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come fonte di diritto. La configurazione giurisprudenziale dei diritti civili fondamentali*, Genova, 2012, p. 51; ID., *Linee evolutive del diritto successorio europeo*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 509.

caso di malattia del partner e previo atto notarile che ne raccolga il consenso. In questo caso, la riproduzione assistita deve comunque essere eseguita non prima di sei mesi e non dopo due anni dalla morte del coniuge o del partner, e consente al nato di essere erede del genitore defunto<sup>38</sup>.

Nella fattispecie in esame la gravidanza era tuttavia terminata in Italia, dove, come detto, la legge impedisce di riconoscere un figlio nato oltre 300 giorni dalla morte del genitore<sup>39</sup>. Con decreto 26 novembre 2017 il Tribunale di Messina ha riconosciuto alla bambina il diritto all'ottenimento del cognome paterno<sup>40</sup> in ossequio al diritto all'identità personale già sancito dalle Corte europea dei diritti dell'uomo: è il diritto sovranazionale a permettere ai giudici di superare le prescrizioni del codice civile<sup>41</sup>.

Recentemente, tuttavia, la Corte d'appello di Ancona ha avuto modo di prendere posizione sulla questione, reiterando la convinzione che si dovessero applicare le disposizioni codicistiche (artt. 231-232 c.c.) che, come noto, escludono l'operatività della presunzione oltre trecento giorni dalla cessazione del vincolo [...] e precludono l'iscrizione della paternità sulla base delle sole dichiarazioni della madre<sup>42</sup>. Con la sentenza 15 marzo 2019, n. 13000<sup>43</sup>, la Suprema corte ha valorizzato il ruolo del consenso ex art. 6 della legge 40/2004, che avrebbe in buona sostanza l'effetto di cristallizzare il tempo della procreazione individuando proprio nel consenso la 'scelta della genitorialità responsabile' e superando di fatto la lettera del codice civile<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> K. KIPOURIDOU, M. MILAPIDOU, *The legal framework of post mortem fertilization in Greece and Sweden*, in *Bioethica*, 4(1) 2008, pp. 55-67.

<sup>39</sup> Il codice civile, all'art. 232, si sofferma sul fattore temporale per "presumere" la filiazione e attribuire il relativo status di genitore.

<sup>40</sup> Trib. Messina, I Sez. Civ., decreto del 28 settembre 2017 n. 17032; Trib. Messina, I Sez. Civ., decreto del 10 novembre 2015, n. 21899, Pres. C. Mangano, Rel. C. Bonanzinga.

<sup>41</sup> Cfr. Corte EDU, sentenze 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11 *Menesson c. Francia* e *Labasee c. Francia*, in *Quotidiano giuridico*, luglio 2014, con nota di A. SCARCELLA, *Figli negli U.S.A. ma non in Francia: Strasburgo riconosce il diritto dei figli nati da "maternità surrogata"*.

<sup>42</sup> App. Ancona, decreto del 7 febbraio 2018 (dep. 12 marzo 2018), p. 10.

<sup>43</sup> Cass., 15 marzo 2019, n. 13000, Pres. M. Acierno, Rel. E. Campese.

<sup>44</sup> G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Soc. dir.*, 2008, p. 47.

In Inghilterra, invece<sup>45</sup>, la volontà dei genitori prevale sui diritti dell'embrione: è stato il caso della signora Diane Blood, che nel 1999 riuscì a concepire in Belgio il figlio Liam utilizzando lo sperma del marito in coma. Lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008 ha successivamente attribuito la possibilità di creare un embrione con i gameti di una persona defunta, purché consenziente in vita, anche se al nascituro non vengono attribuiti diritti successori<sup>46</sup>. Più recentemente, nel 2013, i media britannici hanno riportato il caso di una vedova alla quale era improvvisamente morto il marito e che desiderava prelevarne e utilizzarne lo sperma in un altro Stato, alla quale la *Human Fertilisation and Embryology Authority* non si oppose<sup>47</sup>. Anche in Inghilterra l'emigrazione riproduttiva costituisce la via maestra per arginare la falla costituita ad esempio dalla mancanza del consenso alla fecondazione dei propri gameti: è accaduto ai genitori di una donna, deceduta dopo avere proceduto al congelamento dei propri ovociti, che diedero alla luce il proprio nipote attraverso la surrogazione di maternità (avvenuta negli Stati Uniti) utilizzando i gameti della figlia e il seme di un donatore<sup>48</sup>.

Altri Paesi anglosassoni, come l'Australia o gli Stati Uniti, hanno distinto la possibilità di prelevare lo sperma da quella, più difficile da ottenere, del suo uti-

---

<sup>45</sup> *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, poi emendato nel 2008.

<sup>46</sup> Cfr. *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood*. [1997] 2 All ER 687; [1997] 2 WLR 806; [1999] Fam 151, in cui la *Court of Appeal* riconobbe che non ci fu una lesione all'interesse pubblico nell'esportazione di gameti del marito defunto e che la sentenza doveva tenere conto della legislazione belga che non richiedeva il consenso del marito: «The Court of Appeal has allowed Mrs Blood's appeal because, although the authority's decision was correct that treatment in the United Kingdom could not take place without Mr Blood's written consent, the authority was not properly advised as to the importance of Community law as to treatment in Belgium. Mrs Blood has the right to be treated in Belgium with her husband's sperm unless there are good public policy reasons for not allowing this to happen. The authority also appears not to have had sufficient regard to the fact that in future it will not be possible for this problem to arise because under English law Mr Blood's sperm should not have been preserved as he had not given his written consent. If the sperm had not been preserved, it could not have been exported. (The court does not criticise the fact of preservation of the sperm in the circumstances of this case.) If the authority decide to reconsider the question of export of the sperm they will have to decide whether to allow the export or to refuse on grounds which are acceptable according to Community law».

<sup>47</sup> B. CALMAN, *Wife Breaks the Law to Use Dead Husband's Sperm for Baby... and Health Chiefs Back Her: British Widow Makes Legal History by Travelling to Europe for IVF*, in DAILY MAIL (10 agosto 2013).

<sup>48</sup> *R (on the application of M) v. Fertilisation and Embryology Authority* [2016] EWCA Civ 611.



lizzo<sup>49</sup>. Talora questi Paesi hanno bypassato l'assenza di un consenso specifico<sup>50</sup>.

La Francia si configurava come un ordinamento particolarmente rigido nell'ammettere la fecondazione eterologa solamente per coppie eterosessuali sposate o legate da un pacs o comunque risultanti stabilmente conviventi. Per questa ragione la fecondazione eterologa era preclusa alle coppie omosessuali, ai single e anche *post mortem*<sup>51</sup>. Un particolare approccio restrittivo contraddistingue proprio la fecondazione *post mortem*<sup>52</sup>. La nuova *loi bioetique*, attualmente adottata in seconda lettura dall'Assemblée nationale del 31 luglio 2020, dovrebbe mantenerne il divieto, a meno di una volontà chiaramente espressa in vita, anche se ciò si configurerebbe come un elemento di incoerenza con l'annunciata apertura della PMA a donne sole<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> *S v. Minister for Health (WA)* [2008] WASC 262; *Re Floyd* [2011] QSC 218; *Re H, AE* [2012] SASC 146; *Ex Parte C v Minister for Health (WA)* [2013] WASC 3; *Re Leith Dorene Patteson* [2016] QSC 104. Per quanto riguarda gli Stati Uniti si veda il caso riportati da B.C. LEWIS, *Graveside Birthday Parties: The Legal Consequences of Forming Families Posthumously*, 60 CASE W. RES. L. REV. 1159, 1177 (2010).

<sup>50</sup> Si rimanda al contributo di S. SIMANA, *Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2018, pp. 329–354.

<sup>51</sup> Cfr. *loi 94-548 sul trattamento dei dati nominativi aventi come finalità la ricerca nel settore della salute e la modifica della legge 78-17 relativa all'informatica, agli schedari e alle libertà*; *loi 94-563 relativa alla protezione del corpo umano*; *loi 94-564 relativa alla "donazione e all'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza medica alla procreazione ed alla diagnosi prenatale"*. Cfr. M. SALVETTI, *La fecondazione eterologa in Europa*, cit., p. 118.

<sup>52</sup> La prima sentenza a trattare la questione era stata quella emessa *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, 1° agosto 1984, 4225/84, in cui una vedova aveva ottenuto il ritiro dello sperma donato dal marito dopo la sua morte. M. KRÜGER, *The prohibition of post-mortem-fertilization, legal situation in Germany and European Convention on human rights*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2011/1-2 (Vol. 82), pp. 41-64.

<sup>53</sup> *Projet de loi n° 474, adopté avec modifications, par l'Assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la bioéthique* il 31 luglio 2020. Si riporta il testo dei lavori parlamentari che contiene l'emendamento n. 2053 presentato da Mme Faucillon (GDR), che affronta la spinosa questione del futuro degli embrioni orfani di uno dei partner che hanno condiviso il progetto genitoriale: «Il me paraît nécessaire de respecter le choix fait par une femme libre, en attendant peut-être quelques mois après le décès, afin qu'elle ne soit pas soumise à une émotion envahissante. Ce qui est en jeu, c'est l'autonomie de la femme. Je vous rappelle que nos prédécesseurs, en 1975, ont accordé aux femmes la libre disposition de leur corps et de l'interruption de grossesse. En 2020, nous devons nous demander s'il convient de leur offrir la disposition de

La *loi bioetique* attualmente in discussione ha tuttavia il pregio di affrontare il tema della PMA in maniera organica, compreso ad esempio quello relativo al rimborso delle spese mediche, che sarà esteso a coppie omosessuali, eterosessuali e donne single. La questione è di indubbio interesse e resta saldamente ancorata a una dimensione nazionale, essendo soltanto lambita dal diritto dell'Unione europea, che è complementare rispetto alle politiche sanitarie nazionali e si estrinseca nel coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri, così come previsto dall'art. 6 TFUE.

La Spagna è sempre stato uno degli ordinamenti più liberali sulle questioni inerenti al biodiritto: *la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* all'art. 9 ammette la fecondazione assistita *post mortem* in presenza del consenso del padre, fino a dodici mesi dopo il decesso. La fecondazione omologa risulta pienamente legittima. La paternità è in questo caso automaticamente attribuita al *de cuius*, a condizione che quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso con atto pubblico o per via testamentaria, anche se la legge impone la presenza di «constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido»<sup>54</sup>. Il *Tribunal Constitucional*, con la *sentencia* 116 del 1999 aveva riconosciuto nell'impianto il criterio determinante di protezione del diritto alla vita<sup>55</sup>.

---

la poursuite d'un projet de grossesse et la possibilité de faire un choix. Les autres solutions qui s'offrent à nous consistent soit à exprimer une interdiction absolue, soit à demander à la femme de faire don de ses embryons ou de ses spermatozoïdes, afin que les enfants naissent dans une autre famille. Comme nous allons accorder l'accès aux origines, dix-huit ans plus tard, un enfant pourra venir voir cette femme et lui dire: je n'ai pas eu le droit de naître auprès de toi, je suis né ailleurs, mais je viens te dire que je suis bien là, avec tes ovocytes et les spermatozoïdes de ton mari. La femme peut aussi, pour elle-même, demander à bénéficier d'un don de spermatozoïdes. Forcer une femme qui a perdu son conjoint à se séparer des gamètes ou des embryons conçus avec celui-ci et à entamer un nouveau cycle de procréation en tant que femme non mariée représente cependant une violence qui peut sembler peu acceptable quand elle s'ajoute à un deuil éprouvant».

<sup>54</sup> *Artículo 9. Premoriencia del marido, ley 14/2006*. In dottrina, si veda L.B. PÉREZ GALLARDO, *Inseminación artificial y transferencia de embriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 4, 2007, pp. 614-615.

<sup>55</sup> STC 116/1999, del 17 giugno 1999.

## 5. Osservazioni conclusive.

L'emersione della percezione di un 'diritto alla procreazione' si è diffuso contemporaneamente alle tecniche di PMA e al cambiamento del rapporto tra procreazione e sessualità avvenuta intorno agli anni Sessanta per cui, di fatto, in alcuni casi la filiazione è scissa dalla sessualità<sup>56</sup>.

In particolare, il bilanciamento tra il diritto alla procreazione e quello del minore a vedere realizzato il suo migliore interesse è sempre più incentrato sull'embrione, «soggetto potenziale o oggetto di una tutela a geometria variabile, dipendente dal suo grado di sviluppo e dal settore coinvolto»<sup>57</sup>. La diversa regolamentazione della fecondazione *post mortem* di alcuni Stati dell'Unione pone tuttavia in capo ai giudici del Paese di origine l'onere di conciliare la realtà dei fatti avvenuti all'estero con la lettera della legge nazionale.

L'elemento temporale è di primaria importanza e coincide sempre di più con il momento volontaristico del consenso specificatamente prestato alla pratica di PMA. Mentre nei Paesi di *civil law* l'esistenza del consenso espresso costituisce un requisito essenziale per procedere alla fecondazione *post mortem*, nei Paesi di common law assistiamo a una progressiva erosione dello stesso – certamente in situazioni eccezionali – attraverso la concessione di effettuare altrove le pratiche in patria vietate.

Di sicuro, la maggior parte del contenzioso nello spazio europeo riguarda i casi di attribuzione del cognome paterno, dove l'esigenza di certezza è un tutt'uno con i diritti fondamentali, specie quando le differenze normative fra gli Stati non solo rendono possibile la realizzazione di un progetto in patria vietato, ma costringono il diritto municipale a interfacciarsi con conseguenze tali e talmente numerose da rendere impellente in molti Stati una riforma organica della materia.

---

<sup>56</sup> G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2006, p. 37 s.

<sup>57</sup> C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit, p. 40.



# ANALISI DEL CASO EVANS VS UK DECISO DALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

*Marianna Gazal Passos\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il consenso informato come esercizio dell'autonomia riproduttiva. – 3. Il consenso informato. – 4. La dignità della persona umana come base del diritto fondamentale all'autonomia riproduttiva. – 5. Possibilità di revoca del consenso. – 6. Autonomia privata. – 7. L'autonomia riproduttiva come sviluppo dell'autonomia privata. – 8. Conclusione.

## *1. Introduzione.*

Questo contributo ha lo scopo di analizzare il caso Evans contro Regno Unito, che è diventato un caso chiave per rivelare la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) di fronte al diritto fondamentale all'autonomia riproduttiva. L'azione è stata intentata dalla signora Natalie Evans, a causa del rifiuto dell'ex partner di procedere con l'impianto degli embrioni, dopo la separazione della coppia.

Nell'ottobre 2001, la signora Evans ha congelato gli embrioni fecondati con il suo fidanzato, il signor Johnson, perché le era stato diagnosticato un cancro alle ovaie, quindi a seguito del trattamento sarebbe diventata sterile. Il 26 novembre 2001, ha subito un'operazione per rimuovere le ovaie al fine di curare il cancro<sup>1</sup>.

Dopo un anno dall'intervento la coppia si è separata. Infine, il signor Johnston scrisse alla clinica che conservava gli embrioni per chiedere che fossero di-

---

\* Master presso la Pontificia Università Cattolica di Rio Grande do Sul.

<sup>1</sup> V. EVANS, The United Kingdom. *Corte Europea dei Diritti Umani*, aprile 2007, disponibile su: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>.

strutti. La clinica ha informato la sig.ra Evans della richiesta del suo ex fidanzato, affermando che l'attuale legge britannica sulla fecondazione *in vitro*, disciplinata dall'*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, afferma che entrambi le parti devono dare il loro consenso alla fecondazione *in vitro* per continuare, altrimenti gli embrioni devono essere distrutti<sup>2</sup>.

Così la signora Evans ha iniziato la sua battaglia legale. La *High Court* inglese ha dichiarato di non poter annullare la disposizione giuridica in materia, e che spettava al Parlamento inglese farlo<sup>3</sup>.

La signora Evans ha presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il 7 marzo 2006, una giuria di sette giudici della Corte EDU ha pronunciato una decisione a maggioranza di 5 contro 2 riconoscendo il diritto della sig.ra Evans di utilizzare gli embrioni: la maggioranza ha constatato che, anche in circostanze eccezionali come quella della sig.ra Evans, il diritto a una vita familiare<sup>4</sup> – sancito dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – non potrebbe sostituire il ritiro del consenso da parte dell'uomo. La Corte ha anche stabilito all'unanimità che la questione del diritto alla vita «rientra nel margine di discrezionalità che la Corte ritiene generalmente che gli Stati debbano godere in questo ambito» e quindi ha respinto l'affermazione che il diritto alla vita dell'embrione fosse minacciato<sup>5</sup>.

In un tentativo dell'ultimo minuto, il caso è stato portato dinanzi alla Grande Camera della Corte europea. Il 10 aprile 2007 la Grande Camera della CEDU ha deciso contro l'appello della sig.ra Evans sulla base della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha stabilito all'unanimità che non vi era stata alcuna violazione del diritto alla vita embrionale, ma ci sarebbe stata una violazione del rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup>The Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, disponibile su: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

<sup>3</sup>V. EVANS, *cit.*

<sup>4</sup>«1. Ogni persona ha il diritto di rispettare la sua vita privata e familiare, il suo domicilio e la sua corrispondenza. 2. Nell'esercizio di tale diritto non può sussistere alcuna interferenza da parte dell'autorità pubblica, se non laddove tale interferenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati penali, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>5</sup>V. EVANS, *cit.*

<sup>6</sup>V. EVANS, *cit.*

Il presente lavoro ha lo scopo di analizzare il caso presentato, a causa della posizione paradigmatica assunta dalla CEDU. Inoltre, mira a sviluppare la nozione di autonomia privata come base per superare l'abrogazione del consenso informato, analizzato come un contratto di natura esistenziale, dove vi è la valorizzazione dell'autonomia riproduttiva, in modo isonomico tra uomo e donna, valorizzando il diritto fondamentale alla vita privata di essere coinvolti o meno in un progetto familiare.

In termini pratici e non tecnici, il conflitto nel caso Evans è il seguente: negare la maternità o la paternità forzata? Date le circostanze, neghiamo la maternità se rispettiamo le parole della legge inglese. Forziamo la paternità se non seguiamo la legge, che rende il consenso una condizione essenziale per continuare l'impianto nell'utero delle uova fecondate *in vitro*.

Il regolamento ufficiale brasiliano sull'uso delle tecniche di riproduzione assistita avviene attraverso la risoluzione del Consiglio Federale della Medicina mentre non è stata ancora approvata nessuna legge. Oggi la Risoluzione 2168/2017 regola la pratica della Riproduzione Assistita in Brasile<sup>7</sup>.

Questa risoluzione del Consiglio Federale della Medicina garantisce l'anonimato del donatore, solo ad eccezione del fatto che, in situazioni particolari, le informazioni sui donatori possono essere fornite esclusivamente ai medici; si prevede anche che le disposizioni dovrebbero essere incluse nel modulo di consenso informato (come la destinazione dell'embrione), tra altre questioni<sup>8</sup>.

In Brasile, ci sono già stati diversi disegni di legge nel tentativo di regolare la riproduzione assistita. Il primo è stato proposto nel 1993, il secondo nel 1997, il terzo nel 1995. Nessuno di questi progetti ha ottenuto l'approvazione. Attualmente, sono disponibili cinque progetti per la regolazione della riproduzione assistita (PL 1135/2003; 1184/2003; PL 2061/2003; PL 4892/2012; PL 115/2015). Tutti sono in corso<sup>9</sup>.

Il punto di confronto tra gli ordini italiani e brasiliani sarà in relazione alla revoca del consenso. La previsione della Risoluzione 2017 del CFM menziona espressamente che quando vengono crioconservati i gameti la coppia deve affermare quale sarà la destinazione in caso di scioglimento dell'unione stabile, del divorzio, della malattia, della morte, e in quali ipotesi sarebbero stati donati o scartati.

