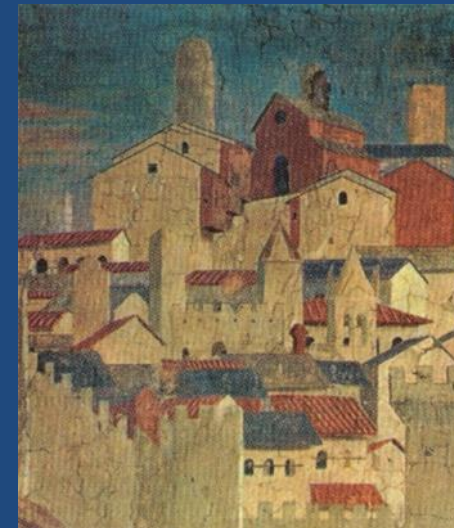


# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line  
[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

## Saggi

L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico, di Emanuela Navarretta..... p. 189

La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia), Stefano Pagliantini..... p. 197

## Materiali e commenti

Il consenso ai trattamenti sanitari delle persone incapaci, di Silvia Brandani e Gianluca Navone.. p. 209

Note in tema di negozio modificativo, di Niccolò Stefanelli..... p. 220

## Attualità

Sul Trattato di biodiritto a cura di Stefano Rodotà e Paolo Zatti, di Antonio Musto..... p. 235

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

**Editore:** Persona e Mercato  
**Direttore Scientifico Responsabile:** Giuseppe Vettori

**Redazione:** Fabio Addis; Massimo Franzoni; Marisaria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.

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

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

**E-mail:** info@personaemercato.it

**Info:** www.personaemercato.it

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

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Silvia Brandani; Antonio Musto; Emanuela Navarretta; Gianluca Navone; Stefano Pagliantini; Niccolò Stefanelli.

# L'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE DEL FATTO ALTRUI E LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO\*.

Di Emanuela Navarretta  
Prof.ssa ordinaria di Diritto privato

| 189

**SOMMARIO:** 1. Il labirinto concettuale della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera. - 2. La via di fuga dell'art. 1228 c.c. e della responsabilità da contatto sociale. Considerazioni critiche. - 3. Rosario Nicolò e l'actio finium regundorum tra attività dell'ausiliario, adempimento del terzo e obbligazione del fatto altrui. - 4. L'obbligazione del fatto altrui tra "lacunosità" dell'art. 1228 c.c., "non detto" dall'art. 1381 c.c. e spunti ermeneutici offerti dall'art. 2232 c.c. - 5. L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la natura della responsabilità del medico.

## 1. Il labirinto concettuale della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera.

La raffinata analisi di Rosario Nicolò sull'adempimento dell'obbligo altrui<sup>1</sup> offre un quadro di impareggiabile solidità teorica nel tracciare la linea distintiva tra figure limitrofe - l'esecuzione da parte dell'ausiliario, l'adempimento del terzo e l'obbligazione del fatto altrui - e conduce l'interprete, con mirabile sapienza, entro i meandri dell'attività di adempimento, che muta la propria natura in funzione del soggetto che la compie.

Tali paradigmi concettuali, pur talora costretti dentro l'involucro di un codice che sarebbe stato a breve superato, tracciano le linee di un percorso ideale da cui può trarre feconda ispirazione la riflessione odierna su un tema che, tuttora, non ha trovato una collocazione speculativa scevra da profili d'ombra. La materia è quella delle prestazioni di cure erogate da una struttura ospedaliera, che vede profilarsi il duplice nodo problematico del fondamento della responsabilità dell'ente rispetto alla prestazione di cura e quello relativo alla natura dell'illecito imputabile al medico da essa dipendente.

Il primo elemento di complessità riguarda proprio la responsabilità dell'ente ospedaliero e affonda le sue ragioni nel bisogno di riferire ad una struttura, che svolge un'attività di impresa, pubblica o privata, un'obbligazione (e la relativa responsabilità) la cui prestazione, di natura professionale, deve es-

\* Il saggio è pubblicato sul volume dedicato a Rosario Nicolò della "Collana dei Maestri del diritto civile" e sulla rivista *Responsabilità civile e previdenza*.

<sup>1</sup> NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. inalterata Camerino, 1978, *passim*.

sere eseguita necessariamente da soggetti dotati di una competenza specifica e di una necessaria autonomia.

Proprio l'autonomia e quel bisogno di indipendenza che "non tollera compressioni"<sup>2</sup> caratteristici della professione medica inducono parte della dottrina a ritenere inadeguato il ruolo puramente esecutivo e materiale tipico dell'ausiliario<sup>3</sup>, mero *nuncius* della fase attuativa dell'obbligazione<sup>4</sup>.

D'altro canto, è parimenti da escludere che la struttura ospedaliera possa assumere l'obbligazione di cura al di fuori di qualsivoglia riferimento al [o "immedesimazione organica col"<sup>5</sup>] professionista, che verrebbe in tal modo ad acquisire un ruolo di assoluta terzietà (*ex art.* 1180 c.c.). Se così fosse, l'ombra di un possibile contrasto con le ragioni di ordine pubblico che presiedono all'esercizio della professione medica<sup>6</sup> inevitabilmente si andrebbe a proiettare sul contratto, che verrebbe macchiato dall'illiceità della causa<sup>7</sup>.