---

<sup>7</sup> BR, *Conselho Federal de Medicina*, aprile 2017, disponibile su: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> M.H. MACHADO, *Reprodução assistida: aspectos éticos e jurídicos*, Curitiba, 2009, p. 20.

In Italia, la Legge n. 40 del 2004 regola il tema. Anche se ci sono casi che hanno cambiato alcune disposizioni e ci sono ancora controversie su alcune disposizioni, il punto positivo evidenziato è l'esistenza, nell'ordinamento italiano, di una regolamentazione giuridica<sup>10</sup>.

Per chiarire meglio l'applicazione della legislazione italiana – oltre a fare un taglio metodologico, al fine di concentrarci sul punto chiave della legislazione – affronteremo un caso molto interessante, che riflette la comprensione del Paese con riguardo alle tematiche relative all'embrione e alla sua protezione legale<sup>11</sup>.

Il caso: una coppia italiana che ha fatto ricorso a un istituto spagnolo specializzato in riproduzione medicalmente assistita ha chiesto il trattamento della fecondazione eterologa. Tuttavia, nel periodo del trattamento la coppia si è separata. Così, sotto la giurisdizione italiana, l'ex coniuge ha cercato di revocare il suo consenso per l'uso del suo materiale biologico, ma l'embrione era già stato fecondato<sup>12</sup>.

Pertanto, egli agisce in Tribunale per chiedere la revoca della precedente decisione. I giudici, nel primo e nel secondo grado, hanno respinto la richiesta dell'ex marito. In questo modo, ha presentato ricorso alla Corte di Cassazione.

Con la decisione in questione, la Corte di Cassazione ha rilevato che non sarebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni consentire il ritiro del consenso, anche in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo<sup>13</sup>.

Il consenso del coniuge, o partner, per l'uso di tecniche di riproduzione assistita eterologa (così come il consenso per l'uso della fecondazione omologa assistita) non può essere efficacemente revocato se l'uovo è già stato fecondato<sup>14</sup>.

Secondo la Corte di Cassazione, l'azione di disconoscimento dell'ascendenza dei genitori, nel caso trattato, priverebbe il futuro figlio di una delle due figure parentali e del rapporto affettivo e di cura associato, a causa dell'impossibilità di avere una paternità diversa da quella dell'ex coniuge. In questo caso, l'autore dell'azione di rinuncia della paternità (nei precedenti gradi di giudizio) non ha dimostrato di aver revocato il consenso prima della tecnica di fecondazione dell'ovulo. Applicando i valori costituzionali, la Corte ha pertanto respinto le richieste avanzate dalla ricorrente, privando così qualsiasi effetto del ritiro del consenso<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Cass., ord. 18 dicembre 2017, n. 30294.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Cass., ord. 18 dicembre 2017, n. 30294.



Così, nel giudicare il caso, la disposizione della Legge n. 40 è stata applicata nel suo art. 6, che si occupa del consenso informato, vale a dire l'argomentazione di un caso precedente, che sostiene costituzionalmente la protezione dell'embrione, giustificando l'applicazione della legge<sup>16</sup>.

In questo senso, la garanzia della paternità dopo la fecondazione permette all'embrione, che può diventare bambino, di avere la garanzia della dignità della persona umana, attraverso il suo sviluppo con l'assistenza di entrambi i genitori. Pertanto, l'ex coniuge non può essere esonerato dalla sua responsabilità. Abbiamo una regola infracostituzionale, che basa la sua applicazione sui valori costituzionali, cioè il legislatore ha agito attraverso questa regola per irradiare le disposizioni della Costituzione<sup>17</sup>.

## 2. *Il consenso informato come esercizio dell'autonomia riproduttiva.*

In un primo momento, va notato che entrambi i soggetti coinvolti hanno firmato un modulo di consenso informato che autorizza la formazione di embrioni. Così, il tema ha un rapporto con lo studio del negozio giuridico di natura relazionale<sup>18</sup> e con i diritti fondamentali che permeano la situazione affrontata. Infine, si decide sulla forza contrattuale imposta di fronte alla revoca del consenso.

Come osserva il giudice Luís Roberto Barroso, quando si tratta di casi che trattano la questione dell'embrione: «In situazioni come questa, il ruolo dello Stato deve essere quello di garantire l'esercizio dell'autonomia privata, di rispettare la valutazione etica di ciascuno, senza l'imposizione esterna di comportamenti imperativi». Si propone quindi di affrontare analiticamente il tema proposto, ma anche sulla costituzionalizzazione del diritto privato insieme ai diritti fondamentali<sup>19</sup>.

Per lo sviluppo dell'opera, viene presentato il concetto adottato da Ingo Wolfgang Sarlet, che dice: «i diritti fondamentali e le garanzie (almeno la maggior parte di essi) costituiscono garanzie specifiche della dignità della persona umana, di cui sono – in un certo senso – mero dispiegarsi». Questo

---

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> D.O. CEZAR, *Pesquisas com Medicamentos: Aspectos Bioéticos*, São Paulo, 2012.

<sup>19</sup> L.R. BARROSO, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

concetto dovrebbe essere preso in considerazione quando si tratta di diritti fondamentali<sup>20</sup>.

Nel caso, la signora Evans stava lottando per non perdere l'unica possibilità di avere figli biologici. Nelle sue argomentazioni affronta la violazione della vita privata, perché afferma che il consenso informato era già stato firmato dal suo ex fidanzato, quindi non sarebbe stato lo Stato a imporre qualcosa di diverso<sup>21</sup>.

Diverse intese sorgono per risolvere la situazione. È prevalentemente necessario attenersi a ciò che è stato sostenuto dai giudici della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La maggior parte di loro ha dichiarato che il consenso non era stato inequivocabile, e comprendeva la nozione di una famiglia comune tra le due parti, che in seguito è crollata.

Inoltre, l'attenzione dei voti si concentra sulla questione della pianificazione familiare come proprietà individuale. Pertanto, imporre a qualcuno di seguire il piano familiare violerebbe i diritti di personalità della persona che sarebbe costretta a diventare genitore<sup>22</sup>.

Si giustificherebbe l'esistenza di questo consenso congiunto tra i futuri genitori al momento della formazione dell'embrione attraverso il consenso informato, non sostenendosi più quando il rapporto si rompe. Pertanto, non è opportuno seguire l'attuazione contro la volontà di una delle parti, poiché vi è stata l'abrogazione del loro consenso.

Vale la pena ricordare che per la legge inglese la revoca del consenso può avvenire fino al momento dell'impianto, perché dopo questo ci sarà una gravidanza uterina, dove l'embrione si evolve in una condizione di nascituro, ricevendo un altro trattamento giuridico. Va notato, a titolo di esempio, che la Legge italiana 40/04 afferma all'art. 6 l'impossibilità di revoca del consenso dopo la formazione dell'embrione: si verifica quindi che, secondo le diverse posizioni filosofiche e giuridiche di ogni Stato, essa ha norme differenziate<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> I. SARLET, *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 13ª ed., Porto Alegre, 2018.

<sup>21</sup> V. EVANS, *cit.*

<sup>22</sup> F.C. DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil no Direito de Família: Angústia e aflições nas relações familiares*, Porto Alegre, 2015, p. 105.

<sup>23</sup> G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, p. 293.

### 3. *Il consenso informato.*

Il consenso informato è un processo di informazione, in cui le parti esercitano la loro autonomia, acconsentendo agli interventi medici che riflettono la necessità di avere una libera scelta quando li effettuano. È un vero dovere informare, rispettando il principio della buona fede oggettiva per il rapporto stabilito<sup>24</sup>.

Così, la forma di consenso informato richiede il consenso del paziente per iniziare il trattamento, questa regola è ovvia e nota, ma meno evidente è la dinamica del consenso che postula l'adesione alle sue basi etiche e giuridiche e permette una visione umana tra medico e paziente: il rapporto di cura<sup>25</sup>.

Secondo Foglia, «[u]n consenso che si dirà “al plurale”: una consensualità che si lega ora alla pianificazione condivisa delle cure, ora alle disposizioni anticipate di trattamento, ma che punta sempre ad una reale e autentica interazione tra il medico e il paziente, la quale va ben oltre la burocratica adesione a protocolli o a moduli prestampati»<sup>26</sup>.

Infine, questo documento riflette una vera e propria attività legale *sui generis*, perché, nonostante la priorità dell'esercizio dell'autonomia privata, secondo il professor Carl Coleman non si possono forzare contratti che richiedono un rapporto familiare<sup>27</sup>. Pertanto, tenuto conto del tema affrontato nel presente studio, se il paziente decide di modificare il proprio consenso per non consentire l'uso del suo materiale genetico – data la libertà e l'autonomia di non voler entrare in un rapporto familiare del quale non fa più parte – non sarebbe opportuno esercitare la forza contrattuale del consenso informato precedentemente concesso.

In sintesi, la decisione deve essere volontaria, effettuata da una persona autonoma capace, attraverso un processo informativo completo di conseguenze e rischi<sup>28</sup>. Lo sviluppo di questo processo si materializza nella forma di consenso

---

<sup>24</sup> C. FERNANDES, L.H. PITHAN, *O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética*, in *Revista HCPA*, v. 27, n. 2, 2007, pp. 78-79.

<sup>25</sup> M. FOGLIA, *Consenso e cura: la solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, p. 12.

<sup>26</sup> M. FOGLIA, *Consenso e cura*, cit., p. 10.

<sup>27</sup> C. COLEMAN, *Procreative Liberty and Contemporaneous Choice: An Inalienable Rights Approach to Frozen Embryo Disputes*, in *84 Minn. Law Rev.*, 1999, pp. 58-63.

<sup>28</sup> J.F. CLOTET, J.R. GOLDIM, *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*, Porto Alegre, 2000, p. 13.

informato, inteso come un ‘contratto relazionale’, dove le nozioni di solidarietà e cooperazione giocano un ruolo centrale<sup>29</sup>.

Si può dire che questo<sup>30</sup> precetto è un corollario della libertà, quindi, nelle relazioni che coinvolgono embrioni e trattamenti medici per il loro impianto (fecondazione *in vitro*), spetta al paziente accettare o meno la continuità di alcuni trattamenti.

Pertanto, la probabilità che gli individui si pentano prima dell’impianto dell’embrione potrebbe verificarsi in considerazione delle rapide dinamiche delle relazioni attuali. Le decisioni contrattuali, prese con anni di anticipo, devono essere protette dal nostro sistema, perché i casi contrattuali che obbligano l’impianto degli embrioni non sembrano essere, in un primo momento, i più adatti<sup>31</sup>.

Bisogna comprendere l’evoluzione del negozio giuridico che protegge i diritti della personalità umana<sup>32</sup>, non solo come fenomeno patrimoniale, ma anche per spiegare situazioni esistenziali. Pertanto, l’analisi di questo meccanismo non può tener conto solo degli aspetti della proprietà, in quanto riflettono i diritti della personalità, e dovrebbero preservare la dignità della persona umana nella sua applicazione e analisi.

#### *4. La dignità della persona umana come base del diritto fondamentale all’autonomia riproduttiva.*

L’autonomia riproduttiva è un concetto che si sviluppa dall’autonomia privata, in questo contesto si intende analizzare la possibilità o meno di revoca del consenso anche dopo la formazione dell’embrione. Il punto chiave della questione è la compatibilità dell’efficacia dei diritti fondamentali e del rispetto dell’autonomia privata, che a sua volta è anche un diritto fondamentale<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> D.O. CEZAR, *Pesquisas com Medicamentos: Aspectos Bioéticos*, São Paulo, 2012, pp. 225-228.

<sup>30</sup> P.A.C. FORTES, *O Consentimento Informado na Atividade Médica e a Resposta dos Tribunais*, in *Revista Justiça Democracia*, v. 1, 1996, pp. 185-197.

<sup>31</sup> G. COHEN, *The right not to be a genetic parent?*, in 81 *Southern Cal. Law Rev.*, 2008, p. 1120.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> M. GRONDONA, *Derecho Contractual Europeo, Autonomía Privada Y Poderes Del Juez Sobre El Contrato*, in *Revista de Derecho Privado*, n. 22, 2012, p. 135 ss.

Ingo Sarlet sottolinea che l'articolo 1 punto III della Costituzione brasiliana per la prima volta, ha fatto della dignità della persona umana il valore supremo dell'ordine giuridico. Infine, concede legittimità e ordine al sistema, data l'importanza di questo concetto rispetto ad altri valori, attribuendo un'unità al sistema<sup>34</sup>.

In sintesi, la dignità della persona umana si traduce in un attributo inerente agli uomini, innata alla sua natura di essere umano. È diritto costituzionale la sua applicazione e la sua efficacia è immediata, non può essere alienata, non soffre di prescrizione e la Costituzione Federale del '88 l'ha fatta diventare una clausola irrevocabile. Si osserva che è indispensabile, inalienabile, e deve «essere riconosciuta, promossa e protetta, non può essere creata, concessa o ritirata, poiché esiste in ogni essere umano come qualcosa di inerente ad esso»<sup>35</sup>.

Così, la dignità come valore fondamentale riconosce e protegge i diritti fondamentali. Di conseguenza, negare il riconoscimento dei diritti fondamentali alle persone equivale a negare la loro dignità. Così, dice il professor Sarlet, «il legame tra la dignità della persona umana e i diritti fondamentali è già, ovviamente, un postulato, su cui si basa il diritto costituzionale contemporaneo»<sup>36</sup>.

È giustificata la comprensione della dignità della persona umana come tronco, in cui nascono altri diritti fondamentali, come l'autonomia privata e l'autonomia riproduttiva<sup>37</sup>. Pertanto, si presume che l'embrione non sarebbe una persona, non possedendo protezione della dignità, solo protezione e rispetto, ma al di sopra c'è la libertà individuale di decidere se seguire o meno la procedura di riproduzione assistita<sup>38</sup>.

Così, la dignità, per come intesa da Ingo Sarlet, protegge l'integrità fisica ed emotiva (psichica) in generale della persona. Secondo questo studioso, è impor-

---

<sup>34</sup> I.W. SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*, Porto Alegre, 2001.

<sup>35</sup> Ivi, p. 41.

<sup>36</sup> Ivi, p. 88.

<sup>37</sup> Ivi, p. 40.

<sup>38</sup> La fondazione del non diritto alla vita dell'embrione si basa su ADI 3510/09, che si occupa della possibilità di smaltire gli embrioni da utilizzare nella ricerca sulle cellule staminali embrionali. In altre cose, ADPF 54 del 2012, che ha permesso l'aborto di feti anencefalici, ha vasto materiale nei voti dei ministri della Corte Suprema, così come al momento avvocato Luís Roberto Barroso, che ha agito difendendo l'aborto a favore della Confederazione Nazionale dei Lavoratori della Salute. Inoltre, la risoluzione n. 2.168 del Consiglio federale della medicina prevede la possibilità di rigetto e di donazione di ricerca, vale a dire che si ha già una posizione stabilita in diversi meccanismi che non concepiscono l'embrione come un'entità con diritto alla vita nella pianificazione pubblica.

tante tenere in conto che le persone devono trattare il proprio corpo (compreso il materiale genetico) come rappresentativo della propria individualità autonoma e responsabile<sup>39</sup>.

Inoltre, se abbiamo come base l'autonomia riproduttiva come diritto fondamentale possiamo concludere che si possa permettere la revoca del consenso prima dell'impianto dell'embrione. Così, il diritto di uno dei possibili genitori di esigere dall'altro la continuazione del trattamento, costituisce una vera e propria collisione dei diritti fondamentali. Come lo sviluppo della dignità della persona umana fonda la disposizione costituzionale, in particolare nell'art. 226, che la pianificazione familiare, è libera decisione della coppia.

### 5. *Possibilità di revoca del consenso.*

In questo modo, l'autonomia riproduttiva viene difesa come un diritto fondamentale che consente lo sviluppo della personalità. In conformità a questo concetto viene permesso al Sig. Johnson di revocare il proprio consenso, poiché ha l'autonomia di non disporre del suo materiale genetico e successivamente avere obblighi come genitore. Come affermato dalla sentenza, si parte da una nozione di violazione della privacy familiare, al fine di difendere l'autonomia riproduttiva dell'ex partner, giustificando così la revoca del consenso<sup>40</sup>.

In termini pratici e non tecnici, il conflitto tra Evans e il Regno Unito è il seguente: negare la maternità o forzare la paternità? Date le circostanze, neghiamo la maternità se ci atteniamo alle parole della legge inglese. Forziamo la paternità se non seguiamo la legge, che rende il consenso di una condizione essenziale per procedere con l'impianto nell'utero di uova fecondate *in vitro*.

Per quanto riguarda la dottrina dei diritti, il caso riguarda naturalmente un conflitto orizzontale tra due diritti fondamentali, entrambi garantiti in conformità all'art. 8 della Convenzione Europea: il diritto di rispettare entrambe le decisioni per diventare o non diventare genitore costituisce il rispetto delle scelte fatte dai singoli individui per quanto riguarda la loro vita privata. I diritti di entrambe le persone sono considerati tutelati dall'obbligo del consenso. Entrambe le parti rivendicano pertanto il rispetto dello stesso diritto, tutelato allo stesso modo. Tali diritti sono considerati, in linea di principio, di pari intensità<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> I.W. SARLET, *cit.*, p. 88.

<sup>40</sup> V. EVANS, *cit.*

<sup>41</sup> L. ZUCCA, J. BOMHOFF, *The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and*

Secondo Tartuce, l'autonomia privata esiste non solo in base contrattuale o obbligatoria, ma anche nella sede esistenziale. La natura esistenziale dell'autonomia privata è giustificata, ad esempio, quando si sceglie con chi relazionarsi, con chi sposarsi, con chi costruire una famiglia<sup>42</sup>. Così, quando rompiamo questo legame, possiamo eseguire la violazione contrattuale del termine di consenso informato, che ha autorizzato l'uso del gamete, poiché è l'esercizio dell'autonomia privata esistenziale della parte<sup>43</sup>.

Infine, consentire la revoca del consenso dal punto di vista della parte che non vuole seguire con il progetto parentale sembra corretto. Tuttavia, comportando forti questioni emotive, l'autonomia riproduttiva, che riflette il diritto alla vita privata di avere o meno il suo materiale genetico concesso, costituisce un'ipotesi che dovrebbe essere presa in considerazione.

Secondo i valori della dignità della persona umana e della valorizzazione dell'autonomia privata esistenziale, la revoca del consenso nei casi relativi agli embrioni trova il suo fondamento. Nonostante la necessità di un accordo giuridico, la forza contrattuale dello stesso deve essere adattata all'oggetto di cui si occupa: questioni esistenziali private.

---

*Incommensurability of Rights, Evans v. the United Kingdom, Fourth Section Judgement of 7 March, 2006, Applicaiton No 6339/05, in European Constitutional Law Review, v. 2, n. 2, pp. 424-442.*

<sup>42</sup> F. TARTUCE, *Novos princípios do direito de família brasileiro*, in A.C.B. TEXEIRA, G.L. RIBEIRO (eds.), *Manual de direito das famílias e das sucessões*, Belo Horizonte, 2008, p. 45.

<sup>43</sup> In questo senso: «Comprendono che, per quanto riguarda l'autonomia privata esistenziale, per garantire il libero sviluppo della personalità, è essenziale che la persona possa scegliere lo stile di vita che meglio lo realizza, così come realizzare il suo progetto di vita individuale. Pertanto, in questo campo, non si poteva permettere di funzionalizzare, soprattutto agli interessi sociali o collettivi. Per loro, per quanto riguarda la funzionalizzazione dell'autonomia privata esistenziale, l'unica alternativa possibile è assegnarle una funzione personale e individuale, legata esclusivamente alla libera realizzazione della personalità, poiché la società contemporanea non è segnata da omogeneità e somiglianza, ma dalla diversità e dalla differenza, ed è la sfida di affrontare tutte le conseguenze derivanti da questo fatto», in A.C.B. TEXEIRA, C.N. KONDER, *Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte*, disponibile su: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357> (20 settembre 2014).

## 6. *Autonomia privata.*

Libertà e responsabilità sono due termini che coesistono. Così, gli individui uguali e liberi, non possono essere vincolati da qualcosa di diverso dal loro consenso. L'autonomia privata nasce con le nozioni di soggetto e proprietà giuridica, tutti diventano necessariamente proprietari, o di beni o di forza lavoro. L'attività giuridica non è più una semplice dichiarazione di volontà destinata a produrre effetti giuridici, ma piuttosto una realizzazione dell'autonomia privata dei soggetti che la praticano, in conformità con la regolamentazione dei loro interessi fissati con la pratica dell'atto<sup>44</sup>. Questo principio fondamentale funge da linea guida da seguire, agendo nel campo delle scelte individuali, difendendo l'autoregolamentazione delle relazioni private.

La libertà di ciascuno di entrare in relazioni private e di raccogliere le norme che le compongono comprende la sfera della libertà individuale, a condizione che, ovviamente, non violi i diritti non disponibili. Gli aspetti di queste relazioni stabiliscono le loro basi nel creare, modificare o estinguere le relazioni giuridiche private; come principi informativi del sistema; come canone interpretativo; come realizzazione del principio della dignità umana, che determina che ogni persona sceglie il proprio destino in cerca di felicità ed è responsabile delle proprie scelte<sup>45</sup>. Amaral afferma anche che la tutela costituzionale del diritto al libero sviluppo della personalità all'autonomia privata dovrebbe essere estesa, perché è un principio indispensabile per l'autodeterminazione e la responsabilità della persona umana<sup>46</sup>.

## 7. *L'autonomia riproduttiva come sviluppo dell'autonomia privata.*

Va sottolineato che qui ci troviamo di fronte alla possibilità di regolamentare l'autoregolamentazione nelle relazioni private, rispettando la costituzionalizzazione del diritto privato e l'incidenza dei diritti fondamentali. In questo contesto, è necessario verificare l'autonomia riproduttiva, come un modo per esercitare l'autonomia privata, che è la libertà di prendere e assumere decisioni riproduttive.

Si sostiene che ci possa essere un cambiamento nelle basi che creano la forma del consenso informato, rendendolo senza forza contrattuale, in considerazione della dignità della persona umana e dell'art. 8 della Convenzione Europea dei di-

---

<sup>44</sup> A. PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, 1982, p. 143.

<sup>45</sup> F. AMARAL, *Direito Civil: introdução*, 6ª ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 345.

<sup>46</sup> *Ibidem*.



ritti dell'uomo. Va anche notato che il contratto firmato ha una natura relazionale esistenziale e non può ricevere la stessa forza di inadempimento delle imprese che si occupano di *res*.

Essa si basa pertanto sull'uso frequente della CEDU nel diritto alla vita privata e familiare, come indicato all'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, per valutare l'entità delle presunte violazioni, sia per esaminare il diritto di essere genitore, sia per non esserlo<sup>47</sup>.

Il diritto all'autonomia riproduttiva copre un settore molto più ampio del diritto alla privacy, in quanto si tratta di una sfera, in cui ognuno può svolgere liberamente la propria personalità, compreso il diritto di sviluppare relazioni con altre persone e con il mondo esterno. È anche un diritto negativo che, in quanto tale, impedisce a terzi (compresi gli Stati) di interferire nel loro esercizio individuale, quindi, non implica necessariamente che tali terzi dovrebbero facilitare il loro esercizio agli individui<sup>48</sup>.

La concezione dell'autonomia riproduttiva nasce dai movimenti delle donne nel ventesimo secolo che comprendono non solo i diritti riproduttivi dei contenuti negativi, cioè la difesa contro qualsiasi interferenza, privazione o limitazione della libertà di scelta di procreare o meno, ma anche il diritto positivo di decidere se, quando e come procreare e sviluppare l'attività del genitore<sup>49</sup>. Si sostiene, quindi, sulla base del principio dell'isonomia, garantito dalla Costituzione brasiliana all'art. 5<sup>50</sup>, che il diritto all'autonomia riproduttiva comprende anche il diritto del genitore di scegliere quando, come e con chi procreare.

La libertà di pianificazione familiare, garantita dall'art. 226, paragrafo 7, della Costituzione brasiliana<sup>51</sup>, rappresenta la prima base per l'autonomia riproduttiva.

---

<sup>47</sup> E.F. AMORÓS, *La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia*, disponibile su: [http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n36/bioetica\\_tribunal.pdf](http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n36/bioetica_tribunal.pdf), p. 95.

<sup>48</sup> *Ibidem*

<sup>49</sup> H.H. BARBOZA, *Reprodução humana como direito fundamental*, in C.A.M. DIREITO, A.A.C. Trindade, A.C.A. PEREIRA (eds.), *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*, Rio de Janeiro, 2008, pp. 777-783.

<sup>50</sup> «[...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]».

<sup>51</sup> «[...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas [...]».

In termini di riproduzione viviamo una storia di continue sfide e liberazioni da limiti naturali, giuridici e culturali che permettono la libera scelta di sé, del come e quando procreare<sup>52</sup>.

C'è l'autonomia esistenziale della persona umana, legata alla privacy, intesa come «la protezione delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e stigma sociale», così proteggendo il limite dell'individuo e segnando, quindi, una «progressiva inclusione di nuovi aspetti della libertà»<sup>53</sup>.

Non spetta allo Stato o a qualsiasi fede religiosa, né alla Costituzione stabilire i fini che ogni persona umana deve perseguire, i valori e le credenze che deve professare, il modo in cui deve guidare la sua vita, le strade che deve seguire. Ogni persona è libera di determinare le direzioni della sua esistenza, perché gli individui sono titolari di una sfera di libertà giuridicamente protetta, che deriva dal riconoscimento della loro dignità<sup>54</sup>.

## 8. *Conclusione.*

Con lo sviluppo, sempre più tecnologico dell'area biomedica, è importante evidenziare la difesa dell'autonomia riproduttiva, basata sull'importanza delle questioni della sfera esistenziale, come quelle del caso discusso, che tendono a sorgere più frequentemente.

Pertanto, si conclude che lo Stato non può decidere se avere o meno figli, giustificando così la revoca del consenso e il diritto di non diventare un padre genetico di fronte al concetto di autonomia riproduttiva come diritto fondamentale, sostenuto dall'autonomia privata, vale a dire la possibilità di autoregolamentazione nella sfera privata.

Il caso deciso dalla CEDU riflette l'*impasse* che le nuove tecnologie hanno imposto. Sebbene sia delicato permettere che gli embrioni del caso della sig.ra Evans vengano distrutti, il ragionamento svolto dalla Corte è andato a favore del diritto

---

<sup>52</sup> S. RODOTÀ, *Autodeterminazione e laicità: perché laico*, Bari, 2010, p. 70.

<sup>53</sup> S. RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância*, Rio de Janeiro, 2008, p. 15.

<sup>54</sup> D. SARMENTO, Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada, B. Cient. ESMPU, Brasília, ano 4, n. 14, jan./mar. 2005, pp. 167-217, disponibile su: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rxirAkb5hB8J:boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada/at\\_download/file+&cd=7&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rxirAkb5hB8J:boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada/at_download/file+&cd=7&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br).

del sig. Johnson di rispettare la sua sfera privata di non impegnarsi in un progetto parentale di cui non fa più parte.

Come osservato, la natura esistenziale dell'autonomia privata appare quando decidiamo con chi impegnarci e quale progetto di vita vogliamo realizzare, giustificando così la revoca del consenso.

La difesa dell'esistenza dell'autonomia riproduttiva come diritto fondamentale del genitore di decidere se essere padre biologico dopo la separazione riflette l'isonomia nei confronti dell'uomo a partire dalla donna. Infine, se si verificasse il contrario, la sig.ra Evans potrebbe anche aver revocato sulla base del cambiamento della sua situazione relazionale e, di conseguenza, del suo progetto di vita.

Questo studio affronta l'importanza di uno dei valori migliori preservati dal nostro ordine giuridico: la libertà. La libertà di decidere in quali relazioni private impegnarsi e quale progetto di vita si desidera realizzare, come parte di una sfera fondamentale dello sviluppo della personalità umana.



# APONTAMENTOS SOBRE A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A TEORIA GERAL DO CONTRATO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

*Fábio Siebeneichler de Andrade\**

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. O Reconhecimento da noção pluralista de contrato no código civil brasileiro. Diferenciação entre contratos civis e empresariais. Distinção entre contratos paritários e assimétricos. – 3. O Reenquadramento da influência social na teoria geral do contrato. – 4. Critérios para a interpretação judicial. – 5. Restrição à revisão contratual. – 6. Conclusão.

## *1. Introdução.*

O tema objeto de exame no presente texto diz respeito às alterações introduzidas no Código civil brasileiro de 2002 na matéria da teoria geral do contrato.

Em 13 de setembro de 2019, foi promulgada a Lei 13.874, intitulada Lei de liberdade econômica. Seu âmbito ultrapassa os limites estreitos do presente trabalho, pois possui um objetivo amplo, no sentido de fixar diretrizes relacionadas à atividade econômica.

Trata, por exemplo, de matéria administrativa, para estabelecer delineamentos administrativos direcionados à vida empresarial. Além disso, disciplina questões

---

\* Professor titular de Direito Civil da Escola de Direito da PUC-RS (Porto Alegre, Brasil). O texto corresponde à palestra realizada por ocasião de seminário realizado no Departamento de Direito da Universidade de Gênova em janeiro de 2020. As notas foram limitadas ao essencial. Agradeço ao Professor Mauro Grondona o honroso convite.

relativas à desconsideração da personalidade jurídica, desenvolvendo matéria regulada originariamente regulada no Código civil.

No âmbito dessa intervenção, cumpre restringir a abordagem das diversas questões contempladas pela intervenção legislativa à matéria da teoria geral do contrato, expondo, aqui, de forma sintéticas, algumas reflexões sobre as novidades introduzidas no ordenamento brasileiro relativamente a esse tópico.

Cumpre explicitar que, ao se fazer menção à teoria geral do contrato, compreende-se aqui temas estruturantes relativos a esse instituto, tais como seus princípios, sua classificação e sua função. Com efeito, essas matérias foram objeto de referência, pela referida Lei de liberdade econômica, o que corresponde a uma profunda alteração das bases teóricas estabelecidas pelo Código civil 2002.

## *2. O reconhecimento da noção pluralista de contrato no Código civil brasileiro.*

No que concerne a noção de contrato, há que se partir da premissa, sintética, de que ele corresponde a um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes fixam determinados interesses comuns de caráter patrimonial, gerando reciprocamente efeitos jurídicos obrigacionais.

A partir dessa noção singela, pode-se estabelecer diversas diferenciações, sendo uma das mais primárias a que diferencia, no âmbito do direito privado, os contratos entre civis e comerciais.

No curso de seu desenvolvimento histórico, a partir da independência, ocorrida em 1822, o direito privado brasileiro adotou desde logo o modelo dualista, no sentido de que ele estabeleceu a distinção entre direito comercial e direito civil<sup>1</sup>.

Nesse sentido, cumpre sublinhar a circunstância de o Direito brasileiro possuir a peculiaridade de o Código comercial anteceder ao Código civil: o primeiro foi promulgado em 1850, ainda no período do Império, enquanto o segundo surge em 1916.

Muito embora as diversas tentativas de alterar esse modelo ao longo do tempo, essa concepção permaneceu vigente até o Código civil de 2002. Somente a partir dessa codificação, observa-se a mudança de paradigma no direito privado brasileiro, com a revogação do Código comercial e a concepção de uma única noção de contrato na disciplina geral do Direito privado brasileiro.

Observe-se que o contrato de consumo não se encontra disciplinado no Código civil, sendo objeto de regulação específica no Código de defesa do consumidor.

---

<sup>1</sup> Cf., por exemplo, F.S. DE ANDRADE, *Da Codificação*, Porto Alegre, 1997, p. 136.

Desse modo, na versão originária do Código civil de 2002, os princípios contratuais destinavam-se a um único tipo contratual, desconsiderando-se qualquer eventual diferenciação relativamente ao contrato civil e ao contrato empresarial.

Muito embora se possa atribuir ao tema dimensão precipuamente teórica, é certo que a matéria possui relevância prática, na medida em que se discute se a concretização do princípio da boa-fé, por exemplo, não deve ter sopesamento no que concerne aos contratos empresariais.

Desse modo, a circunstância de a Lei de liberdade econômica reconhecer, na nova redação do artigo 421, a diferenciação entre contratos civis e empresariais, implica o abandono da visão monista contemplada originariamente pelo codificador de 2002, que se configurou, em essência, um hiato no desenvolvimento do direito privado brasileiro.

Reputa-se, aqui, que essa nova solução é meritória, na medida em que reconhece a necessária distinção entre os modelos contratuais, que não devem ser tratados de modo uniforme<sup>2</sup>.

Tão ou mais importante que a distinção acima indicada, apresenta-se o reconhecimento introduzido pela Lei de liberdade econômica no sentido de que o contrato pode ser paritário e assimétrico<sup>3</sup>.

No âmbito do direito privado brasileiro, pode-se conceber que esta distinção já estava presente, a partir da disciplina do contrato de consumo pelo Código de defesa do consumidor (Lei 8.078/1990).

Há que se reconhecer, porém, a relevância da diferenciação estabelecida pela Lei de liberdade econômica no artigo 421: a codificação opera, agora, com a nítida diferenciação entre contratos paritários e assimétricos, impondo, porém, à parte interessada que demonstre a existência de assimetria.

Pode-se ponderar, porém, que não se contempla qualquer critério acerca da noção de assimetria, de modo que o intérprete possa, com precisão, determinar a existência dessa categoria contratual.

Outra questão também foi deixada em aberto pela Lei de liberdade econômica: quais os instrumentos passíveis de serem utilizados a fim de equilibrar o contrato assimétrico.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, A.J. AZEVEDO, *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2000, v. 1, pp. 3-4.

<sup>3</sup> Cf., por exemplo, G. ALPA, *Il Contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, pp. 1158-1167; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali V, 2007, p. 370 ss.

Inexiste, por exemplo, no Código civil, a disposição sobre a possibilidade de invocação supletiva do regime do código de defesa do consumidor<sup>4</sup>, referente aos temas da teoria geral do contrato.

Uma questão significativa a esse respeito seria, por exemplo, a eventual necessidade de invocação das disposições relativas aos contratos de adesão, contidas no artigo 54, do Código de defesa do consumidor. Observe-se, inicialmente, que o referido artigo, em seu § 3º, dispõe que as cláusulas nesse tipo de contratação sejam redigidas de acordo com o princípio da transparência, com caracteres claros e ostensivos<sup>5</sup>. Além disso, no § 4º do mesmo artigo 54, determina-se que sejam destacadas as cláusulas que estabeleçam restrição a direito do consumidor<sup>6</sup>.

Muito embora não seja objeto de debate no direito brasileiro, pode-se invocar a possibilidade de aplicação de instrumentos de tutela presentes no Código de defesa do consumidor, para contratos civis, como seria o caso da aplicação do direito de arrependimento para o contrato de fiança, em face da posição de garantia assumida pelo fiador<sup>7</sup>.

Há, portanto, uma lacuna no direito contratual brasileiro, relativamente à matéria de tutela da parte contratante em que configura a assimetria no equilíbrio da relação, que no direito italiano tem sido qualificado igualmente como o *terceiro contrato*<sup>8</sup>.

Pode-se, porém, observar que a tendência presente no direito contratual brasileiro consiste na explicitação da distinção entre o regime das relações de consumo e o regime geral disciplinado pelo Código civil. Exemplo nesse sentido se observa a partir da recente Lei sobre contratos de franquia (Lei 13.966/2019), que, em seu artigo 1º, expressamente dispôs sobre a não aplicação do regime previsto no Código de defesa de consumidor a esta espécie de contrato.

---

<sup>4</sup> Sobre o tema cf., por exemplo, N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Paris, 2002, p. 517 ss.

<sup>5</sup> Art. 54, § 3º: «Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor».

<sup>6</sup> Art. 54, § 4º: «As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão».

<sup>7</sup> O tema tem sido objeto de discussão no direito alemão. Cf. D. LOOSCHELTERS, *Schuldrecht – Besonderer Teil*, 13ª ed., München, 2018, p. 396.

<sup>8</sup> Cf. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2010, p. 9 ss.



### 3. *O Reenquadramento da influência social na teoria geral do contrato.*

A disciplina da teoria geral do contrato, no Código civil de 2002, foi expressamente influenciado pela ideia de funcionalização social<sup>9</sup>. Essa circunstância se expressa a partir do artigo 421, que acolheu como princípio contratual a função social.

No direito brasileiro, a matéria possui status constitucional, na medida em que o texto da Constituição Federal de 1988, no artigo 3º contempla a noção de solidariedade como objetivo fundamental da República brasileira. De modo ainda mais específico, no capítulo dedicado à ordem econômica, da Constituição Federal, estabelece-se que esta deve ter presente os ditames da justiça social<sup>10</sup>.

A relevância do princípio da função social do contrato no direito privado brasileiro foi ressaltada pela doutrina brasileira<sup>11</sup>, não sendo o caso de resgatar no presente texto o debate a respeito de sua aplicação<sup>12</sup>.

Em sua redação original, o referido artigo 421 dispunha que não somente que a liberdade de contratar era limitada pela razão da função social do contrato, como também deveria ser exercida em razão desse princípio.

Cumpre, portanto, ressaltar a relevância da alteração contemplada pela Lei de liberdade econômica ao restabelecer que a autonomia privada não está subordinada ao princípio da função social do contrato.

Nesse sentido, harmoniza-se a redação do Código civil com a percepção de que, no que concerne à relação entre autonomia privada e funcionalização do contrato decorrente do acordo das partes, há que prevalecer uma visão de ponderação, em que apenas em casos tópicos pode-se indagar acerca da necessidade de limitar o que foi pactuado entre as partes<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. F.S. DE ANDRADE, *Da Codificação*, cit., p. 136.

<sup>10</sup> Art. 170: «A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios».

<sup>11</sup> Ver, por exemplo, A.J. DE AZEVEDO, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*, *Revista dos Tribunais*, 1998, v. 750, p. 113 ss.

<sup>12</sup> Ver, por exemplo, H. THEODORO JÚNIOR, *O Contrato e sua função social*, 2ª ed., Belo Horizonte, p. 100 ss.

<sup>13</sup> Expressiva no sentido aqui indicado é o Enunciado n. 23 da Jornada de Estudos

#### 4. *Critérios para a interpretação judicial.*

Uma das principais alterações propiciadas pela Lei de econômica consiste na inserção de critérios para a interpretação dos negócios jurídicos, categoria em que se insere o contrato, evidenciando a preocupação em restringir a atividade hermenêutica judicial.

No Código civil de 2002, a matéria da interpretação dos negócios jurídicos é objeto de disciplina no artigo 113. Originariamente dispunha esse preceito que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar da celebração.

Sobressai, portanto, a prevalência dada pelo codificador ao princípio da boa-fé como cláusula geral de interpretação, que deveria servir como principal critério hermenêutico.

Cumprе pontuar que já ao tempo da promulgação do Código civil, houve críticas à ausência de diretrizes e determinações acerca das cláusulas gerais estabelecidas no ordenamento brasileiro a partir de 2002<sup>14</sup>.

Nesse contexto, apresenta-se a Lei de liberdade econômica como uma expressão, no direito privado brasileiro, da tendência contemporaneamente qualificada como uma ‘fuga das cláusulas gerais’, objeto de debate igualmente na doutrina italiana<sup>15</sup>.