Di là dagli schemi dell'art. 1228 c.c. e dell'obbligazione assunta in proprio, la responsabilità della struttura ospedaliera potrebbe attingere il proprio modello normativo alla promessa del fatto del terzo, senonché è lo stesso contenuto precettivo dell'art. 1381 c.c. a decretarne l'inadeguatezza rispetto a tale fattispecie. A fronte della mancata o inesatta prestazione del terzo (che nel caso sarebbe l'operatore medico), il promittente (ossia la struttura ospedaliera) finirebbe per rispondere soltanto nei termini di un indennizzo: ben poca cosa rispetto alla possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti della struttura ospedaliera, ossia del soggetto economicamente più solido e la cui copertura assicurativa raggiunge massimali più elevati<sup>8</sup>.

## 2. La via di fuga dell'art. 1228 c.c. e della responsabilità da contatto sociale. Considerazioni critiche

Racchiusa dentro un reticolo normativo apparentemente privo di sbocchi concettualmente e operativamente adeguati, la ricostruzione giuridica della responsabilità dell'ente ospedaliero costringe giurisprudenza e dottrina a ripiegare verso la soluzione meno insoddisfacente e, a dispetto dell'autonomia

<sup>2</sup> Sono parole di MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 505.

<sup>3</sup> MAZZAMUTO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>4</sup> NICOLÒ, *op. cit.*, 33.

<sup>5</sup> MAZZAMUTO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>6</sup> MAZZAMUTO, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>7</sup> Cfr., a riguardo, GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 710.

<sup>8</sup> MAZZAMUTO, *op. loc. ultt. citt.*

professionale del medico, induce a consolidare il riferimento all'art. 1228 c.c.<sup>9</sup>

Tale previsione, tuttavia, se consente di ravvisare agevolmente il fondamento della responsabilità della struttura ospedaliera per la prestazione di cura, apre al contempo un fronte problematico sul terreno della responsabilità del medico. Il carattere meramente materiale e privo di qualsivoglia autonomia dell'ausiliario conferisce al relativo adempimento la natura di atto giuridico in senso stretto, il che, associato alla mancanza di una relazione giuridica fra medico e paziente, conduce immancabilmente all'esito della responsabilità aquiliana del medico, che certo è titolo non favorevole al paziente<sup>10</sup>.

Allo scontento verso tale soluzione si aggiunge il disappunto teorico nel dovere constatare che "proprio colui che si presenta al paziente come apprestatore di cure [... sia considerato quale] autore di un qualsiasi fatto illecito, [...] alla stregua di un pas-sante"<sup>11</sup>.

In sostanza la realtà pare divergere in maniera intollerabile dalla forma giuridica.

Di qui il movente preponderante da cui prende le mosse la teoria che vuole "confermata [l']assenza di un obbligo di prestazione in capo al sanitario [ma che ritiene contestualmente impossibile] neutralizzare e cancellare la professionalità [...] che si traduce in obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che a tale professionalità si trovino affidati"<sup>12</sup>. L'affidamento e, *ab imis*, il contatto sociale da cui l'affidamento si ingenera risulterebbero fonti – per il tramite della regola di buona fede – di "un'obbligazione senza prestazione", da cui sorgerebbe il titolo della responsabilità contrattuale.

La sofisticata ricostruzione trova un iniziale ed autorevole riconoscimento da parte della Suprema Corte di Cassazione. Una nota pronuncia<sup>13</sup>, dopo aver accuratamente messo in luce le ragioni di insoddisfazione rispetto al titolo aquiliano e la non percorribilità dell'addebito contrattuale sia attraverso il riferimento all'art. 28 Cost. (per i dipendenti pubblici) sia attraverso la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, accede infine all'idea della "responsabilità contrattuale nascent-

<sup>9</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, 489.

<sup>10</sup> CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 313; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in *Commentario Scialoja-Branca*, libro IV, Bologna-Roma, 1967, 390; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 265 ss.

<sup>11</sup> CASTRONOVO, *op. cit.*, 478.

<sup>12</sup> CASTRONOVO, *op. cit.*, 479.

<sup>13</sup> Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss.; in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di DI MAJO; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di CARBONE; in *Resp. Civ. prev.*, 1999, 652 ss., con nota di FORZIATI.

patrimonio culturale dei Costituenti - ha messo insieme eguaglianza e libertà, nell'articolo 3; dignità e libertà, nell'articolo 36.

L'aggregazione in una comune struttura comunicativa giuridica orienta a ritenere che la Carta fondamentale è ben consapevole che lasciata a se stessa l'eguaglianza come la dignità possono essere quello che erano state nel novecento drammatico: cosa è stato fatto in nome dell'eguaglianza; cosa è avvenuto attraverso l'idea di dignità avvicinata all' "onore nazista".