Mediante a nova regulamentação da matéria, cumpre ao juiz, ao pretender dar sentido às disposições contratuais, verificar a presença de alguns critérios, elencados nos incisos I a V do indicado art. 113.

Em primeiro lugar, cumpre pontuar que o dispositivo possui deficiências técnicas, na medida em que não somente o princípio da boa-fé é mencionado no caput do artigo, como também no inciso III do referido dispositivo.

Sobressai que se pretende estabelecer diretrizes primárias para o intérprete: no inciso I do artigo 113 consta que se deve interpretar o contrato de acordo com o sentido dado pelas partes posteriormente à celebração; no inciso II, o sentido do

---

do Superior Tribunal de Justiça: «a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana».

<sup>14</sup> Nesse sentido, A.J. DE AZEVEDO, *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, cit.*, p. 10.

<sup>15</sup> Cf., por exemplo, o volume dedicado ao tema: G. D’AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 1 ss.

contrato deve corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo do negócio.

A questão que se pode suscitar, relativamente a estes primeiros critérios, consiste em saber se, na eventualidade de haver uma divergência entre o sentido dado pelas partes ao negócio, ou entre os usos e costumes e a boa-fé, aqueles critérios poderão prevalecer relativamente a esse princípio contratual.

Tendo em vista o pouco tempo desde a promulgação da lei de liberdade econômica, com a inserção dessas diretrizes interpretativas, ainda não existe uma posição jurisprudencial no direito brasileiro.

Caso, porém, se recorra ao direito comparado, pode-se vislumbrar no direito alemão, um exemplo em que a jurisprudência se utilizou da cláusula geral dos bons costumes (*Gutte Sitten*), prevista no § 138, do BGB, para corrigir uma prática comercial corrente no âmbito das garantias contratuais e, em consequência, declarar nula a fiança concedida por parente do devedor, afiançado<sup>16</sup>.

A partir de uma decisão da Corte constitucional alemã (BVerfG)<sup>17</sup>, a jurisprudência civil, pelo seu tribunal superior (BGH)<sup>18</sup>, passou-se a considerar uma situação de violação dos bons costumes no caso em que se apresenta uma relação pessoal próxima (*besonderes persönliches Näheverhältnis*) entre o devedor e o fiador e se o fiador estiver substancialmente onerado financeiramente (*finanziell erheblich überfordert*).

Observa-se, portanto, a partir desse precedente alemão, a possibilidade de o juiz intervir no procedimento adotado pela prática comercial, qualificando-a como incompatível com princípios da teoria contratual, ou dos negócios jurídicos.

Reputa-se, portanto, que muito embora o legislador tenha pretendido atribuir relevância formal aos critérios indicados nos incisos I e II sobre o princípio da boa-fé, considera-se que essa circunstância não deve prevalecer na hipótese em que, eventualmente, o comportamento adotado pela parte no curso do contrato, ou mesmo os usos e costumes, for prevalentemente contrário à noção de correção a ser adotada pelas partes na esfera contratual.

No inciso IV do artigo 113, resgata-se como critério interpretativo a regra romana, *ambiguitas contra proferentem*<sup>19</sup>. No direito contemporâneo, sua função tem

---

<sup>16</sup> Ver, por exemplo, D. Looschelters, *Schuldrecht*, cit., p. 394.

<sup>17</sup> Cf. BVerfG 89, 214.

<sup>18</sup> BGHZ 26, 142.

<sup>19</sup> Cels. D. 34, 5.26 « Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est (Quando em uma estipulação surge o questionamento acerca do que as

sido revalorizada<sup>20</sup>, para destacar a necessidade de interpretar contratos massificados, na hipótese de contradição ou dúvida, contrariamente àquele que a redigiu.

No direito brasileiro, a referida regra já estava presente no artigo 47, do Código de defesa do consumidor como critério interpretativo, sob a premissa de que os contratos de consumo são redigidos pelo fornecedor de produtos e serviços<sup>21</sup>.

No Código civil, na seção relativa às diretrizes gerais do contrato, igualmente se faz menção à regra *contra proferentem* como critério interpretativo<sup>22</sup>, de modo que, em essência, a disposição inserida pela Lei de liberdade econômica, no art. 113, no que concerne aos contratos, configura um *bis in idem*.

Um último critério de interpretação corresponde ao inciso V, que prevê sobre a necessidade de observância da razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Cuida-se, em essência, de uma diretriz para o juiz que pretende enfatizar a necessidade de verificar o que as partes pretenderam estabelecer no momento da formação do contrato, bem como o modo pela qual estruturaram suas perspectivas de custos e ganhos na relação jurídica. Valoriza-se aqui, de modo expresso no direito privado brasileiro, a perspectiva econômica do contrato, que efetivamente não deve ser desconsiderada pelo juiz no âmbito interpretativo.

Pode-se ponderar, porém, acerca da efetividade desse critério, no direito brasileiro, na medida em que se apresenta como oneroso para o juiz mesurar em todos os casos essa circunstância.

Observe-se, ainda, que o § 2º do artigo 113 outorga às partes a liberdade de pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos

---

partes pretenderam concretamente, a ambiguidade se resolve contra o credor estipulante)». Sobre o tema, ver, por exemplo, H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien, 1988, pp. 73-88; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, p. 637 ss.

<sup>20</sup> Cf., por exemplo, J. McCUNN, *The Contra proferentem Rule: contract law's great survivor*, *Oxford Law Review*, Vol. 39, No. 3 (2019), pp. 483-506; A. PETRUCCI, *Dois exemplos de migração de conceitos e princípios em matéria contratual: do direito romano ao DCFR*, in *Revista Ajuris*, vol. 45, n. 145, 2018, p. 293 ss.

<sup>21</sup> Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

<sup>22</sup> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. Trata-se de tema relevante, que igualmente mereceu atenção da doutrina italiana<sup>23</sup>.

No âmbito da presente exposição, cabe apenas pontuar sobre a extensão da liberdade concedida pelo legislador às partes. Uma questão relevante consiste em saber se as partes poderão dispor limites convencionais ao próprio princípio da boa-fé. Se é certo que, no espírito do texto legal, elas poderão restringir a aplicação do princípio, a questão que se põe é se elas poderão excluí-lo<sup>24</sup>. O tema foi objeto de recente tratativa no direito francês, que, a partir da reforma de 2016, no artigo 1.104, alínea 2, considera o princípio de boa-fé de ordem pública, razão pela qual não é passível de exclusão pelas partes<sup>25</sup>.

Na esfera do direito privado brasileiro, muito embora não se encontre determinação similar à recente regra do direito francês, há que se considerar vedada às partes a completa exclusão do princípio da boa-fé, tendo em vista não somente a sua centralidade no âmbito da disciplina da teoria geral do contrato, como também sua função e papel de eticidade no plano relacional do contrato<sup>26</sup>.

### 5. *Restrição à revisão contratual.*

A matéria de revisão contratual não é objeto de disciplina expressa no Código civil de 2002.

No que concerne ao tema, o direito civil brasileiro adotou o modelo jurídico italiano, tendo estabelecido, no artigo 478, do Código civil, um remédio resolutório, para a hipótese de onerosidade excessiva, que conduz à extinção do contrato.

Nesse contexto, muito embora a referida inexistência de pressuposto legislativo explícito no sentido de possibilitar a alteração do contrato no caso de circunstâncias supervenientes, uma vez mais preocupada com a discricionariedade judicial, a Lei de liberdade econômica introduziu dispositivo no Código Civil que pretende restringir a possibilidade de revisão judicial. Trata-se do parágrafo único do artigo 421 -A, III, que estabelece que a revisão contratual dar-se á de forma excepcional e limitada.

---

<sup>23</sup> Cf. M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011, p. 195 ss.

<sup>24</sup> Ver, por exemplo, Y.M. LAITHIER, *L'Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire? Réflexions comparatives*, Dalloz, 2014, p. 33; M. GRONDONA, *cit.*, p. 255 ss.

<sup>25</sup> Cf. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, Paris, 2a ed., 2019, p. 107.

<sup>26</sup> Cf. C. DO COUTO E SILVA, *Obrigação como processo*, Porto Alegre, 1976, p. 32 ss.

Ocorre que, talvez em contrariedade ao pretendido pelo legislador, pode-se indagar se não houve aqui a configuração de um direito subjetivo a pleitear a revisão contratual. Afinal, de modo expresse, faz-se, pela primeira vez, menção explícita à revisão contratual na parte geral de contratos do Código civil.

Há que se referir, sumariamente, que a regra citada propicia várias indagações: a primeira delas é que não contempla qualquer pressuposto para sua invocação pela parte interessada na revisão contratual. Com efeito, o dispositivo limita-se a referir que deve a revisão deve ocorrer de modo excepcional.

A dúvida que surge a esse respeito é se os requisitos para invocar a revisão contratual serão os mesmos previstos na regra referente à resolução por onerosidade excessiva – de difícil demonstração; ou então serão outros, menos restritivos, tendo em vista que inexistente previsão expressa pelo legislador.

Observe-se, ainda, que o referido artigo 421-A, III, dispõe que a atuação do juiz deve ser limitada, sem contemplar maior elaboração a respeito do sentido dessa disposição. Uma vez mais, em primeira análise, pode-se considerar que se indica a diretriz no sentido de o juiz circunscrever a sua atuação para limitar o prejuízo da parte, como, por exemplo, mediante o reajuste do preço. Indaga-se, porém, se se considera autorizado o juiz a adotar outras medidas, tais como, eventualmente, alterar o objeto do contrato, o modo de pagamento, ou mesmo liberar o devedor da prestação<sup>27</sup>!

O laconismo da disposição existente no direito brasileiro e a crise decorrente da pandemia Covid – 19 explicitaram a necessidade de atualizar o tema no ordenamento brasileiro. Debate-se acerca de adotar um procedimento específico, que institui a possibilidade de renegociação.

É certo que essa solução não se configura como uma fórmula mágica<sup>28</sup>, apta a resolver a tensão dialética perene existente na relação obrigacional. Constitui-se, porém, em instrumento concreto, capaz de propiciar às partes e ao juiz um mecanismo para possibilitar a resolução de conflitos contratuais.

A pergunta que surge é no sentido de como conceber a renegociação de mecanismos de implementação, a fim de que ela se revele um instrumento dotado

---

<sup>27</sup> No âmbito jurisprudencial, encontra-se precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por exemplo, negou a pretensão de moratória do locatário, sob o fundamento de que o direito brasileiro não autoriza o devedor a pura e simplesmente suspender o cumprimento da obrigação. Foi deferida, porém, a redução do valor do aluguel em 50% da quantia devida. Cf. Ag. Inst. N. 20772891-87.2020.8.26.0000, 34ª Câmara de Direito Privado, 22.04.2020.

<sup>28</sup> Sobre o tema ver, por exemplo, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *cit.*, p. 468 ss.

de carga de operacionalidade. Uma solução possível seria o estabelecimento de sanções para a parte que a frustra ou não se mostra colaborativa: seria, por exemplo, facultado ao juiz, na ausência de renegociação, ou na sua frustração por omissão da parte, sancionar esta mesma parte com as custas processuais decorrentes do processo estabelecido.

Cumpra, porém, ter presente, que o tema é de difícil deslinde. Inexistindo dispositivo expresso no sentido de considerar que a renegociação seja matéria de ordem pública, pode surgir a indagação acerca da subtração da parte a esse dever. Essa questão poderia ter lugar no Direito civil brasileiro, tendo em vista que, em face da reforma introduzida pela Lei de Liberdade Econômica, nos termos do inciso I do artigo 421, as partes podem estabelecer os seus próprios parâmetros para a revisão contratual<sup>29</sup>, de modo que se pode indagar se elas não estariam habilitadas a aumentar a rigidez dos seus pressupostos de incidência, ou mesmo renunciar ao mecanismo de renegociação dos contratos por elas celebrados.

## 6. *Conclusão.*

Da sintética análise das alterações introduzidas pela Lei de liberdade econômica, na parte relativa à teoria do contrato, verifica-se a abrangência dos propósitos do legislador.

Observa-se, em essência, a pretensão de mudança de rumos relativamente ao proposto originariamente pela codificação civil.

Busca-se não somente destacar o papel da autonomia privada, como estabelecer mecanismos de limitação à atuação judicial na esfera contratual: os critérios estabelecidos para a interpretação dos contratos são o exemplo mais marcante desta pretensão.

Cuida-se, ao mesmo tempo, de tema clássico e atual no âmbito da teoria do contrato, sendo emblemático que o legislador brasileiro estabeleça uma disciplina a respeito.

Pode-se indagar, porém, a fim de esboçar uma singela conclusão, se a tentativa do legislador brasileiro não se mostra inconclusiva e contracorrente. Com efeito, a disciplina estabelecida para os contratos assimétricos é insuficiente, pois não dota o juiz de instrumentos para corrigir ou atenuar a possível assimetria existente nos contratos civis e empresariais.

---

<sup>29</sup> Art. 421 – A - I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução.

Revela-se, também, contracorrente, na medida em que se limita a estabelecer restrições para a figura da revisão contratual, ignorando a relevância que a matéria pode assumir na prática e na teoria contratual, especialmente na esfera dos contratos de longa duração.

Nesse contexto, se é certo que a Lei de liberdade econômica altera concepções relevantes do direito privado brasileiro, pode-se igualmente afirmar que sua disciplina poderia ter contribuído de forma mais efetiva para o desenvolvimento contratual brasileiro, ainda mais quando se vislumbra as soluções recentes no direito europeu.



# L'OBBLIGO LEGALE DI RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO NELLE REVISIONI DELLE CODIFICAZIONI ITALIANA E BRASILIANA

*Matteo Turci\**

SOMMARIO: 1. L'obbligo di rinegoziazione del contratto tra prospettive di riforma del Codice Civile e riflessioni dottrinarie. – 2. L'obbligo di rinegoziazione nella dottrina italiana. – 3. Il contenuto dell'obbligo e il suo inadempimento. – 4. L'esperienza brasiliana.

## *1. L'obbligo di rinegoziazione del contratto tra prospettive di riforma del Codice Civile e riflessioni dottrinarie.*

Nella riflessione dottrinale sul tema delle sopravvenienze contrattuali non impossibilitanti, è da tempo viva l'attenzione sui c.d. rimedi manutentivi (o conservativi) del contratto<sup>1</sup>. La spinta propulsiva della dottrina su tale fronte ha recentemente fatto breccia nella volontà del legislatore il quale, in un recente disegno di legge delega destinata a conferire al Governo la facoltà di revisionare o integrare il Codice Civile vigente<sup>2</sup>, ha inserito tra i «principi e criteri direttivi» destinati a indirizzare l'attività di revisione del Codice ad opera del Governo, la richiesta

---

\* Assegnista di ricerca nell'Università di Genova.

<sup>1</sup> E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, I, p. 55 ss. e ora in *Jus civile (online)*. Cfr. A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione. Riflessione sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*, Pisa, 2019, p. 85.

<sup>2</sup> Il Ddl è il n. 1151 del 2019.

che il prodotto di tale attività preveda «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta tra le parti».

Ove il disegno di legge venisse confermato e attuato l'ordinamento italiano verrebbe ad allinearsi alle esperienze maturate in altri Stati<sup>3</sup> nel ridisegnare la disciplina delle 'sopravvenienze atipiche'<sup>4</sup> inserendo, tra gli estremi oggi concessi dall'art. 1467 cod. civ. – sopportazione dello svantaggio per salvare l'operazione *versus* rinuncia all'affare per scongiurare il pregiudizio economico

---

<sup>3</sup> Il riferimento è all'ordinamento francese, il quale ha introdotto, nel nuovo art. 1195 del *Code Civil*, la disciplina dell'*imprévision con l'Ordonnance* n. 2016-131. Sulla novella del codice civile francese si rinvia alle più diffuse osservazioni di V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2018, p. 392 ss., e E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 130 ss. Cfr. G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 179 ss. La versione definitiva del novellato art. 1195 del *code civil* appare ispirata dai *Principles of European Contract Law* redatti dalla Commissione Lando, in particolare il riferimento è all'art. 6.111 che introduce l'obbligo, per le parti, di avviare trattative nel caso in cui una prestazione dedotta in contratto sia divenuta eccessivamente onerosa a causa di un mutamento delle circostanze e, in caso di mancato accordo in tempi ragionevoli, facoltizza il giudice ad intervenire pronunziando la risoluzione o la modifica del contratto (oltre all'eventuale risarcimento del danno a carico della parte che abbia agito contrariamente a buona fede). Sui *Principles of European Contract Law* v., per tutti, R. ZIMMERMANN, *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Bonn, 2003. Cfr. F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss., in part. p. 79 ss., e ID., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 825 ss. Nella prospettiva del diritto privato europeo v., per tutti, F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obb. e contr.*, 2012, II, p. 134 ss.

<sup>4</sup> Il concetto di sopravvenienza atipica è proposto da R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, p. 1708 ss., con particolare riferimento a p. 1709. T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 1095 ss., propone una distinzione tra le sopravvenienze quantitative, incidenti sul prezzo, e quelle qualitative, incidenti sulla modalità o la specie della prestazione. Sul punto v. anche C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 235 ss. La gestione delle sopravvenienze atipiche è stata affrontata, più recentemente, da E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

–, un'opzione intermedia maggiormente adeguata alle esigenze imposte dalla contemporanea realtà degli scambi commerciali<sup>5</sup>.

Benché non paia revocabile in dubbio il fatto che un generale obbligo legale di rinegoziazione del contratto sia estraneo all'attuale impianto del Codice Civile, certa dottrina ha da tempo avvertito la necessità di offrire ai protagonisti della

---

<sup>5</sup> Come noto, il Codice del 1865, al pari del *Code Civil* napoleonico, non disciplinava le sopravvenienze non impossibilitanti. Non senza che si registrasse un acceso dibattito, il legislatore del 1942 optò per una (in allora) innovativa disciplina delle sopravvenienze, che tenesse conto del carattere impossibilitante o meno delle stesse, distinguendo tra quelle determinanti l'impossibilità della prestazione e quelle importanti un'eccessiva onerosità. Per una panoramica del dibattito dottrinale relativo all'opportunità di introdurre nel Codice una disciplina delle sopravvenienze si veda, per tutti, F.P. TRASCÌ, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, p. 36 ss., in particolare p. 49 ss. In generale sulle sopravvenienze e sui rimedi relativi si vedano: A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Padova, 1952, *passim*; L. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1995. Sull'inadeguatezza dell'art. 1467 cod. civ. rispetto alle esigenze degli odierni operatori del mercato si veda, tra gli altri, F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 24 ss. Dello stesso autore v. anche *Obbligo di rinegoziare e atto dovuto*, in *Studium iuris*, 2006, p. 1374 ss. Cfr. R. SACCO, *Il Contratto*, *cit.*, p. 1709: «La risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo». L'«inadeguatezza del sistema dei rimedi modificati» è una problematica avvertita anche da V. ROPPO, *Il Contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, p. 968 ss. Come rileva E. GABRIELLI, *sub art. 1467*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale – artt. 1425-1469-bis*, in E. GABRIELLI, *Commentario del codice civile*, UTET, 2011, p. 606 ss., in particolare p. 664 ss., la prospettiva di indagine a favore del principio di conservazione del contratto «ha trovato argomenti di sostegno nel “diritto europeo dei contratti”, dato che i relativi Principi, elaborati dalla Commissione Lando, prevedono (art. 6:111), accanto allo scioglimento giudiziale del contratto, i rimedi della rinegoziazione e dell'adattamento giudiziale (quest'ultimo opera, in alternativa allo scioglimento, nel caso in cui la rinegoziazione, cui le parti sono tenute, fallisca)». In punto v. inoltre C. CASTRONOVO, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss., e G. ALPA, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 121 ss. Analogamente è frequentemente evocato dagli studi in materia il *Draft Common Frame of Reference*, su cui G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI (a cura di), *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009. Per una più recente ricognizione sul problema della «inadeguatezza del rimedio generale della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta» v. A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, in part. p. 192 ss.

vicenda contrattuale un rimedio manutentivo del contratto<sup>6</sup>, idoneo a tutelare l'interesse verso l'operazione cui il contratto colpito da sopravvenienza sia preordinato senza perciò dover sopportare lo squilibrio<sup>7</sup>. Le diverse ricostruzioni dottrinali in tal senso muovono dal comune rilievo dato dall'esistenza nel Codice Civile di varie disposizioni che disciplinano l'adeguamento di taluni contratti tipici, accumulati dall'essere contratti c.d. di durata<sup>8</sup>, colpiti da un mutato equilibrio economico<sup>9</sup>, considerate espressione di un favore del Codice verso la conservazione e il riequilibrio del contratto<sup>10</sup>.