Questa è ragione per cui eguaglianza e dignità andavano temperati associandoli alla libertà.

La tensione fra eguaglianza e libertà, introdotta nel sistema politico-istituzionale dall'articolo 3 della Costituzione, è arricchita dall'emergere delle condizioni materiali dell'esistenza delle persone in concreto.

La misura della transizione dal soggetto alla persona trova qui una definizione puntuale quando si attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impedendo il pieno sviluppo della persona umana - art. 3, comma 2, Costituzione.

Allo stesso modo l'art. 36 della Costituzione fornisce una indicazione fondamentale per ricostruire il rapporto fra dignità e libertà, sfuggendo così al rischio di una riduzione a strumento di imposizione autoritaria.

Il bio-diritto, in conclusione, dovrebbe farsi, se non propriamente presidio dell'esistenza libera e dignitosa, certamente relatore, consapevole e cosciente, che l'esistente involge queste tematiche.

te da «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto». Quasi a fare da cornice all'accoglimento della nota impostazione sono altresì evocate la teoria sull'atipicità delle fonti delle obbligazioni e l'accostamento tra il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto, seguendo una logica di connessioni concettuali per la verità ripudiate dal principale sostenitore dell'obbligazione senza prestazione<sup>14</sup>.

Tali abbinamenti teorici sarebbero, tuttavia, ben presto risultati necessari a fronteggiare una pungente critica rivolta alla costruzione in esame, accusata di tradire l'obiettivo del superamento della discrasia tra forma giuridica e realtà. La medesima immagine di un'"obbligazione senza prestazione" non appare fedele alla consistenza del reale che vede il medico artefice dell'esecuzione della prestazione di cura. Si tratta - rilevano sagaci osservatori<sup>15</sup> - di una "prestazione senza obbligazione" e non di un'obbligazione senza prestazione.

Il rilievo coglie puntualmente nel segno, tant'è che la giurisprudenza, pur confermando l'esito della responsabilità contrattuale da contatto sociale<sup>16</sup>, corregge in certo senso la rotta e puntualizza che "non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente"<sup>17</sup>.

L'emendamento concettuale, dietro una semplicità disarmante, cela invero un'implacabile fragilità teorica, poiché viene a mancare una qualunque spiegazione del passaggio dalla dimensione del contatto puramente sociale al piano della rilevanza giuridica.

Una simile ingenuità, per la verità, non viziava la costruzione dell'obbligazione senza prestazione

che, pur censurabile sotto svariati profili<sup>18</sup>, identificava nella regola di buona fede la scintilla della giuridicità: senonché la buona fede non è in grado per l'appunto di generare una vera e propria obbligazione dotata di una prestazione e, dunque, non si sfugge all'ossimoro di un'obbligazione senza prestazione riferita all'esecuzione della prestazione. Né basta a superare l'ostacolo evocare l'immagine di un'obbligazione di "prote-stazione, un'obbligazione che, nata di protezione, finisce in prestazione"<sup>19</sup>, poiché il timore confessato del mero gioco di parole<sup>20</sup> mette a nudo, per l'appunto, l'essenza della pura arguzia linguistica.

Là dove, dunque, la Cassazione si allontana dal paradigma dell'obbligazione senza prestazione, inevitabilmente abbandona una possibile (ma inadeguata) ragione del passaggio dal contatto sociale<sup>21</sup> al piano giuridico<sup>22</sup>, senza sostituirla con ulteriori e convincenti argomentazioni.

Non basta all'uopo richiamare l'art. 1173 c.c., che ben accoglie al proprio interno la tesi dell'atipicità delle fonti delle obbligazioni, ma certo non legittima una fonte puramente sociale.

Parimenti non è sufficiente evocare in maniera apodittica la raffinata teorica sui rapporti contrattua-

<sup>18</sup> Cfr. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 446 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, 3ª ed., Milano, 2001, 199; NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e problemi di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari - Rescigno, vol. IV, t. III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 236 ss.

<sup>19</sup> CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.* Parimenti non appare risolutiva l'affermazione di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 874 secondo cui "La particolarità della obbligazione di protezione, fuori dalla cornice di un rapporto obbligatorio ordinario o di un contratto, è soltanto di costituire una pura figura di responsabilità da inadempimento, un diritto di credito (alla protezione) senza pretesa: il paziente non ha diritto di esigere l'adempimento verso quel medico determinato, ma, una volta che il medico abbia prestato il suo servizio, la valutazione dell'inadempimento di quella che è un'obbligazione puramente di protezione deve essere condotta alla stessa stregua della prestazione professionale esigibile in una situazione analoga". E' infatti inevitabile porre ad una simile asserzione la domanda: perché? Perché se l'obbligazione è solo di protezione la devo valutare sul metro della prestazione?

<sup>20</sup> CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 706

<sup>21</sup> A dir poco lapidaria è l'affermazione di Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455 ss., con nota di PALMIERI; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 849 ss., con nota di GORGONI; in *Danno e resp.*, 2008, 871, con nota di NICOLUSSI, secondo cui la natura contrattuale della responsabilità del medico discenderebbe dalla sussistenza di un'obbligazione " nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale".