Le più note teorie dell'obbligo di rinegoziazione si riconducono a due famiglie: una basata sulla rilettura degli artt. 1467 e 1664 cod. civ.<sup>11</sup>, l'altra su clausole generali (quali l'equità *ex* art. 1374 cod. civ., e la buona fede *ex* artt. 1366 e 1375 cod. civ.), in funzione di fonti integrative del contratto<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> I primi approcci al problema ricostruiscono una teoria della rinegoziazione del contratto muovendo dallo studio della clausola *rebus sic stantibus* e della *reductio ad aequitatem* di contratti eccessivamente onerosi. Si vedano, tra gli altri, G. OSTI, *Appunti per una teoria della "soprapvenienza". La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471 ss.; ID., (voce) "*Clausola rebus sic stantibus*", in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 356; F. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 297 ss.; M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 309; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Napoli, 1960.

<sup>7</sup> Quanto al concetto di rimedio manutentivo si veda V. ROPPO, *Il Contratto, cit.*, p. 969 ss.

<sup>8</sup> *Ex plurimis* si veda F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione, cit.*, pp. 9 ss., 54 ss.

<sup>9</sup> Tra le disposizioni si ricordano gli artt. 1623, 1664, 1897 e 1898 cod. civ. Una differente classificazione delle disposizioni siffatte è proposta da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione, cit.*, p. 132 ss. Per una ricostruzione delle diverse teorie si veda G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss. e in particolare p. 796 ss.

<sup>10</sup> In questo senso, tra gli altri, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, p. 108 ss., e E. GABRIELLI, *sub art. 1467, cit.*, p. 665 s.

<sup>11</sup> Ascrivibile a M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 480 ss., e T. MAUCERI, *Soprapvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 1095 ss.

<sup>12</sup> Fonda l'obbligo di rinegoziazione sull'art. 1374 cod. civ. R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto, cit.*, p. 1709: «nulla ci obbliga a ritenere che l'art. 1374 non possa generare rimedi equitativi ulteriori, rispetto alla risoluzione e alla riduzione», pur non contestando l'A. la possibilità che tale rimedio trovi fonte nel principio di buona fede *ex* artt. 1366 e 1375 cod. civ.: «con la prima o con la seconda tecnica si giunge a mettere in opera una regola di giustizia non scritta». La ricostruzione del dovere di rinegoziazione del contratto in base a buona fede contrattuale è tratto saliente, in particolare, della

## 2. *L'obbligo di rinegoziazione nella dottrina italiana.*

La prima delle cennate teorie individua nell'impianto del Codice Civile «due diversi regimi del rischio ispirati a due diversi modelli di gestione delle sopravvenienze»<sup>13</sup>, l'uno, fondato sull'art. 1467 cod. civ., ispirato ad una gestione definita consensualistica del rischio e l'altro, fondato sull'art. 1664 cod. civ., informato ad una gestione definita conservativa del rischio, tesa ad un'efficiente allocazione delle risorse<sup>14</sup>.

Nel primo modello «le ragioni dell'efficienza economica impersonate dal debitore delle prestazioni cedono alle ragioni dell'autodeterminazione del creditore»<sup>15</sup>, e la parte colpita dalla sopravvenienza ha a disposizione il solo rimedio ablativo, demandando alla controparte l'opportunità di salvare il contratto mediante l'offerta di riconduzione ad equità. Tale soluzione garantisce la congruità dello scambio, ma non la permanenza dell'affare<sup>16</sup>. Sotto questo profilo è stato, in particolare, messo in evidenza che «l'alternativa della risoluzione è così costituita esclusivamente da una ricostruzione dell'equilibrio contrattuale originario ascrivibile in egual misura alla «volontà» di entrambe le parti: a quella della parte svantaggiata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, poiché la modifica delle condizioni contrattuali non fa che ripristinare l'equilibrio da essa inizialmente accettato; ed a quella della parte avvantaggiata, poiché l'incremento quantitativo della sua prestazione risale alla sua stessa offerta (di riduzione ad equità)»<sup>17</sup>.

---

proposta argomentativa di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione, cit., passim*. Vedi, poi, M.V. CESARO, *Clausola di rinegoziazione, cit.*; F. GAMBINO, *cit.*; G. MARASCO, *cit.* Una ricognizione di ambedue i citati orientamenti è operata da A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione, cit.*, p. 98 ss. ove l'A. accredita come dominante l'orientamento che fonda l'obbligo legale di rinegoziazione sul dovere di solidarietà ex art. 2 Cost. e sul dovere di buona fede contrattuale ex art. 1375 cod. civ.

<sup>13</sup> Con queste parole M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione, cit.*, p. 491.

<sup>14</sup> *Ibidem*. Cfr. E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata, cit., passim*.

<sup>15</sup> Con queste parole si esprime, ancora, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione, cit.*, p. 492.

<sup>16</sup> M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione, cit.*, pp. 491-492, il quale prosegue precisando: «sicché, in tale modello, le ragioni dell'efficienza economica imposte dal debitore della prestazione cedono alle ragioni dell'autodeterminazione del creditore».

<sup>17</sup> *Ibidem*.

Al contrario, il secondo modello ‘salva’ il contratto, conservandone gli effetti previa il riequilibrio della prestazione, in nome di un’efficiente allocazione delle risorse. Sono quindi preservati sia congruità dello scambio, che la certezza dell’operazione, «mentre il rischio è integralmente allocato sul creditore della prestazione del tutto a prescindere dal suo consenso», il tutto in ragione di una scelta di politica legislativa volta a offrire “tutela degli investimenti preordinati all’esecuzione del contratto e nell’incentivazione che essa introduce alla loro effettuazione nella misura economicamente ottimale»<sup>18</sup>.

Secondo la tesi in esame il regime consensualistico troverebbe applicazione in quei contratti in cui la prestazione presenta caratteristiche di generalità e fungibilità e il cui processo produttivo non richiede un particolare investimento ad opera dell’obligato, un contesto nel quale la salvezza del contratto passa necessariamente per la preservazione dell’assetto dei rispettivi interessi sul quale i contraenti hanno *ab origine* trovato il loro accordo, cristallizzatosi nel vincolo contrattuale, prevedendo la caducazione del vincolo quale sola possibilità rimediabile<sup>19</sup>. Il regime conservativo, al contrario, ai contratti nei quali emerge una prestazione specialistica, alla quale si perviene all’esito di un processo produttivo che implica un investimento, di tempo e altre risorse, da parte del debitore e che, per le proprie caratteristiche, non è altrimenti ricollocabile sul mercato, suggerendo di accordare prevalenza alla salvezza del vincolo contrattuale a scapito della conservazione dell’assetto di interessi raggiunto dalle parte al momento della conclusione del negozio<sup>20</sup>.

La collocazione delle norme sulle quali si fonderebbero i due differenti regimi, l’una inserita nella parte generale del contratto, l’altra nella disciplina di un negozio tipico, rappresenta tuttavia un ostacolo all’accoglimento della prospettiva che i suoi sostenitori ambirebbero superare affermando che l’apprezzamento del valore normativo di una disposizione discenderebbe dal tipo di problema che con essa il legislatore ha inteso risolvere, e non già dalla sua collocazione sistematica, ragione per cui non sussisterebbe un rapporto di genere a eccezione tra l’art. 1467 cod. civ. e l’art. 1664 cod. civ. in ragione della sola allocazione delle due disposi-

---

<sup>18</sup> Secondo T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative*, cit., p. 1110, le peculiarità proprie della figura dell’appaltatore parrebbero aver avuto influenza sulla disciplina delle sopravvenienze contenuta nell’art. 1664 cod. civ.

<sup>19</sup> M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 494.

<sup>20</sup> M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 459, parla di «scambio integrativo». Cfr. T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative*, cit., pp. 1110-1111.

zioni<sup>21</sup>. Solo in forza di tale, a nostro avviso discutibile, assunto si potrebbe operare quella 'particolarizzazione' dell'art. 1467 cod. civ., a norma disciplinante i soli contratti di scambio c.d. puntuali e, parallelamente, la 'generalizzazione' dell'art. 1664 cod. civ. a disciplina generale delle sopravvenienze in tutti i contratti di scambio c.d. integrativi<sup>22</sup>.

Nonostante l'indubbio fascino delle argomentazioni proposte, la ricostruzione testé tratteggiata non pare convincere a fondo, non riuscendo a superare il limite della pretesa generalizzazione di una norma speciale, la quale non potrebbe mai essere posta a fondamento di una regola di generale applicabilità. Non solo: se la possibilità di disapplicazione dell'art. 1467 cod. civ. pare sostenibile in forza di un principio generale dell'ordinamento, quale quello di buona fede, molto più arduo risulta giustificare la stessa in virtù dell'applicazione di una regola particolare.

Proprio alle clausole generali si sono rivolti altri interpreti per fondare il presunto obbligo di rinegoziazione, attraverso un'operazione di esegesi evolutiva<sup>23</sup>.

Una prima teorizzazione argomenta a partire dall'art. 1374 cod. civ.<sup>24</sup>, affermando che, in forza del precetto ivi contenuto, i contraenti si obbligherebbero, oltre a quanto stabilito con il loro accordo, anche alle ulteriori dalla legge riconnesse al sorgere del vincolo e, in particolare, all'equità che, integrando le conseguenze giuridiche derivanti dal contratto<sup>25</sup>, introdurrebbe, nei contratti a esecuzione non istantanea, una implicita clausola di rinegoziazione<sup>26</sup>. Resterebbe tuttavia salva la possibilità per i contraenti di escludere pattizamente

---

<sup>21</sup> In questo senso si esprime, richiamando quanto più diffusamente trattato in *Diritto, sistema e senso. Limiti di una teoria*, Torino, 1996, p. 103 ss., M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione, cit.*, p. 496.

<sup>22</sup> Le parole sono, ancora una volta, quelle di M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione, cit.*, p. 480 ss. Cfr. E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata, cit.*, p. 163 ss.

<sup>23</sup> M.V. CESARO, *Clausola di rinegoziazione, cit.*; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare, cit.*; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale, cit.*, *passim*.

<sup>24</sup> Per tutti v. F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, *passim*, e S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*.

<sup>25</sup> F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare, cit.*

<sup>26</sup> Sul punto R. SACCO, *Il Contratto, cit.*, p. 1709, secondo il quale siffatta clausola assolverebbe all'esigenza di sostituire al dato divenuto obsoleto e non più funzionale al perseguimento dell'operazione originariamente concepita dai contraenti. Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione, cit.*, p. 312 ss.

l'applicazione della clausola 'implicita' adottando una clausola di «non revisibilità espressa»<sup>27</sup>.

A fronte dell'indubbio pregio di ricostruire un generale dovere delle parti di rinegoziare il contratto afflitto da sopravvenienza, superando l'*impasse* logico-sistemica dell'estensione dell'ambito applicativo di norme a carattere particolare, l'equità, di per sé, non sembra offrire una base sufficientemente solida a fondare il preteso obbligo, potendo, tutt'al più, rappresentare il criterio a cui devono informarsi le parti nel ricostituire l'equilibrio sinallagmatico turbato. Il principio idoneo a fondare l'integrazione dei contratti di lunga durata<sup>28</sup> mediante l'inserimento della clausola di rinegoziazione implicita<sup>29</sup>, è più convincentemente individuata nella clausola generale di buona fede *ex artt.* 1366 e 1375 cod. civ.<sup>30</sup>, con una soluzione interpretativa che si pone in continuità con le posizioni dottrinali che hanno valorizzato tale clausola generale<sup>31</sup>. La costruzione si fonda sull'assunto per cui se le parti avessero avuto contezza dell'evento esterno sopravvenuto, avrebbero formato il loro accordo di conseguenza, ragione per la quale il rifiuto a rinegoziare configura un comportamento opportunistico, contrario al precetto dell'art., 1375 cod. civ. e, pertanto, insuscettibile di tutela<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> R. SACCO, *Il Contratto*, cit., p. 1711 e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 314.

<sup>28</sup> Sulla categoria dei contratti di durata si è spesa a lungo la dottrina. Sul tema v., per tutti, G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 143 ss., 227 ss. e, ivi, 1944, I, p. 17 ss. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 9 ss., parla di «contratti di lunga durata».

<sup>29</sup> Secondo S. RODOTÀ, cit., p. 118 ss., l'elencazione contenuta nell'art. 1374 cod. civ. presenterebbe carattere di tassatività, consentendone l'ampliamento solo ad opera di una disposizione di legge. Similmente C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 248 ss.

<sup>30</sup> Quanto all'interpretazione del contratto si rinvia, tra i molti, a F. GALGANO, *Interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, *passim* e L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2013, p. 209 ss. Sull'esecuzione del contratto, per tutti, si veda M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2013, p. 171 ss.

<sup>31</sup> Tra le tante si ricorda F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr. eur.*, 2005, p. 509 ss., V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 451 ss., G. AMADIO, *Il terzo contratto, il problema*, in G. GITTI, G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 9 ss.

<sup>32</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 321, poi ribadito in Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata del nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione*



Tale ricostruzione è stata autorevolmente indicata quale rimedio idoneo a trattare i contratti colpiti dai provvedimenti adottati a seguito della diffusione del virus c.d. Covid-19, precisando come il fondamento di tale obbligo ancorando tale obbligo a «quella reciproca solidarietà tra i contraenti che il principio costituzionale di solidarietà economica e sociale impone»<sup>33</sup>.

L'interpretazione testé sintetizzata, è bene precisarlo, presuppone una concezione economico-giuridica della clausola di buona fede, là dove un approccio rigidamente dogmatico porta inevitabilmente la teorizzazione a scontrarsi, da un lato, con l'efficacia riconosciuta al contratto dall'art. 1372 cod. civ., e dall'altro (e soprattutto) con il principio di autonomia privata contrattuale<sup>34</sup>.

### 3. *Il contenuto dell'obbligo e il suo inadempimento.*

Il contenuto del dovere di rinegoziazione si esaurisce nell'obbligo di compiere di tutti gli atti che, in rapporto al caso concreto, consentirebbero alle parti di pervenire ad un nuovo accordo sulle condizioni contrattuali, adeguandole alle mutate circostanze, ma non implica l'effettivo raggiungimento dell'accordo che può mancare a prescindere dalla buona fede delle parti nell'intavolare e condurre

---

*all'obbligo di rinegoziare, cit.*, p. 82 ss. Si vedano inoltre le osservazioni di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, p. 571 ss., in particolare pp. 578-580.

<sup>33</sup> Così A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), p. 3 ss.

<sup>34</sup> In proposito F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione, cit.*, p. 322; R. SACCO, *Il Contratto, cit.*, pp. 1709-1710; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, in particolare p. 368 ss. Di contrario avviso appare F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 62 ss., ove l'A., richiamando E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, *passim*, evidenzia l'inconciliabile contrasto che esisterebbe tra autonomia contrattuale e obbligo di rinegoziazione. Ulteriori critiche in M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione, cit.*, p. 485 ss., e G. SICCHIERO, *La rinegoziazione, cit.*, p. 807 ss. e *Rinegoziazione (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento II*, Torino, 2003, p. 1200 ss., secondo cui il riferimento alle circostanze in cui fu concluso non sarebbe persuasivo. Concorde l'avviso di A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 710 ss., ove l'A. sottolinea l'insostenibilità del dovere di rinegoziare anche in forza di ragioni efficientistiche, laddove una tutela degli 'improvvidenti' ne incentiverebbe gli azzardi. Più recentemente v. A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione, cit.*, p. 102 ss. Offre una risposta alle critiche in punto A. PISU, *L'adeguamento dei contratti, cit.*, p. 199 ss.

la trattativa)<sup>35</sup>. L'obbligo impone anche alla parte che richiede la rinegoziazione di invocare il rimedio solo ove ne sussistano i presupposti<sup>36</sup>.

Contro l'inadempimento dell'obbligo, integrato dal rifiuto a rinegoziare i termini o dalla conduzione delle trattative in modo scorretto<sup>37</sup>, si potrebbero invocare sia i rimedi a tutela dell'inadempimento<sup>38</sup>, sia i rimedi sinallagmatici<sup>39</sup>.

La possibilità di beneficiare della sentenza costitutiva *ex art. 2932 cod. civ.*<sup>40</sup>, pur criticata in ragione del fatto che il giudice dovrebbe giustificare la scelta dello specifico riassetto degli interessi dei contraenti prescelto, rispetto ai molteplici astrattamente possibili<sup>41</sup>, trova il conforto delle uniche decisioni che l'obbligo di rinegoziazione hanno affermato<sup>42</sup>. Più convincentemente si è altresì affermata la

---

<sup>35</sup> In tale senso si esprime, richiamando la dottrina tedesca, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 343. Come sottolinea V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento*, cit., pp. 401-402, «se si ritiene che l'obbligo consista nel condurre trattative in buona fede nella finalità della conclusione dell'accordo, ne deriva che, in mancanza di accordo, non può riconoscersi automaticamente responsabilità delle parti per inadempimento».

<sup>36</sup> F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare*, cit., p. 579.

<sup>37</sup> *Ibidem.* V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento*, cit., p. 402.

<sup>38</sup> Secondo A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., pp. 4-5, «Se la rinegoziazione non inizia per il rifiuto della parte che ha interesse a preservare l'originario contenuto contrattuale si può invocare l'art. 1460 c.c.: non ci sembra infatti eccentrico predicare l'inadempimento della parte che rifiuta la rinegoziazione; né ci sembra eccentrico ritenere legittima l'autoriduzione della propria prestazione (fino alla misura che, consensualmente e solidaristicamente, poteva concordarsi) operata dalla parte vittima dell'emergenza sanitaria».

<sup>39</sup> Cfr., *amplius*, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 402 ss.

<sup>40</sup> Che trova il sostegno di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 426 ss. Concordi V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 264 ss., e V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 973, secondo il quale il rimedio è l'«obbligo di contrarre le modifiche del contratto-base suggerite da ragionevolezza e buona fede». In punto si veda anche P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 539 ss.

<sup>41</sup> Così si esprime A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit., p. 715 ss. Maggiormente convincenti paiono le critiche di A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, p. 209 ss., secondo il quale l'obbligo di rinegoziare si dovrebbe atteggiare alla stregua di un'obbligazione di mezzi e non di risultato, alla quale non sarebbe quindi applicabile l'art. 2932 cod. civ., pensato per i casi nei quali le parti sono vincolate alla conclusione di un contratto e non già alla mera esecuzione di trattative.

<sup>42</sup> Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, p. 571 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare*, cit. Quanto al riconoscimento dell'obbligo legale a rinegoziare cfr.

possibilità di «una modifica unilaterale dei termini del contratto, operata in autotutela dalla parte in difficoltà» in caso di fallimento delle trattative<sup>43</sup>.