<sup>22</sup> Tutt'altra cosa è parlare di una conclusione di fatto del comportamento esecutivo (così DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 78) poiché tale rilievo sposta evidentemente il piano del ragionamento sul terreno della negozialità di detto comportamento.

<sup>14</sup> CASTRONOVO, *op. cit.*, 487.

<sup>15</sup> DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 451. Così anche MAZZAMUTO, *op. cit.*, 504.

<sup>16</sup> Cass., 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970 ss.; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, *ivi*, 2005, I, 2479 ss.; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, *ibidem*, 3328, con nota di BITETTO; Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, 537 ss., con nota di AGNINO; Cass., 29 settembre 2004, n. 19564, in *Rep. Foro. It.*, 2005, *Danni civili*, n. 355; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698, *ivi*, 2006, *Contratto in genere*, n. 360; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Resp. e risarc.*, 2006, 64 ss., con nota di MAZZUCHELLI.

<sup>17</sup> Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824, con nota di GORGONI.

li di fatto<sup>23</sup>, poiché la sua stessa configurazione suppone che “l’interprete positivamente accert[i] se il rapporto, costituito secondo un criterio apparentemente metagiuridico, sia rapportabile agli schemi giuridici”<sup>24</sup>. E certo una motivazione sufficiente non appare il mero contatto sociale con un soggetto professionalmente qualificato, anche perché se così fosse la responsabilità contrattuale dovrebbe prodursi persino se al paziente si presentasse un medico non dipendente della struttura ospedaliera che di fatto apprestasse le sue cure. D’altro canto, ove ciò fosse affermato, si dovrebbe constatare l’inutilità o l’abrogazione implicita della *negotiorum gestio* rispetto alla prestazione professionale, posto che a creare il vincolo giuridico e la responsabilità contrattuale basterebbe il contatto sociale *tout court*<sup>25</sup>.

In definitiva, le sentenze sul contatto sociale paiono dimenticare che i rapporti di fatto “tali sono [...] non già allo scopo di negarne frettolosamente, con ottusa precomprensione, qualsiasi rilevanza giuridica, bensì allo scopo di segnalarne, con implicito invito a una più aperta esplorazione, un’alterità, che resta pur sempre compresa nella sfera del diritto”<sup>26</sup>.

Ed è proprio la motivazione di “un altro modo di essere nel diritto”<sup>27</sup> ciò che manca nelle pronunce che accolgono la tesi del contatto sociale, il cui argomentare piuttosto apodittico disvela banalmente il bisogno di una via di fuga da un groviglio normativo con difficoltà districabile.

L’alternativa rispetto a tale arretramento dal pensiero giuridico è provare a risalire al bandolo della matassa facendo un passo all’indietro rispetto al primo cedimento concettuale, ossia rispetto al richiamo all’art. 1228 c.c. Torna, dunque, a riecheggiare la voce di chi, ben a ragione, negava la compatibilità fra il ruolo dell’ausiliario e l’attività del professionista medico e per tale motivo giungeva ad

<sup>23</sup> Su cui cfr. la raffinata analisi di LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*, Milano, 1968, spec. 24.

<sup>24</sup> LIPARI, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>25</sup> L’impressione, in generale, è che una parte della giurisprudenza sia più disponibile a riconoscere il peso e la rilevanza giudica della dimensione reale, dove deve risolvere vicende giuridicamente un po’ complesse, come quella in esame, o dove intende assecondare prassi discutibili, come l’occupazione acquisitiva, che non in situazioni nelle quali la fattualità realmente merita di incidere sul terreno giuridico. Cfr. LIPARI, *op. loc.*, I ss. e da ultimo l’elegante saggio di BRECCIA, *Riferimenti testuali e giurisprudenziali alle consuetudini e alle tradizioni comuni nell’età dei diritti. Note in margine a una nuova lettura delle pagine di Norberto Bobbio*, testo ancora inedito, della cui lettura ho potuto beneficiare grazie al generoso dono del manoscritto da parte dell’autore.

<sup>26</sup> BRECCIA, *op. cit.*, 10 (del manoscritto).

<sup>27</sup> L’immagine, evocativa del noto volume di GROSSI, *Un altro modo di possedere. L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, è sempre di BRECCIA, *op. cit.*

invocare, ma solo in un dialogo ideale con il legislatore futuro, una responsabilità solidale fra medico e struttura ospedaliera, capace di condurre finanche ad “una revisione concettuale e [a] un adattamento [operativo...] dello schema della promessa del fatto del terzo o della cooperazione ausiliaria”<sup>28</sup>.

Proprio questi ultimi rilievi suggeriscono, tuttavia, di non fermarsi ad una mera attesa dell’intervento normativo, bensì a verificare se già *de iure condito* vi siano disposizioni e possibili soluzioni ermeneutiche capaci in qualche modo di colmare quella sorta di vuoto che parrebbe delinear-si tra lo spazio coperto dall’art. 1228 c.c. e la disciplina contemplata dall’art. 1381 c.c.