#### 4. *L'esperienza brasiliana.*

La disciplina delle sopravvenienze non impossibilitanti ha impegnato severamente anche i giuristi brasiliani. Il nuovo *codigo civil* adottato nel 2003 ha introdotto un'apposita disciplina delle sopravvenienze contrattuali, contenuta negli artt. 478, 479 e 480, contenuti nel titolo V '*Dos Contratos em Geral*', Capitulo II, '*Da Extinção do Contrato*', Seção IV '*Da Resolução por Onerosidade Excessiva*'. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è stata favorevolmente accolta e celebrata come espressione dei valori di *socialidade, eticidade e operabilidade* che segnano il momento di passaggio dalla logica individualistica e dogmatico-formalista del *codigo civil* del 1916 a quella *ratio* ispiratrice del legislatore del 2002<sup>44</sup> che trova solenne espressione nel principio di funzione sociale del contratto fissato dall'articolo 421<sup>45</sup>.

I tre articoli che costituiscono la Seção IV prevedono che se, nei contratti a esecuzione continuata o differita, la prestazione di una delle parti, «em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis», è diventata eccessivamente onerosa «com extrema vantagem para a outra», il debitore della prestazione colpita potrà chiedere la risoluzione del contratto (art. 478). Il creditore avvantaggiato dalla sopravvenienza ha, tuttavia, facoltà di evitare la risoluzione «oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato» (Art. 479). Nel caso in cui la prestazione colpita sia oggetto di un contratto con obbligazioni a carico di una sola parte, poi, il debitore ha facoltà di chiedere la riduzione della prestazione o la modifica delle sue modalità di esecuzione «a fim de evitar a onerosidade

---

Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 117 ss., con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, e in *Foro it.*, 2013, I, c. 375 ss.

<sup>43</sup> In questi termini A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., p. 5.

<sup>44</sup> A. CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Bari, 2005, p. 281 ss.

<sup>45</sup> J.L. DE CASTILHO PEREIRA, *A teoria da imprevisão e os limites sociais do contrato no novo código civil. Implicações no direito do trabalho*, in D. FRANCIULLI NETTO, G. FERREIRA MENDES, I. GRANDA DA SILVA MARTINS FILHO (eds.), *O Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*, Sao Paulo, 2003, p. 388 ss.

eccessiva» (Art. 480)<sup>46</sup>. Tali disposizioni sono evidentemente ispirate agli artt. 1467 e ss. cod. civ.<sup>47</sup> segnalandosi, pertanto, come un perfetto terreno di confronto tra l'ordinamento italiano e quello brasiliano<sup>48</sup>.

Andando oltre le evidenti affinità tra la disciplina italiana e quella brasiliana dell'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>49</sup> e addentrandosi sul piano di un confronto esegetico, emergono i punti di scollamento tra le due regolamentazioni. Si segnala subito all'attenzione dello studioso italiano la presenza di un riferimento all'estremo vantaggio operato dall'art. 479, del tutto alieno alla disciplina dettata dagli artt. 1467 e ss. c.c. o più puntualmente, come attenta dottrina ha sottolineato, noto all'ordinamento italiano nel diverso ambito della rescissione del contratto<sup>50</sup>.

Per converso, invece, nella disciplina del *codigo civil* manca ogni riferimento all'alea normale del contratto ed una previsione che fissi il riferimento oltre il quale l'eccessiva onerosità assume rilievo<sup>51</sup>; così come non si rinviene alcuna nor-

---

<sup>46</sup> In punto si vedano le riflessioni di E. AL MUREDEN, *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 236 ss.

<sup>47</sup> J. FIGUEIREDO ALVES, *Com. sub art. 478*, in R.B. Tavares da Silva (coord.), *Codigo civil comentado*, 6<sup>a</sup> ed., Sao Paulo, 2008, p. 436 ss. Nella dottrina italiana v. A. CALDERALE, *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto luso-brasiliano*, in [www.comparazioneditto.civile.it](http://www.comparazioneditto.civile.it), p. 20; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 2 e E. AL MUREDEN, *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, cit., p. 235.

<sup>48</sup> In punto v. E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 21.

<sup>49</sup> E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 479 ss. e A. DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e "reductio ad aequitatem"*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 662 ss.

<sup>50</sup> Così E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 1. Si è sottolineato come il riferimento a tale elemento potrebbe pregiudicare la tutela a favore del contraente onerato, anche in ragione delle evidenti difficoltà in punto di oneri probatori. V. GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil: contratos*, Sao Paulo, 2005, vol. 4, t. 1, p. 307. Secondo A. CALDERALE, *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto luso-brasiliano*, cit., p. 20, inoltre, «spinge ad un aggiustamento insoddisfacente del contratto, rendendo improbabile la considerazione del nuovo quadro economico determinato dalla sopravvenienza».

<sup>51</sup> E. AL MUREDEN, *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 236 ss.; A. CALDERALE, *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto luso-brasiliano*, cit.

ma che, al pari dell'art. 1469 cod. civ., escluda i contratti aleatori dall'ambito di applicazione della *Resolução por Onerosidade Excessiva*<sup>52</sup>.

Già dalla sua introduzione la nuova normativa ha sollevato vivaci critiche, le più pressanti delle quali rivolte alla stessa scelta di fondo operata dal legislatore e consistente nell'offrire come prima risposta alle sopravvenienze non impossibilitanti la risoluzione del contratto in onta all'interesse dei contraenti il quale, specie nei rapporti di durata, è volto alla conservazione del contratto e non già alla sua caducazione<sup>53</sup>. Osservazione avvalorata tanto dalla previsione di cui all'art. 317 del codice il quale, in tema di obbligazioni pecuniarie, dispone che *quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação*, e dall'art. 6 del *Código de Defesa do Consumidor* che consente, al solo consumatore, di chiedere la revisione del contratto divenuto per lui eccessivamente oneroso, quanto dalla circostanza per cui la modifica del contratto divenuto eccessivamente oneroso per circostanze imprevedibili è principio consacrato in materia di contratti amministrativi<sup>54</sup>.

In analogia con gli sforzi ermeneutici compiuti dalla dottrina italiana, gli studiosi hanno ricostruito in via interpretativa l'obbligo di revisione del contratto.

Una prima ricostruzione dogmatica fonda il potere officioso del giudice di pronunciare la *revisão* del contratto sui principi di buona fede contrattuale<sup>55</sup> e di funzione sociale del contratto di cui all'art. 421<sup>56</sup>. Si noti come tale primo orientamento non miri a individuare un obbligo delle parti di rinegoziare il contratto, passibile di esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento, come

---

<sup>52</sup> Si veda, ancora, E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 1. Nel *Código Civil* i contratti aleatori sono oggetto di apposita disciplina agli artt. 458-461. Sul tema si vedano, per tutti, L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, *passim*; E. GABRIELLI, *Alea (voce)*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, Roma, 2000; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, *passim*.

<sup>53</sup> La predilezione per la risposta ablativa alla sopravvenienza onerosa è ricavata dalla sistematica degli articoli che vedono all'art. 478 la risoluzione ed al successivo art. 479 la possibilità di revisione. Sul punto v. J. FIGUEIREDO ALVES, *Com. sub art. 478*, cit., p. 437.

<sup>54</sup> Art. 5, Legge n. 8.666 del 1995.

<sup>55</sup> Prevista dall'art. 422: «Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé».

<sup>56</sup> N. NERY JUNIOR, R.M. DE ANDRADE NERY, *Código civil comentado*, 6ª ed., Sao Paulo, 2008, p. 544 ss.

sostenuto dalla dottrina italiana, bensì tende a sottrarre all'autonomia privata la gestione della sopravvenienza per affidarla al giudice<sup>57</sup>.

Per converso un secondo orientamento, più attento al ruolo dell'autonomia privata in ambito contrattuale, con un ragionamento sovrapponibile con quello compiuto dalla dottrina nostrana, ha ricostruito un generale *favor* del codice rispetto alla conservazione del contratto<sup>58</sup> in forza del quale consentire anche alla parte che della sopravvenienza subisce gli effetti negativi di richiedere la rinegoziazione delle condizioni del contratto<sup>59</sup>. A supporto di tale teoria è stato inoltre argomentato come il potere di richiedere la risoluzione del contratto, riconosciuto dall'art. 478 al contraente colpito dalla sopravvenienza, sarebbe più ampio del potere di chiedere la revisione del contratto e, pertanto, lo comprenderebbe, consentendone l'esercizio ad ambedue i contraenti<sup>60</sup>.

Poggiando sulle predette elaborazioni sono stati, quindi, presentati due disegni di legge (il primo nel 2002 e il secondo nel 2007) volti a codificare la predominanza del rimedio manutentivo, rispetto a quello ablativo, in caso di sopravvenienza onerosa, volontà sottolineata dalla sistematica che sarebbe risultata dalla riforma nella quale a una prima sezione dedicata alla revisione sarebbe seguita una seconda dedicata alla risoluzione<sup>61</sup>.

Archivate senza seguito le predette opzioni di riforma, l'apertura dell'ordinamento brasiliano verso i rimedi conservativi del contratto e, in specie, la rinego-

---

<sup>57</sup> V. più diffusamente A. CALDERALE, *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto lusobrasiliano*, cit., p. 22, ove più ampi riferimenti di dottrina.

<sup>58</sup> Ancora in analogia con l'esperienza italiana, la dottrina brasiliana ha fondato il principio di conservazione del contratto sull'art. 620 del codice il quale, richiama l'art. 1664 cod. civ.

<sup>59</sup> J. OLIVERA ASECÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contractual no novo código civil*, in M.L. DELGADO, J. FIGUEIREDO ALVES (eds.), *Questões controversas*, vol. 2, Sao Paulo, 2004, p. 181 ss.

<sup>60</sup> Si noti come, nonostante l'affinità dei dettati normativi, tale ingegnoso stratagemma interpretativo sembri estraneo all'esperienza della dottrina italiana. V. in punto M.H. DINIZ, *Curso de Direito Civil: Teoria das obrigações contratuarias e extracontratuarias*, Sao Paulo, 19a ed., 2003, p. 39 ss.

<sup>61</sup> I disegni di legge sono il *Projeto de lei 6960* del 2002 e il *Projeto de lei 276* del 2007. In punto si veda sempre A. CALDERALE, *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto lusobrasiliano*, cit., p. 23.

ziazione ha subito l'impatto della recentissima riforma che nel 2019 ha interessato il *codigo civil*<sup>62</sup>.

Con la *Medida Provisoria* 881 del 2019<sup>63</sup>, infatti, si è introdotto all'art. 421 del codice la seguente formulazione: «Nelle relazioni contrattuali private prevale il principio del l'intervento minimo dello Stato, da parte di uno qualsiasi dei suoi poteri, e la revisione del contratto determinata da fonte esterna alle parti sarà eccezionale»<sup>64</sup>.

Già ad un primo esame di tale intervento, infatti, si è osservato come la predetta interpolazione del dettato normativo del codice, proprio nell'articolo istitutivo di quel principio di funzione sociale del contratto sul quale la dottrina ha posto le fondamenta della ricostruzione interpretativa del potere del giudice di revisionare il contratto divenuto iniquo a causa di un'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>65</sup>, sembrerebbe segnare una scelta di campo netta, e di segno opposto, rispetto alle istanze di cui la dottrina si è fatta promotrice sin dai primi istanti di vigenza del nuovo *Codigo Civil*, riaffermando e istituzionalizzando il principio *pacta sunt servanda*<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> La riforma è stata apportata dalla Lei n° 13.874, del 20 settembre 2019, che ha convertito (con modifiche) la *Medida Provisória* n. 881 del 2019.

<sup>63</sup> *Medida Provisória* n. 881, de 30 de Abril de 2019 (*Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências*).

<sup>64</sup> Così il testo completo dell'art. 421 nella *Medida Provisória* 881/2019: «A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional».

<sup>65</sup> N. NERY JUNIOR, R.M. DE ANDRADE, *Codigo civil comentado, cit.*, p. 544 ss.

<sup>66</sup> C. APARECIDO QUINAIA, *Revisão contratual, pacta sunt servanda e a MP 881 de 2019*, disponibile su: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301929,21048-Revisao+contratual+pacta+sunt+servanda+e+a+MP+881+de+2019>, il quale si interroga sui possibili riflessi di tale approdo normativo in materia di contratti bancari, ambito nel quale la rinegoziazione aveva trovato sede grazie alle interpretazioni della Suprema Corte di Giustizia, così come sul codice del consumo che, come visto, prevede all'art. 6 la possibilità di chiedere la revisione del contratto per il consumatore colpito dalla sopravvenienza onerosa. Sul punto v. anche B. DE ÁVILA BORGARELLI, *Contrato, função social e reforma legislativa: notas sobre o art. 421 do Código Civil após a MP da liberdade econômica*. *Migalhas*, 14/06/2019, disponibile su: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI304368,101048-Contrato+funcao+social+e+reforma+legislativa+notas+obre+o+art+421+do>.

Ove anche si fosse dubitato che l'opzione fatta propria dal legislatore del 2019 fosse volta, non già a negare che i rimedi manutentivi possano avere casa nel contesto dell'ordinamento civile brasiliano, bensì a limitare le possibilità di intervento esterno da parte dello stato nel terreno contrattuale, rimettendo nella sola disponibilità dei contraenti il rimedio della rinegoziazione, sono sopravvenute le modifiche apportate dalla Lei n° 13.874, de 20 de Setembro de 2019, di conversione (con modifiche) della *Medida Provisória* n. 881 del 2019, che paiono sgomberare il campo da ogni dubbio. Il dettato normativo dell'art. 421 del *codigo civil*, nella formulazione risultante a valle della conversione, infatti, dispone che «A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual».

La nuova formulazione sembra quindi abbandonare il concetto di revisione operata da fonte esterna alle parti, sancendo l'eccezionalità del rimedio *tout court*. Concetto ribadito, per i contratti civili e commerciali, dal terzo comma dell'art. 421 A. «III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada»<sup>67</sup>. Il primo comma dell'art. 421 A., infine, nel fare salva la possibilità per le parti di stabilire parametri obiettivi per l'interpretazione delle clausole negoziali e delle loro ipotesi di revisione o di risoluzione, sembra invitare i contraenti a cristallizzare essi stessi nel regolamento contrattuale il meccanismo di revisione o rinegoziazione del contratto, ove ritengano che tale rimedio meglio possa tutelare il loro interesse sotteso all'operazione negoziale<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Si noti come la riforma del codice civile brasiliano, in controtendenza rispetto all'intervento del 2002, sembri reintrodurre una differenziazione tra le nozioni di contratto civile e contratto commerciale.

<sup>68</sup> A proposito delle clausole di rinegoziazione si veda, E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 843 ss., in particolare p. 864 ss. Si ricordi, inoltre, la ricca esperienza della contrattualistica internazionale in materia di c.d. *hardship clause* su cui v., per tutti, D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, in *Am. J. Comp. Law*, 1992, 40, p. 667 ss., e A. FRIGNANI, *Hardship clause (voce)*, in *App. Noviss. Dig. it.*, III, 1982, p. 1180 ss. Quanto all'interpretazione del contratto si segnala anche la modifica apportata all'art. 113 del *codigo civil* il cui testo è stato arricchito da un'elencazione di criteri ai quali il giudice deve attenersi nell'*interpretação do negócio jurídico*. Tra questi si ritrovano, in particolare, il comportamento delle parti successive alla conclusione; usi, costumi e pratiche di mercato relative al tipo di contratto e la buona fede: concetti già noti all'esperienza giuridica italiana.



In attesa, su un fronte, di scoprire se e con quali modalità il legislatore italiano darà seguito alle indicazioni impresse con il disegno di legge 1151<sup>69</sup> e, sull'altro, lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza brasiliana il compito di chiarire la reale portata delle modifiche apportate con i nuovi artt. 421 e 421 A del *codigo civil*, confermando o smentendo queste brevissime considerazioni, si rileva come, ove queste trovassero riscontro si segnerebbe un notevole punto di distacco tra l'esperienza giuridica italiana, impegnata a «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta tra le parti» e quella brasiliana, che ha circoscritto a *excepcionalidade* le possibilità di revisione del contratto.

---

<sup>69</sup> Si segnala come alla data del 19 dicembre 2022, il disegno di legge delega relativo alla revisione del codice civile, benché da tempo assegnato alla Commissione competente, non sembra essere ancora stato oggetto di calendarizzazione delle audizioni e, pertanto, non ne è stato avviato l'esame in sede referente.



# IL TESTAMENTO OLOGRAFO E LE FORME DI REVOCA: UN CONFRONTO FRA ITALIA E BRASILE

Giacomo Munari\*

SOMMARIO: 1. Il principio di autonomia testamentaria: cenni. – 2. Il testamento olografo. – 3. La revoca delle disposizioni testamentarie e la particolare fattispecie della distruzione del testamento olografo. – 4. (segue) La revoca della revoca delle disposizioni testamentarie. – 5. Lo scenario brasiliano. – 6. Il testamento ‘*particular*’. – 7. La revoca del testamento nel diritto brasiliano. – 8. (segue) La revoca della revoca. – 9. Osservazioni conclusive.

## 1. *Il principio di autonomia testamentaria: cenni.*

L'autonomia testamentaria, quale prerogativa assicurata dall'ordinamento giuridico alle persone fisiche<sup>1</sup>, raffigura ad oggi la «massima espressione dell'autonomia negoziale»<sup>2</sup>: attraverso il testamento, infatti, ciascuno può regolare i propri interessi patrimoniali per il periodo in cui avrà cessato di vivere, nel rispetto delle norme imperative tra le quali, in particolare, quelle deputate alla tutela dei legittimari, i cui diritti non possono essere pregiudicati<sup>3</sup>.

---

\* Dottore di ricerca in Diritto Privato nell'Università di Genova.

<sup>1</sup> Cfr. R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.

<sup>2</sup> N. DI MAURO, *Profili generali del testamento*, Napoli, 2018, p. 12.

<sup>3</sup> La bibliografia in materia di testamento è molto vasta; ci si limita a segnalare: G. BONILINI, voce Testamento, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, pp. 338 ss.; G. CRISCUOLI, v. *Testamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, pp. 1 ss.;

Ebbene, la predetta autonomia<sup>4</sup> si esplica nella libertà di scelta del contenuto, delle forme, dell'inserimento di elementi accidentali nel negozio predetto<sup>5</sup>.

Il testamento, peraltro, può esprimersi attraverso i contenuti più vari<sup>6</sup> e anche disposizioni «capricciose e bizzarre»<sup>7</sup> possono rivelarsi valide.

Ciò premesso, al giorno d'oggi, tale istituto, benché definito come «istituto socialmente rilevante»<sup>8</sup> ha perso molta della sua rilevanza concreta essendo più di rado utilizzato sia a causa dell'incidenza fiscale su molte disposizioni, sia per gli anzidetti vincoli di norme imperative, sia, infine, per la possibilità di fare ricorso a strumenti diversi<sup>9</sup> anche anticipatori degli effetti traslativi del patrimonio.

## 2. *Il testamento olografo.*

Il testamento olografo, contemplato dall'articolo 601 c.c. tra le tre forme ordinarie dell'atto di ultima volontà<sup>10</sup>, è senza dubbio la modalità più agevole per colui

---

G. AZZARITI, voce *Successione (diritto civile): successione testamentaria*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1977, p. 805 ss.; P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato breve successioni e donazioni*, I e II, Padova, 2010, *passim*; G. BONILINI, (diretto da), *Trattato diritto delle successioni. e donazioni*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, *passim*; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato, cit.*, p. 6; M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, *passim*; A. CICU, *Testamento*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1951, *passim*; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, *passim*; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015 *passim*; R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, Napoli, 2015, *passim*.

<sup>4</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *Nozioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato breve, cit.*, p. 731.

<sup>5</sup> Sul concetto di autonomia testamentaria e, più in generale, di autonomia privata si rinvia a N. DI MAURO, *Profili generali, cit.*, p. 104; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 39 ss.; A. CICU, *Testamento, cit.*, p. 1 ss.; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, *passim*.

<sup>6</sup> Sul punto G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1953, p. 1 ss.