Si tratta in sostanza di indagare se nel sistema attuale sia possibile configurare l’assunzione di un’obbligazione (con la relativa responsabilità) per una prestazione, che deve di necessità essere eseguita da un soggetto differente (rispetto all’obbligato) e che, per la sua competenza professionale, mantiene un grado di autonomia e di indipendenza tali da incidere sulla stessa natura dell’atto esecutivo e, di riflesso, sul titolo della sua responsabilità.

### 3. Rosario Nicolò e l’*actio finium regundorum* tra attività dell’ausiliario, adempimento del terzo e obbligazione del fatto altrui

Gli interrogativi che suscitano l’attualità e la vicenda della responsabilità del medico e della struttura ospedaliera rendono quanto mai feconda la riletture delle pagine di uno dei Maestri della civilistica italiana, Rosario Nicolò, che – più di ogni altro – si è misurato con l’*actio finium regundorum* tra attività dell’ausiliario, adempimento del terzo e obbligazione del fatto altrui.

A conferma del richiamato scetticismo per l’inquadramento dell’attività del medico dentro i confini concettuali dell’art. 1228 c.c., l’incisiva descrizione dell’autorevole Maestro tratteggia i lineamenti del concetto di ausiliario attraverso il paradigma della mancanza dell’“autonomia”<sup>29</sup>: una figura “perfettamente analoga [o se si vuole omologa] a quella del *nuncius* nelle dichiarazioni di volontà”<sup>30</sup>, “puro e semplice strumento materiale di esecuzione della volontà del debitore”<sup>31</sup>.

Se, dunque, l’ausiliario non è ruolo confacente alla funzione del medico, sia pure dipendente, la

<sup>28</sup> MAZZAMUTO, *op. cit.*, 505. Scettico sulla possibilità di fare riferimento all’art. 1228 c.c. anche DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 77.

<sup>29</sup> NICOLÒ, *op. cit.*, 33.

<sup>30</sup> NICOLÒ, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>31</sup> NICOLÒ, *op. loc. ultt. citt.*

L’espedito, dunque, è l’articolo 13 della Costituzione in materia di libertà personali, a tenore del quale “possono essere posti alla libertà personale dei limiti dalla legge e con atto motivato dell’autorità giudiziaria”.

Un siffatto ragionamento conduce all’inevitabile conseguenza - alla quale neppure i più culturalmente e intellettualmente onesti sfuggono e cioè - che poi il decisore finale è il giudice.

Questo è il punto rispetto al quale una simile impostazione tenta di sottrarre la sovranità sul corpo alla libera determinazione della persona senza indiarne confini.

Ma il morire è parte della vita.

Residua, ulteriormente, chiedersi se sia possibile recuperare esperienze e riflessioni che si portano dietro un *background* di categorie e di concetti senza essere sottoposti a nessuna revisione.

Quando per criticare la sentenza Englaro si afferma che occorre tener conto della normativa infracostituzionale, in realtà, si riproducono una serie di schemi clamorosamente costruiti con riferimento alla dimensione patrimoniale del codice civile. Quest’ultimo ha la proprietà, il contratto, come strumento di circolazione della proprietà, il consenso ed il negozio, quali strumenti astratti.

La concezione patrimoniale del diritto costituì un modo per governare un dato conflitto sociale: attraverso la costruzione del soggetto astratto era stato possibile liberare formalmente l’individuo dalla servitù della condizione economica che fondava la società della gerarchia e della disuguaglianza.

Ma un siffatto bagaglio è inadeguato rispetto al tema della persona.

Occorre affrancarsi da una visione patrimonializzata degli istituti giuridici, accoglierne una lettura costituzionalmente orientata, nel rilievo della centralità del valore ordinante della persona.

Nella Costituzione non compare il termine “soggetto”, mentre alla “persona” si riferiscono articoli assai significativi (3,32,111,119), oltre ai riferimenti alla personalità (articolo 2), alla qualificazione della libertà “personale” (articolo 13), della prestazione “personale” (articolo 23).

In questa ricognizione merita allora essere evidenziata l’interpretazione costituzionalmente orientata della sentenza della Corte Costituzionale, n. 438 del 2008, nell’ancoraggio agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione: è lo stesso itinerario che sorregge la decisione Englaro e le decisioni della Corte di Strasburgo, la quale, quando si occupa del tema dell’autodeterminazione, fa leva su norme convenzionali che, pure con tutte le varianti linguistiche, hanno questo tipo di matrice.

Non è un caso, d’altronde, che quando sono entrate in vigore le legislazioni inglesi e la legge tede-

sca sul testamento biologico è stato dato rilievo a modalità di riconoscimento della volontà della persona che nulla hanno a che vedere con gli schemi dogmatici o con le vecchie categorie concettuali: “la ricostruzione attraverso gli stili di vita”.

Una espressione quest’ultima certamente molto problematica ma, al contempo, confermativa di un ulteriore percorso argomentativo teso a corroborare che la sentenza Englaro non è l’unico caso in cui si ragiona per principi e per interpretazioni costituzionalmente orientate.