<sup>7</sup> G. BONILINI, *Il negozio testamentario*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, cit.*, p. 9; si veda anche G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, pp. 1 ss.

<sup>8</sup> Così definito da G. BONILINI, *Il negozio testamentario, cit.*, p. 7.

<sup>9</sup> Cfr. G. TAMBURRINO, voce *Testamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1992, p. 471.

<sup>10</sup> Si rinvia a G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1986 pp. 1 ss.; E. MARMOCCHI, *Forma dei testamenti*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato Breve, cit.*, p. 845 ss.

che desideri disporre del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere pur restando necessario il rispetto di requisiti minimi di forma<sup>11</sup> quali la scrittura, la data e la sottoscrizione da parte del testatore.

L'olografo, peraltro, oltre ad essere il negozio che maggiormente esalta il principio di autonomia testamentaria, ha l'evidente vantaggio di essere l'unico strumento idoneo a mantenere il carattere dell'assoluta segretezza<sup>12</sup> delle disposizioni di ultima volontà sino alla morte del *de cuius* e presentare una indiscutibile economicità nella sua predisposizione: qualora, infatti, un soggetto disponga delle proprie sostanze utilizzando una delle altre forme previste dall'ordinamento (testamento pubblico o segreto), le ultime volontà – o semplicemente la loro esistenza – vengono conosciute quanto meno dal notaio e da due testimoni. Tuttavia, le citate prerogative dell'olografo trovano un limite nel rischio che la predisposizione del testo senza l'ausilio di un tecnico possa generare ragioni di invalidità del testamento o che la conservazione in autonomia del documento possa determinarne lo smarrimento o, infine, che terzi possano venirne in possesso e distruggerlo.

Pertanto, nella prassi, spesso accade che, per ovviare agli inconvenienti sopra descritti, chi decide di redigere un testamento olografo lo consegna a titolo di deposito fiduciario ad un notaio «non in quanto pubblico ufficiale ma nella veste di detentore qualificato al pari di quella che potrebbe essere qualsiasi persona di fiducia»<sup>13</sup> il quale, eseguita una verifica informale del contenuto a titolo di mera consulenza privata, lo custodisce nella massima segretezza comunicandone l'esistenza ai chiamati dopo la morte del *de cuius* in quanto semplicemente in possesso di un testamento in virtù di quanto previsto dall'articolo 620 c.c.

La consegna del testamento olografo al notaio di fiducia, inoltre, è senza dubbio la modalità migliore al fine di garantire l'autenticità del documento anche in quanto, sovente, redatto proprio alla presenza del pubblico ufficiale.

---

<sup>11</sup> Cfr. M.C. TATARANO, *Il testamento*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2003, p. 115.

<sup>12</sup> Sul punto R. TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998, p. 73; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1963, p. 404, M.C. TATARANO, *Il testamento, cit.*, p. 115.

<sup>13</sup> Così P. BOERO, *La pubblicazione*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni, cit.*, II, p. 892.

### *3. La revoca delle disposizioni testamentarie e la particolare fattispecie della distruzione del testamento olografo.*

Tra i ‘connotati irrinunciabili’ del testamento, rientra senza dubbio la facoltà di revoca di tutte o parte delle disposizioni come previsto espressamente dall’art. 587 c.c. e confermato nell’art. 679 c.c., secondo il quale tale facoltà non è rinunciabile, risultando inefficace ogni clausola o condizione contraria.

Le modalità offerte al testatore per l’esercizio di tale facoltà sono indicate negli artt. 680, 682, 684, 685 e 686 c.c., mentre la revoca espressa richiede una rigorosa formalità – e dunque atto notarile o nuova redazione testamentaria – quella tacita può attuarsi mediante comportamenti concludenti, ivi compresa l’ipotesi di distruzione, lacerazione o cancellazione del testamento olografo.

L’art. 684 c.c. prevedendo proprio queste ultime condotte del testatore rappresenta un’assoluta novità rispetto all’assetto del codice previgente, nel quale non erano contemplati i loro effetti; la nuova disposizione ha colmato un vuoto normativo che aveva dato adito ad ampio dibattito circa il dispiegamento o meno degli effetti del testamento distrutto e la configurabilità di una revoca in una siffatta evenienza<sup>14</sup>.

Il tenore testuale della norma in esame muove, dunque, dal presupposto che la condotta integrante distruzione possa sì ricondursi a un’ipotesi di revoca tacita, ma *sui generis*: al riguardo è sorta una *querelle* circa la qualificazione giuridica della fattispecie – sebbene la sistematica del codice sembri ricomprenderla nelle ipotesi di revoca tacita – e la necessità di ritenere tassativi i comportamenti descritti nella norma.

È stato rilevato come gli studiosi che affermano l’esclusione dell’art. 684 c.c. dalle ipotesi di revoca sembrino trovare ispirazione nelle dottrine concepite sotto il codice previgente<sup>15</sup>.

In particolare, il principale sostenitore di tale teoria afferma che i comportamenti descritti nella norma in esame sarebbero da qualificarsi non negozi ma

---

<sup>14</sup> Con riguardo al dibattito esistente nel tempo di vigenza del precedente codice si segnalano, tra i molti, G. DEIANA, *Distruzione del testamento olografo*, in *Foro it.*, 1935, I, c. 1926; M. FERRARA, *Distruzione e ricostruzione del testamento olografo*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 590; F. CARNELUTTI, *Distruzione o destinazione alla distruzione della scheda del testamento olografo*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 97; M. ALLARA, *Il testamento*, cit., *passim*; per una completa ed esaustiva ricostruzione si rinvia a A. CILLEPI, *Testamento olografo redatto in più originali e distruzione di uno solo di essi*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 515 ss.

<sup>15</sup> Cfr. G. D’AMICO, voce *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1990, p. 249 ss.

meri atti giuridici, avendo in comune con la revoca i soli effetti<sup>16</sup>. Prosegue, la medesima autorevole voce, affermando che la tesi sarebbe suffragata dalla nozione di «comportamento concludente», che giustifica «la illazione univoca e sicura di un certo fatto interiore». L'art. 684 c.c. non sembra tuttavia confacente a tale definizione, non solo in quanto il comportamento del soggetto ivi descritto non lascia sempre presumere un intento di revoca, ma anche perché l'effetto previsto dalla norma seguirebbe comunque la condotta, anche se non motivata dalla ipotizzata volontà, facendo venire meno la materiale esistenza del documento: ne consegue che il rinvio alle norme sulla revoca costituisce semplicemente «una forma breve per indicare l'effetto tipico che si vuole collegare all'atto», ma la sua collocazione sotto la rubrica 'della revocazione delle disposizioni testamentarie' non dovrebbe trarre in inganno in merito alla sua qualificazione<sup>17</sup>.

Benché la sopra accennata tesi sia sostenuta da autorevolissima dottrina, l'opinione prevalente tende a qualificare le condotte di cui all'articolo 684 c.c. come veri e propri negozi giuridici: infatti, la disposizione attribuisce un ruolo fondamentale alla volontà del testatore, che deve emergere dalla condotta di quest'ultimo che si presume, salvo prova contraria, palesare l'intento revocatorio<sup>18</sup>, con conseguente riconferma del ruolo fondamentale dell'autonomia testamentaria che contraddistingue il diritto successorio italiano.

Ancora, la dottrina che riconduce le fattispecie dell'art. 684 c.c. al negozio giuridico si divide, a sua volta, tra chi afferma trattarsi di negozi presunti di attuazione – in quanto l'intento revocatorio non viene esplicitato con dichiarazione, bensì direttamente mediante la sua esecuzione<sup>19</sup> – e chi, invece, critica tale impostazione affermando che la norma in esame imporrebbe l'indagine per la verifica dell'intento revocatorio del *de cuius*<sup>20</sup>.

I comportamenti indicati all'articolo 684 c.c. che determinano la revoca sono intesi come tassativi, sicché dovrà considerarsi revocato con comportamento concludente il solo testamento distrutto, lacerato o cancellato, dovendosi invece ritenere inidonee tutte le condotte diverse da quelle descritte: per esempio, l'ac-

---

<sup>16</sup> G. GIAMPICCOLO, *Su alcune figure di c.d. revoca tacita del testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 528.

<sup>17</sup> G. GIAMPICCOLO, *Su alcune figure, cit.*, p. 530.

<sup>18</sup> Tra i molti G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni, cit.*, p. 990.

<sup>19</sup> Si veda F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, pp. 136 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni, cit.*, p. 990; M.C. TATARANO, *Il testamento, cit.*, 522.

<sup>20</sup> Cfr. G. D'AMICO, *Revoca delle disposizioni, cit.*, p. 252.

cartocciamiento della scheda o il getto del documento tra i rifiuti<sup>21</sup>; trattandosi di presunzione semplice, essa può essere vinta laddove si riesca a dimostrare che la cancellazione, la lacerazione o la distruzione sono avvenute per mano di persona diversa dal testatore. Va, infine, ricordato che le tre attività sopra descritte possono anche riguardare una sola parte del testamento, ed in quel caso dovranno considerarsi revocate le sole disposizioni testamentarie interessate dall'intervento e non l'intero atto di ultima volontà in applicazione del principio di conservazione delle volontà testamentarie.

Come detto poc'anzi, l'art. 684 c.c. contiene due presunzioni: la riconducibilità del comportamento tipico al testatore e la sussistenza in capo a quest'ultimo dell'*animus revocandi*.

Infatti, colui che intende avvalersi di un testamento lacerato, distrutto o cancellato deve provare che il comportamento tipico è stato realizzato non dal testatore ma da un terzo e, ancora, che il testatore non aveva realmente una volontà di revoca, poiché vi sono casi ove la volontà di distruggere un documento non coincide con l'intento di revocarlo: si prenda, a titolo di esempio, il caso in cui il testatore abbia distrutto volontariamente il testamento essendosi accorto che il documento conteneva errori grammaticali, mosso dal desiderio di sostituirlo con altro identico privo di tali difetti che tuttavia non sia riuscito a redigere: ebbene, in questo caso non sussisterebbe una effettiva volontà di revoca ma l'onere della prova spetta a chi voglia avvalersi del testamento<sup>22</sup>.

Occorre peraltro evidenziare come alcune voci dottrinali abbiano ipotizzato che la presunzione inerente all'*animus revocandi* del testatore non sia *iuris tantum*, ma *iuris et de iure*, poiché la facoltà di prova contraria sarebbe limitata alla non attribuibilità al testatore delle condotte individuate all'art. 684 c.c., mentre, accertata la paternità del gesto, in esso dovrebbe considerarsi insita la volontà di revoca.

Convince maggiormente, tuttavia, la teoria che attribuisce a entrambe le presunzioni carattere relativo, valorizzando il tenore letterale della norma, secondo il quale «il testamento [...] si considera in tutto o in parte revocato, a meno che [...] si provi che il testatore non ebbe intenzione di revocarlo»<sup>23</sup>.

Infine, è opportuno ricordare che l'articolo trova applicazione alle sole disposizioni testamentarie revocabili, restando escluse dal suo ambito operativo le clau-

---

<sup>21</sup> A. ALBANESE, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato, cit.*, p. 1715 ss.

<sup>22</sup> G. CAPOZZI, *op. ult. cit.*, p. 990.

<sup>23</sup> *Ibidem*.



sole recanti contenuti testamentari atipici, quali ad esempio il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio<sup>24</sup>.

#### 4. (segue) *La revoca della revoca delle disposizioni testamentarie.*

Premesso il principio generale secondo il quale il testamento è ovviamente revocabile in modo espresso nelle forme di cui all'art. 680 c.c., la successiva disposizione prevede che la revocazione possa essere a sua volta revocata «sempre con le forme stabilite dall'articolo precedente», sancendo la ripresa degli effetti delle disposizioni revocate.

L'istituto rappresenta un'innovazione del codice civile del 1942, poiché l'art. 919 del previgente codice stabiliva che le disposizioni testamentarie revocate in modo espresso non potessero rivivere se non attraverso un nuovo testamento, nel quale fossero riprese testualmente le disposizioni revocate, al fine di restituire loro nuova efficacia, intento che avrebbe comunque dovuto emergere chiaramente dal testo del nuovo documento. L'elemento di novità dell'art. 681 c.c. risiede nel fatto che il testatore, per restituire efficacia a disposizioni desuete, può semplicemente redigere, nelle forme di legge, un nuovo testamento con contenuti chiaramente incompatibili col precedente atto, anche senza disporne espressamente la revoca, oppure può rendere una mera dichiarazione di revoca, purché con atto ricevuto da un notaio alla presenza di due testimoni.

La reviviscenza del testamento riabilitato opera *ex tunc*, vale a dire dalla data in cui esso era stato sottoscritto; ma vi è di più: il negozio riacquista efficacia così come redatto originariamente dal testatore, e dunque con gli eventuali vizi presenti nel testo già alla data della sua redazione.

Benché la disposizione dell'art. 681 c.c. sembri chiara nel suo dato testuale, l'interpretazione ha dato adito, negli anni, a molte e divergenti riflessioni in dottrina e giurisprudenza: per quanto qui rileva, ci soffermeremo brevemente sul tema della natura dell'istituto e dell'eventuale estensione della disposizione alle ipotesi di reviviscenza generate da comportamento costituente revoca tacita.

Con riguardo alla natura, va senz'altro rilevato come un illustre studioso abbia ravvisato nella revoca della revoca una conferma dell'atto di ultima volontà già revocato in precedenza, e dunque un testamento *per relationem*, in quanto colui che compie il nuovo atto dispone attualmente delle proprie sostanze, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, nello stesso modo in cui ne aveva disposto nel testamento

---

<sup>24</sup> G. MUSOLINO, *La revoca per distruzione del testamento olografo*, in *Riv. not.*, 2010, p. 806.

precedentemente revocato cui si richiama<sup>25</sup>: si tratterebbe dunque di una *relatio* in senso formale, con rinvio a una fonte esterna (il testamento precedente revocato). La dottrina maggioritaria è peraltro critica nei confronti di tale impostazione, sulla base di alcune considerazioni: da una parte, infatti, la revoca si configura sempre come atto *inter vivos* e, come tale, si distingue dagli atti di ultima volontà<sup>26</sup>; d'altra parte, laddove si trattasse di nuovo testamento non si spiegherebbe il dato testuale che richiama una mera dichiarazione resa in forma notarile e non un testamento pubblico.

A sostegno dell'argomentazione contraria, si può, peraltro, rimarcare che attraverso l'atto di cui all'articolo 681 c.c. il testatore non intende esprimere una nuova *voluntas*, e dunque disporre in modo innovativo delle proprie sostanze, ma semplicemente eliminare il documento con il quale ha reso inefficaci disposizioni già precedentemente manifestate, dando loro nuovamente vita<sup>27</sup>.

Non sarà inutile ricordare il principio enunciato all'articolo 12 delle preleggi<sup>28</sup>, che attribuisce importanza primaria al senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», poiché il rinvio testuale che l'art. 681 c.c. compie a favore delle forme di revoca espressa disciplinate nella disposizione precedente, sembra lasciare poco spazio a interpretazioni che riducano tale tecnica legislativa a una mera sollecitazione<sup>29</sup>. Convince pertanto la tesi prioritaria fondata sulla necessità che la revoca di revoca possa avvenire solo nelle forme dell'articolo 680 c.c. e non attraverso comportamenti conclusivi<sup>30</sup>: aderendo a tale impostazione dovrebbe restare esclusa dal disposto dell'art. 681 c.c. ogni revoca compiuta a mezzo distruzione del testamento olografo che, sempre secondo tale orientamento, annulla «le disposizioni attributive, la cui efficacia è condizionata alla morte del testatore, ma non annulla la revoca di un precedente testamento contenuta nella scheda distrutta, in quanto

---

<sup>25</sup> G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 81; A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relationem*, Milano, 1966, p. 160.

<sup>26</sup> Tra i molti, A. FOIS, *Revoca del testamento olografo operata dal testatore e reviviscenza delle disposizioni revocate*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1976, p. 52.

<sup>27</sup> M.C. TATARANO, *Il testamento*, cit., p. 512; L. ROSSI CARLEO, *Revoca degli atti, revoca del testamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 14.

<sup>28</sup> Sul principio contenuto all'articolo 12 delle preleggi, si rinvia a D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, p. 339 ss.

<sup>29</sup> Più in generale, sull'interpretazione del testamento si rinvia a G. BARALIS, *L'interpretazione del testamento*, in P. RESCIGNO, *Trattato*, cit., p. 989 ss.

<sup>30</sup> M.C. TATARANO, *Il testamento*, cit., p. 514.

la revoca ha effetto dal momento del perfezionamento del testamento»<sup>31</sup>.

La complessità del tema e la ricchezza della casistica impongono, tuttavia, di ricordare che talvolta la prassi ha fatto luogo a un'interpretazione estensiva della norma in oggetto, addirittura ammettendo la revoca espressa della revoca tacita attuata attraverso un atto di ultima volontà contenente disposizioni incompatibili con un testamento precedente<sup>32</sup>, «in omaggio al principio dello *ius poenitendi*»<sup>33</sup>; anche parte della dottrina ha ritenuto condivisibile tale impostazione, sempre sulla base del tenore letterale della norma, in quanto l'art. 681 c.c. prevede che possa essere revocata la re-vocazione (evidentemente sia tacita che espressa) di un precedente testamento. Altri autori, peraltro, hanno dubitato della correttezza della suesposta interpretazione, facendo leva sulla collocazione sistematica della norma, la quale, posizionata subito dopo la disciplina della revoca espressa e prima dell'elenco delle forme di revoca tacita, precluderebbe al testatore di ritrattare la revoca tacita<sup>34</sup>.

Ancora, sarebbe ammissibile, secondo una pronuncia del 2012<sup>35</sup>, una revoca tacita di revoca espressa, da valutare secondo la volontà complessiva del testatore. In precedenza, la prassi applicativa rifiutava tale interpretazione, facendo riferimento alla necessità di rispettare i formalismi dell'art. 680 c.c.

Va rilevato, peraltro, come in questi ultimi due casi, a differenza della revoca espressa, la reviviscenza delle disposizioni revocate non avvenga in automatico, occorrendo valutare caso per caso se la volontà del testatore fosse proprio quella di restituire efficacia al precedente testamento.

In ultimo, una recente pronuncia si è uniformata al sopra citato orientamento estendendo le ipotesi di revoca di revoca anche al caso di comportamento concludente consistente nella distruzione, cancellazione o lacerazione di testamento olografo di cui all'art. 684 c.c., che, a parere del giudice di legittimità «costituirebbe una ipotesi *sui generis* di revoca, con la conseguenza che l'articolo 681 c.c. imporrebbe la forma espressa solo allorquando la revoca di revoca sia attuata in forma diversa dalla soppressione o dall'alterazione del documento»<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> R. TRIOLA, *La revocazione della revocazione*, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Libro II, Milano, 2005, p. 964.

<sup>32</sup> Cass., 7 febbraio 1987, n. 1260, in *Riv. not.*, 1987, p. 387.

<sup>33</sup> A. ALBANESE, *La revoca della revoca testamentaria*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, p. 824.

<sup>34</sup> R. TRIOLA, *Sull'ammissibilità della revoca espressa di revoca tacita del testamento*, in *Giust. civ.*, 1987, p. 80.

<sup>35</sup> Cass., 14 novembre 2012, n. 19915, in *Vita not.*, 2013, p. 230.

<sup>36</sup> Cass., 21 marzo 2019, n. 8031, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 950 ss.; in

## 5. *Lo scenario brasiliano.*

Il codice civile brasiliano, introdotto con la legge numero 10.406 del 10 gennaio 2002, ha costituito il punto di arrivo di un processo di riforma, iniziato già con l'introduzione del previgente codice del 1916<sup>37</sup>.

Esso, pur mantenendo la struttura originaria, introduce nuovi istituti che ne dimostrano la modernità<sup>38</sup>; in tale struttura – suddivisa in due parti<sup>39</sup> – l'ultimo libro viene dedicato alla successione ereditaria<sup>40</sup> che, come nell'ordinamento italiano, può essere legittima e testamentaria.

Tuttavia, come in Italia, anche in Brasile le successioni regolate da testamento devono risultare compatibili con le norme imperative<sup>41</sup> che tutelano le più importanti relazioni familiari, ispirate alla riprovazione verso atti idonei a pregiudicare gli eredi legittimi<sup>42</sup>.

Ciononostante, la particolare disciplina che il legislatore brasiliano fornisce alla successione testamentaria induce lo studioso ad approfondire il confronto.

---

chiave critica, ci sia consentito il rinvio a G. MUNARI, *Barratura del testamento olografo e riviviscenza del precedente testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 953 ss.

<sup>37</sup> Sul punto F. DOS SANTOS AMARAL NETO, *Codice civile e interpretazione giuridica*, in *Dez. Anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*, Napoli, 2012, p. 15.

<sup>38</sup> Ad esempio, per quanto di interesse ai fini del presente studio, la facoltà offerta al testatore di predisporre un testamento olografo mediante l'utilizzo di mezzi meccanici come meglio si vedrà *infra*.

<sup>39</sup> La prima parte riguarda i principi generali (artt. 1-232) la seconda parte, invece, disciplina la materia delle obbligazioni, del diritto di impresa, della proprietà, della famiglia e delle successioni ed è composta da cinque libri.

<sup>40</sup> Per un approfondimento circa la struttura del codice brasiliano si rinvia a S. LANNI, voce *Brasile*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2010, *passim*.

<sup>41</sup> Infatti, il paragrafo 1 dell'art. 1857 statuisce espressamente che «la legittima degli eredi necessari non potrà essere inclusa nel testamento».

<sup>42</sup> V. FERREIRA MESE, *La formazione del diritto delle successioni brasiliano*, in *AA.VV., Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, 2019, p. 659. Anche in Italia naturalmente viene data una «supremazia assiologica alla successione legittima in quanto incentrata sulla nozione istituzionale di famiglia ossia sulla primazia dell'interesse collettivo del gruppo sul singolo» (così A. LACATENA, *Testamento: fisiologia e patologie. Cronaca di un Convegno*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 3).

## 6. *Il testamento 'particular'.*

Le norme brasiliane definiscono il testamento olografo – individuato da alcuni quale strumento costituente la «salvaguarda suprema da liberdade testamentária»<sup>43</sup> – come atto di ultima volontà, scritto di pugno o con mezzi meccanici dal testatore e da quest'ultimo letto alla presenza di tre testimoni che, dopo averlo sottoscritto, saranno chiamati, alla morte del *de cuius*, a confermarne l'autenticità.

La normativa prevede diversi requisiti essenziali di validità, distinguendo tra olografo scritto di pugno e olografo redatto con mezzi meccanici.

In particolare, qualora il testamento venga scritto a mano dal testatore ciò che il legislatore richiede è la sua finale lettura alla presenza dei testimoni che lo dovranno sottoscrivere, oltre ovviamente alla firma del disponente; diverso il caso in cui l'atto di ultima volontà venga predisposto attraverso l'ausilio di mezzi meccanici: il secondo paragrafo dell'art. 1876 prescrive, infatti, oltre a quanto sopra, anche il divieto di ritocature, pur non obbligando il testatore a redigerne personalmente il testo (è sufficiente la sottoscrizione finale) ma consentendogli di incaricare un soggetto di fiducia per la sua stesura, naturalmente in sua presenza.

La facoltà di cui sopra rappresenta una novità assoluta introdotta proprio dal *codigo civil* del 2002: in precedenza, infatti, benché la giurisprudenza brasiliana<sup>44</sup> avesse 'forzato' le previgenti norme ammettendo la possibilità di testamenti olografi dattiloscritti dal testatore, era possibile predisporre un olografo solo a mano.

Come in tutti i Paesi del mondo, anche nell'ordinamento brasiliano il testamento olografo presenta una serie di prerogative (quale l'economicità, sia per la facoltà di non coinvolgere consulenti, sia per la possibilità offerta a coloro che non hanno più la 'mano ferma' di testare attraverso mezzi meccanici), ma anche una serie di svantaggi, primo fra tutti la totale assenza di segretezza, dovendo la sua stesura avvenire alla presenza di più soggetti firmatari che, peraltro, qualora impossibilitati alla conferma *post mortem* del testamento, potrebbero determinarne la perdita di efficacia.

Proprio per tale ultima ragione i testatori sono maggiormente inclini a rivolgersi al notaio per la predisposizione del negozio di ultima volontà nella forma dell'atto pubblico, al fine di sventare il rischio che i testimoni che ne affiancano

---

<sup>43</sup> C. MAXIMILIANO, *Direito das sucessões*, I, Rio de Janeiro, 1942, p. 539.

<sup>44</sup> Cfr. tra le molte, TJSP 60/242 in base alla quale, anche uno testamento scritto con mezzi meccanici può rivelarsi valido laddove venga dimostrata la reale intenzione del testatore.

la redazione privata possano non voler o non poter confermare di aver assistito alle ultime volontà.

Il sistema successorio brasiliano si distingue da quello italiano anche con riguardo alle modalità della pubblicazione *post mortem*: infatti, l'organo preposto a tale funzione è il giudice, dinanzi al quale saranno chiamati i tre testimoni originari sottoscrittori del documento, oltre agli eredi legittimi ed è sempre il magistrato, una volta accertatane la validità e sentiti i testimoni, a procedere alla formale pubblicazione con conferma dello stesso<sup>45</sup>.

Qualora gli originali testimoni venissero meno o restassero assenti, il testamento potrà comunque essere confermato nella sua efficacia e validità da una valutazione discrezionale del giudice, che deciderà secondo il suo prudente apprezzamento<sup>46</sup>; ma vi è di più: tale facoltà è attribuita al giudice anche qualora il testamento *particular* non sia stato redatto alla presenza di testimoni.

Una norma di chiusura<sup>47</sup> offre, infine, la facoltà al testatore di redigere il negozio di ultima volontà in lingua straniera se questa è conosciuta dai testimoni.

### 7. *La revoca del testamento nel diritto brasiliano.*

Anche l'ordinamento brasiliano, al pari di quello italiano, attribuisce al testatore la facoltà di revocare il testamento fino al momento della morte, non ammettendo in alcun modo limitazioni al riguardo.

Benché la relativa disciplina sia espressa da poche disposizioni, il *codigo civil* prevede forme di revoca espressa e tacita; in particolare, l'unico caso di revoca espressa è rinvenibile all'articolo 1969 del *codigo*, in base al quale «il testamento può essere revocato nello stesso modo e nella stessa forma in cui in cui era stato fatto il precedente»: nonostante il tenore testuale della citata norma, fin dalle prime applicazioni è stato ritenuto pacifico che un testamento predisposto attraverso

---

<sup>45</sup> Cfr. l'art. 1877, in base al quale una volta «defunto il testatore, il testamento sarà pubblicato in giudizio, con relativa citazione degli eredi legittimi» [traduzione rinvenuta nel volume di P. L. CARBONE (a cura di), *Il nuovo codice civile brasiliano*, Torino, 2019, p. 456; anche le successive traduzioni trovano la loro fonte nel libro dell'Autore qui sopra citato].

<sup>46</sup> L'art. 1879 dispone, infatti, che «in circostanze eccezionali dichiarate nella cedola il testamento olografo scritto di proprio pugno e firmato dal testatore, senza testimoni potrà essere confermato, secondo il criterio del giudice».

<sup>47</sup> Dispone, infatti, l'art. 1880 che «il testamento olografo può essere scritto in lingua straniera, sempre che i testimoni la comprendano».

una delle forme di cui all'art. 1862, potesse essere revocato mediante l'utilizzo di un negozio avente forma diversa da quello originario<sup>48</sup>.

Quanto alle modalità di revoca tacita, esse sono riconducibili a due fattispecie: la predisposizione di un nuovo testamento (in qualunque forma consentita dall'ordinamento) contenente disposizioni incompatibili con il precedente<sup>49</sup> e la distruzione o apertura (prima del decesso del *de cuius*) del testamento segreto<sup>50</sup> anche se compiute con il consenso del testatore<sup>51</sup> ai sensi dell'art. 1972<sup>52</sup>.

Sebbene la normativa brasiliana preveda la sola fattispecie di distruzione o apertura della busta contenente il testamento segreto è naturale come tale norma possa trovare applicazione analogica anche al testamento in forma olografa<sup>53</sup> così come statuito dall'art. c.c. it. È altresì chiaro come tale ultima modalità di revoca non possa, invece, avere luogo per il testamento pubblico in quanto conservato nei registri del notaio<sup>54</sup>. Degno di nota è che, al fine dell'esercizio della facoltà di revoca, si consideri sufficiente il consenso prestato dal testatore al comportamento concludente (distruzione o apertura della busta) di altro soggetto.

## 8. (segue) *La revoca della revoca.*

Nella prassi sovente accade che un soggetto, una volta predisposto un nuovo testamento che ne revoca uno precedente, decida di revocare il successivo nell'intento di rendere inefficace la prima revoca.

---

<sup>48</sup> C.R. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, 7: Direito das sucessões*, 6ª ed., San Paolo, 2012, p. 331.

<sup>49</sup> Recita testualmente l'art. 1970: «La revoca del testamento può essere totale o parziale. Se è parziale o se il testamento posteriore non contiene clausola revocatoria espressa, l'anteriore resta in vigore per tutto quanto non sia in contrasto con quello posteriore».

<sup>50</sup> Anche il testamento segreto brasiliano – disciplina negli articoli 1868 ss. del *codigo civil* – risulta differente rispetto a quello italiano poiché lo stesso, per avere efficacia, deve essere 'approvato' dal notaio il quale dovrà poi 'registrarlo' nei suoi atti.

<sup>51</sup> Come in Italia, trattasi della terza forma ordinaria di testamento.

<sup>52</sup> Cfr. l'art. 1972 del *codigo civil*, in base al quale: «il testamento segreto che il testatore apra o strappi o che venga aperto o strappato con il suo consenso, si considera revocato».

<sup>53</sup> C.R. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, cit.*, p. 333, che richiama quanto statuito da C. BEVILAQUA, *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, VI, Rio de Janeiro, 1958, p. 226.

<sup>54</sup> C.M. PEREIRA, *Instituições de direito civil.*, VI, Rio de Janeiro, 2005, p. 345

Nonostante un siffatto intento del testatore sia pienamente legittimo – ed in alcuni ordinamenti più agevole da realizzare<sup>55</sup> – il disposto del codice civile brasiliano è molto rigido in quanto, per restituire validità a disposizioni testamentarie precedentemente revocate chiede che esse vengano espressamente confermate in un documento successivo<sup>56</sup>, non consentendo alla semplice revoca di restituire efficacia a precedenti volontà revocate.

Alcuni autori<sup>57</sup> ritengono, addirittura, che la revoca della revoca possa avvenire esclusivamente nel caso in cui il testatore ripeta analiticamente nel successivo testamento le disposizioni revocate.

Tuttavia, la dottrina maggioritaria è incline a concludere che il testatore non debba compiere tale passaggio ma semplicemente confermare inequivocabilmente di voler restituire efficacia alle disposizioni originarie<sup>58</sup>.

## 9. Osservazioni conclusive.

Dalla comparazione tra le normative che disciplinano il negozio testamentario nei due ordinamenti, si possono individuare criticità e spunti di riflessione per una eventuale evoluzione di entrambe le legislazioni in una direzione maggiormente rispondente alle necessità di pianificazione successoria, reale rispetto dell'autonomia testamentaria e certa ricostruzione della volontà del *de cuius*.

È particolarmente interessante la facoltà offerta al testatore dall'art. 1876 di fare ricorso ai mezzi meccanici per la redazione del testamento a specifico beneficio di coloro che, non potendo redigere manualmente le ultime volontà, non vogliono affrontare i costi del ricorso al testamento pubblico. Ovviamente la presenza dei testimoni – così come prevista dal *codigo civil* – si configura come necessaria per garantire l'effettiva riferibilità delle volontà al testatore ma l'assenza di un pubblico ufficiale che registri l'operazione può comunque far dubitare della paternità delle disposizioni testamentarie, che ben potrebbero essere predisposte da chi volesse approfittare dell'incapacità del testatore di stilare manualmente il proprio atto di ultima volontà; neppure le forme del testamento olografo proposte dal *codigo civil*,

---

<sup>55</sup> Si pensi all'art. 681 c.c. it. o al par. 2258 del BGB.

<sup>56</sup> C.R. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, cit.*, p. 334.

<sup>57</sup> W.D.B MONTEIRO, *Curso de direito civil*, 6, San Paolo, 2003, p. 6, e S. RODRIGUES, *Direito civil*, 7, San Paolo, 2002, p. 267.

<sup>58</sup> C.R. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, cit.*, p. 333, e Z. VELOSO, *Comentários ao Código civil*, 21, San Paolo, 2002, p. 358.



quindi, possono rappresentare un'alternativa sicura al testamento pubblico che resta la forma maggiormente adatta a garantire l'autenticità del testamento.

In entrambi gli ordinamenti non è comunque prevista una sicura reperibilità del testamento olografo dopo la morte del disponente poiché neppure la presenza dei testimoni è garanzia di sicura memoria e certa pubblicazione. Se da un lato la possibile segretezza dell'olografo sembra rispondere maggiormente a una esigenza di reale autonomia testamentaria – e in questo senso la legislazione italiana, non richiedendo la presenza dei testimoni, risulta coerente con l'obiettivo – dall'altro, varrebbe comunque la pena di ripensare a modalità di certa reperibilità del documento dopo la morte del testatore; sotto questo profilo la eventuale introduzione di un registro notarile ufficiale specificamente dedicato alla conservazione dei testamenti olografi, parallelo al registro dei testamenti pubblici, affiderebbe più efficacemente ai pubblici ufficiali il compito di assicurare sempre la pubblicazione delle ultime volontà, sventando il rischio – che nella prassi spesso si realizza – che esse restino ignote.

Quanto alle modalità della pubblicazione è interessante, nel *codigo civil*, la previsione di un intervento giurisdizionale diretto a prevenire possibili contenziosi. Da un lato la semplicità delle operazioni di pubblicazione a cui presiede il notaio nella legislazione italiana – su semplice richiesta e non potendone sindacare il contenuto<sup>59</sup> – risponde a esigenze di celerità e sicurezza, che nella maggior parte dei casi rappresentano l'obiettivo massimo di coloro che desiderano dare esecuzione a un testamento; dall'altro la valutazione del giudice cui il *codigo civil* affida il compito di verificare la validità del testamento contestualmente alla pubblicazione anticipa a tale momento l'eventuale insorgenza di contrasti circa la validità del documento. Una siffatta modalità di pubblicazione potrebbe comunque trovare ingresso anche nell'ordinamento italiano qualora al notaio fosse conferito un primo compito di verifica, nel contraddittorio con gli aventi diritto, di forme e contenuti del testamento olografo in via del tutto preliminare, al fine di scongiurare eventuali futuri contenziosi che comunque dovrebbe svolgersi in sede giurisdizionale.

---

<sup>59</sup> Sul punto si vedano G. BRANCA, *Testamenti speciali. Pubblicazione dei testamenti*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna Roma, 1988, p. 75 ss.; A. NATALE, *La pubblicazione del testamento*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato, cit.*, p. 1431 ss. Si veda anche P. BOERO, *La pubblicazione*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni, cit.*, p. 887, secondo il quale «la pubblicazione del testamento per opera del notaio, non costituisce né un requisito di efficacia del testamento né della sua validità». Lo stesso autore ricorda che ciò trova riscontro anche nei lavori preparatori del codice civile.

Quanto alle forme di revoca, la legislazione italiana risulta certamente più analitica e rispondente al rispetto del principio di autonomia testamentaria dedicandosi anche alla ricostruzione delle volontà del testatore, comunque espresso, attraverso l'interpretazione – anche in via presuntiva – della sua condotta successiva alla redazione.

La comparazione tra i due ordinamenti offre, quindi, importanti spunti *de iure condendo* fermo restando che il legislatore italiano del '42 sembra avere maggiormente colto la necessità di conciliare la libertà testamentaria con la certezza della ricostruzione delle reali volontà del testatore e le esigenze di celerità e snellezza procedurale cui la successione ereditaria deve rispondere.





Collana *Quaderni del Corso di Dottorato in Diritto*

1. *Lo spazio cibernetico - Rapporti giuridici pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera*, a cura di Paola Ivaldi e Simone Carrea, 2018; ISBN 978-88-94943-27-6, e-ISBN (pdf) 978-88-94943-28-3.
2. *I diritti umani settant'anni dopo - L'attualità della Dichiarazione universale tra questioni irrisolte e nuove minacce*, a cura di Paola Ivaldi e Lorenzo Schiano di Pepe, 2019; ISBN 978-88-94943-61-0, e-ISBN (pdf) 978-88-94943-62-7.
3. *Interdisciplinarietà della ricerca giuridica - Benefici e prospettive*, a cura di Elena Marchese, 2020; ISBN 978-88-3618-028-8, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-029-5.
4. *Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri*, a cura di Paola Ivaldi e Marco Pelissero, 2021; ISBN 978-88-3618-082-0, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-079-0.
5. *Diritto amministrativo e ruolo della giurisprudenza*, a cura di Piera Maria Vipiana e Matteo Timo, 2021; ISBN 978-88-3618-078-3, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-079-0.
6. *'Diritto dei giudici' e sistema delle fonti*, a cura di Eleonora Ceccherini e Michela Miraglia, 2022; ISBN 978-88-3618-130-8, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-131-5.
7. *Il Terzo settore tra pubblico e privato nel prisma della comparazione*, a cura di Andrea Fusaro, 2022; ISBN 978-88-3618-159-9, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-160-5.
8. *Discutere la crisi: il ruolo del diritto nella sfida della ripartenza, atti del I convegno dei dottorandi in diritto dell'Università di Genova*, a cura di Daniele Colonna, Luca Oliveri e Sebastiano Zerbone, 2022; ISBN 978-88-3618-184-1, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-185-8.
9. *Uguaglianza e giustizia: itinerario di una ricerca dottorale*, a cura di Paola Ivaldi e Lorenzo Schiano di Pepe, 2023; e-ISBN (pdf) 978-88-3618-198-8.
10. *Uno sguardo sul diritto privato tra Brasile e Italia - Scritti per il I colloquio italo-brasiliano*, a cura di Mauro Grondona, 2023; ISBN 978-88-3618-228-2, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-229-9.

**Mauro Grondona** è professore ordinario di Diritto Privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova.

**Luca Oliveri** è dottore di ricerca in Diritto Privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova.

Il volume raccoglie gli atti del primo colloquio italo-brasiliano tenutosi a Genova, che ha visto la partecipazione di studiosi e di studiosi italiani e brasiliani.

I rapporti scientifici e anche di amicizia tra il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova e la Escola de Direito della Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) da tempo consentono scambi frequenti, in Brasile e in Italia. Gli atti di questo primo colloquio hanno una portata trasversale.

Del resto, proprio nell'idea di trasversalità, di ordinamenti costantemente aperti e anche in certa misura incoerenti, sta il punto di forza del diritto della contemporaneità, che non rinnega la necessità di un ordine, ma che pone la ricerca dell'ordine quale obiettivo tutto interno al diritto, e dunque alla società.

In questo senso, la lezione di Tullio Ascarelli, che perseguitato dall'Italia fascista trovò in Brasile la salvezza e una seconda patria, è più che mai viva; nel corrente 2023 ricordiamo e celebriamo i 120 anni dalla sua nascita.

In copertina:  
Biblioteca Storica del  
Campus Universitario di Imperia  
foto di Mauro Grondona

e-ISBN: 978-88-3618-229-9