È evidente che un simile ragionamento diviene oggetto di critica ad opera di chi afferma che “autodeterminazione non può essere né divenire autofondazione del soggetto”.

A meno di non attendere che il connotato persona e il connotato “autodeterminazione” divengano categorie escludenti, occorre, allora, un contesto istituzionale che non deve orientarsi nella direzione di chi ritiene che l’uso della legge sia quello di prescrivere i comportamenti ma quello di consentire che la scelta della persona possa essere effettivamente svolta.

E un simile contesto interessa, da un lato, il rapporto fra persona e istituzioni, e, dall’altro, le relazioni fra le persone.

Infatti l’intervento del legislatore crea una relazione anche fra le persone.

Si pensi, al riguardo, alla legge francese ed alla legge della regione Lombardia che stabilisce che quando uno dei familiari decide di rimanere al fianco della persona malata - non necessariamente in stato vegetativo - ha diritto di chiedere una indennità.

Interviene in questo modo un gioco di legami sociali forti che vengono costruiti attraverso l’intervento legislativo e all’interno dei quali gli altri strumenti giuridici sono colorati diversamente.

Esige, a questo punto, una riflessione anche l’evocato rapporto fra il consenso, la volontà della persona e la scelta di compiere atti di automutilazione.

Al riguardo è bene richiamare le ricerche di psicologia, le quali hanno chiarito che all’origine dell’atto di automutilazione mancherebbe la piena capacità della persona, la quale è vittima di una patologia che ne mina il consenso.

Ma la rilevanza attribuita alla persona, nella ricostruzione complessiva del sistema costituzionale, conduce anche la riflessione sul principio della dignità e sull’esistenza libera e dignitosa, quale risulta, in particolare, dagli articoli 3 e 36 della Costituzione.

Un’espressione che, pur carica di criticità, deve essere correttamente inquadrata nel rilievo che la costituzione - consapevolmente o meno, carica del

che convenire intorno al mistero su cosa sia la persona.

L'attenzione al corpo, al suo governo consente di individuare le esigenze primarie dell'umanità, dell'esistenza e, quindi, della sua capacità di rispecchiare l'uomo.

| 240 “Io non credo – afferma Paolo Zatti - di poter reclamare dignità di diritto perché vedo, sento, provo affetto; non credo di poter reclamare dignità perché sono un esemplare, un soggetto morale. Credo che se fossi cieco, muto, sordo sarei un uomo degno quanto il mio simile. Lo credo perché la vicenda umana, questa grande odissea – che io non so se va verso un termine – non include soltanto libertà e luce di coscienza, affetti e bellezza ma include anche oscurità e dolore ed è per questo che io credo che muto, sordo, incosciente sarò fra i protagonisti di questa odissea”.

La conclusione dei lavori di Convegno è stata affidata a Stefano Rodotà, il quale, in aggiunta alle riflessioni di Paolo Zatti sulla “persona”, ha analizzato un profilo complementare, dichiaratamente critico per le ambiguità che il termine reca in sé: “l'autodeterminazione”.

Pur se caricato di innegabili, quanto fuorvianti, polisemie linguistiche, nelle diverse radici culturali, è da ascrivere all'ultima fase un progressivo quanto sistemico addentrarsi del termine “autodeterminazione” verso il centro del sistema giuridico, a simboleggiare, nel modo forse più evidente, un diverso modo di guardare alla persona; di avvicinarsi attraverso la persona alla materialità dell'essere; di rispecchiare la rottura dal soggetto astratto.

La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, pone, nel Preambolo, “la persona al centro dell'azione dell'Unione” e, rispetto al tema dell'integrità, indica quattro principi di riferimento, che riflettono orientamenti largamente diffusi: consenso dell'interessato; divieto di fare del corpo oggetto di profitto; divieto dell'eugenetica di massa; divieto della clonazione riproduttiva.

Indicazioni queste ultime a tenore delle quali l'essere umano sarebbe incompatibile con la serialità, irriducibile alla logica di mercato, ma, soprattutto, esigerebbe la piena autonomia di decisione ed il rispetto del diritto di ciascuno di governare liberamente il proprio corpo.

Nella Carta dei Diritti sono rintracciabili due operazioni fondamentali: l'indivisibilità dei diritti e la frantumazione dell'astrazione del soggetto.

Con una mossa inattesa, ma espressiva di convinzioni che vanno al di là dello spirito del tempo, la Carta dei diritti, agli articoli 24, 25 e 26 dà rilevanza all'essere bambino, all'anziano, al portatore di handicap, rimuovendo dal procedimento giuridico

co di costruzione della persona l'indifferenza per la realtà delle condizioni materiali.

In tali prescrizioni normative il soggetto astratto scompare di fronte alla condizione umana o alla materialità dei suoi bisogni.

Si raggiunge un punto di tensione fra eguaglianza e diversità, un recupero integrale dell'individualità e dei suoi valori fondativi.

Da una nozione di «soggetto astratto», che predica indifferenza e neutralità, si passa, attraverso il moltiplicarsi degli addentellati normativi ed il consolidarsi del valore performativo degli stessi, alla «persona», al «soggetto di carne», che consente di dare rilevanza alla materialità dei rapporti in cui ciascuno è collocato, alle relazioni sociali che lo caratterizzano, al «destino di socializzazione», al «destino di natura» del suo organismo.

E l'autodeterminazione è proprio ciò che mette in relazione la persona con il mondo e “stare al mondo, con il nostro corpo vivente, pone il problema della sovranità del corpo”.

Un tema rispetto al quale si staglia un quadro di riflessioni che risultano essere sfuggenti con varie strategie o vari espedienti.

La prima strategia è corrisponde all'*ignoratio elenchi*.

In molti scritti sull'autodeterminazione non compare neppure la citazione della sentenza della Corte costituzionale, 23 dicembre 2008, n. 438, in cui si afferma che «il consenso informato è sintesi di due diritti fondamentali della persona: il diritto alla salute e il diritto fondamentale all'autodeterminazione».

Quest'ultimo diritto, desumibile anche in precedenti pronunciamenti della medesima Corte, riceve una esplicita enunciazione.

Il punto è allora chiedersi se, a fronte del riconoscimento alla persona di un diritto dalla caratura fondamentale, siano ancora ammissibili limitazioni legali all'autodeterminazione.

L'ultimo capoverso dell'articolo 32 della Costituzione non consente che si legiferi in maniera tale da imporre al singolo individuo prescrizioni valevoli a ledere il rispetto della persona umana.

Ragion per cui nemmeno al legislatore sarebbe consentito imporre limitazioni in grado di comprimere o circoscrivere un diritto fondamentale come quello all'autodeterminazione.

La seconda tecnica confina l'autodeterminazione in un'area che non interessa il cuore della vita, affermandosi che - se la base costituzionale è l'articolo 32 - la salute non comprende il morire, non comprende tutta la vita che è cosa semmai diversa ed andrebbe, pertanto, collocata all'interno dell'articolo 13 della Costituzione.

cognizione giuridica di tale posizione deve continuare a seguire la linea di pensiero dell'insigne Maestro, attratto nella sua indagine proprio dal terreno limitrofo rispetto al *nuncius* dell'esecuzione. “Al di fuori dell'ipotesi dell'ausiliario e del rappresentante legale dell'incapace, - egli scrive - quando un terzo interviene per far conseguire al creditore il bene che costituiva l'oggetto dell'obbligazione, siamo sempre nel campo dell'adempimento dell'obbligo altrui e quindi trovano applicazione i principi regolatori di questo fenomeno”<sup>32</sup>.

Chiaramente, non sfugge all'autorevole Maestro che tra le due figure alternative della prestazione dell'ausiliario e dell'adempimento del terzo *tout court* si possa collocare una dimensione in certo senso intermedia, o una sottospecie dell'adempimento del terzo: quella in cui il promittente si obbliga in proprio per il fatto altrui, *id est* l'obbligazione del fatto altrui.

Al tema viene immediatamente riconosciuta una notevole complessità e per certi versi un'incertezza ricostruttiva, dovuta non certo alle pregevoli analisi dell'epoca<sup>33</sup>, quanto ad un'ambiguità di fondo nella formulazione dell'art. 1129 c.c. del codice del 1865<sup>34</sup>. Eppure l'Autore, con la forza di una linearità concettuale capace di trascendere l'ingovernabilità di un testo normativo, anticipa con efficacia scultorea il senso della futura complessità, ravvisando nell'accordo in cui si assume un'obbligazione la cui prestazione debba essere adempiuta da un terzo la nascita di due obbligazioni: quella principale riferita alla prestazione del terzo e l'obbligo accessorio del promittente a far conseguire il fatto del terzo. Rileva a tal riguardo che “l'attività del terzo, se non cessa di avere nei confronti dell'obbligazione principale la sua efficacia estintiva, non può dirsi che faccia parte del contenuto dell'obbligazione principale e che perda quindi il carattere di un fatto autonomo che reagisce dall'esterno sul rapporto obbligatorio. Il fatto che, insieme all'estinzione dell'obbligo principale, si verifichi, come effetto concomitante, l'estinzione (per adempimento) dell'obbligo accessorio del fatto altrui, non altera dal punto di vista della prima obbligazione, la funzione e la struttura dell'atto giuridico del terzo. E' evidente, infatti, che l'atto del terzo nei confronti dell'obbligo principale del debitore rappresenterà *sempre adempimento dell'obbligo altrui*,

<sup>32</sup> NICOLÒ, *op. cit.*, 35.

<sup>33</sup> Cfr. per tutti ALLARA, *Natura giuridica dell'obbligazione del fatto altrui*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 410 ss.; STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, *ivi*, 1927, 203 ss.

<sup>34</sup> La norma così recitava: “può taluno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto di una terza persona. Tale promessa dà soltanto diritto ad indennità verso colui che si è obbligato, o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempiere l'obbligazione”.

[mentre] nei confronti dell'obbligo accessorio avente per oggetto proprio quell'attività del terzo, rappresenterà, come effetto incidentale e riflesso, adempimento del debitore”<sup>35</sup>.

L'analisi della fattispecie dell'obbligazione del fatto altrui mostra evidentemente un indubbio interesse ai fini della riflessione attuale sul rapporto fra struttura ospedaliera e medico dipendente, poiché non vi è dubbio che la prima effettivamente assuma in proprio un'obbligazione di cura la cui prestazione non possa che essere eseguita dal medico e non dal promittente.

E in effetti l'autorevole Maestro evocava proprio l'ipotesi in cui una parte si facesse carico di un'obbligazione il cui adempimento dovesse essere effettuato da un “non ausiliario” che, di conseguenza, era definito terzo. In sostanza, grazie anche alla formulazione alquanto ambigua dell'art. 1129 del codice civile del 1865, l'Autore non considerava la pura promessa del fatto del terzo, ma la nascita di una vera e propria obbligazione principale riferita alla prestazione del terzo.

Certo il quadro descritto dall'Autore era attratto soprattutto dalla costruzione in positivo del fenomeno che gli consentiva di chiarire come la prestazione del terzo realizzasse l'adempimento dell'obbligo accessorio del promittente, in quanto adempimento dell'obbligo proprio, e l'adempimento dell'obbligazione principale in quanto adempimento dell'obbligo altrui. Non si occupava, viceversa, del profilo della responsabilità, poiché accennava puramente alla circostanza che la violazione dell'obbligo accessorio fosse fonte di un dovere di indennizzo, ma non diceva se tale conseguenza esaurisse gli effetti dell'inadempimento dell'obbligazione principale.

Senonché se, da un lato, la formulazione non adamantina del codice del 1865<sup>36</sup> poteva testualmente deporre nel senso di quell'unico effetto, da un altro lato, proprio la configurazione da parte di Nicolò di una duplicità di obbligazioni, e non della sola obbligazione di garantire il fatto del terzo, è il segno che intuisse sin d'allora, pur all'interno di una crisi concettuale che unificava fenomeni a ben vedere disgiunti, la non assoluta coincidenza fra il mero promettere il fatto del terzo (o l'obbligazione del terzo) e l'assumere un'obbligazione riferita alla prestazione di un terzo.

<sup>35</sup> NICOLÒ, *op. cit.*, 38-39.

<sup>36</sup> V. *supra* nota 34.



#### 4. L'obbligazione del fatto altrui tra "lacunosità" dell'art. 1228 c.c., "non detto" dall'art. 1381 c.c. e spunti ermeneutici offerti dall'art. 2232 c.c.

Nel passaggio dal codice del 1865 al codice del 1942, la commistione di fattispecie latente nell'art. 1129 c.c. si dilegua, lasciando il posto ad una norma - l'art. 1381 c.c. - che circoscrive in un duplice senso la disciplina del fenomeno della promessa riferita al comportamento del terzo.

Per un verso, nel prevedere, in continuità con la disciplina del 1865, un dovere di indennizzo in capo al promittente, ove il terzo rifiuti di obbligarsi o non compia il fatto promesso, consolida ed allontana da qualsivoglia possibile incertezza il profilo che era risultato storicamente più dibattuto<sup>37</sup>, vale a dire l'esigenza di escludere che il promittente il fatto altrui potesse ritenersi liberato da qualsivoglia responsabilità, una volta dimostrato di essersi attivato per far impegnare il terzo.

Per un altro verso, la medesima disposizione cessa di riferirsi all'obbligazione del fatto altrui e disciplina unicamente la promessa del fatto del terzo e la promessa dell'obbligazione del terzo.

La delimitazione del precetto della norma, con la previsione dell'obbligo di indennizzo in funzione di garanzia<sup>38</sup>, non impedisce peraltro - grazie anche alla cancellazione dell'avverbio "soltanto" presente nella precedente disciplina - di dare spazio a un "non detto" dalla disposizione. In particolare, viene riconosciuta - a partire dal 1995 anche in giurisprudenza<sup>39</sup> - la possibile rilevanza di un'obbligazione di *facere*, dal cui inadempimento scaturisce una vera e propria responsabilità risarcitoria e non un mero dovere di indennizzo<sup>40</sup>. Non si esclude, in sostanza, che chi prometta il fatto altrui possa obbligarsi ad attivarsi (nei termini per l'appunto di un *facere*) onde promuovere l'iniziativa del terzo, sicché ove si dimostri l'inadempimento a tale obbligazione prevale l'esito di una piena responsabilità contrattuale. Per converso, sussistente l'adempimento ma difettante il fatto del terzo, residua soltanto l'obbligo di

garanzia. In altri termini, se il precetto dell'art. 1381 c.c. doveva essere necessariamente esplicitato, in quanto l'obbligo di garanzia non si sarebbe potuto evincere solo in via interpretativa, quel contenuto non inibisce la rilevanza di un "non detto" dalla norma, coerente con il tessuto sistematico generale.

Ma se l'art. 1381 c.c. non ostacola una disciplina giuridica esterna al suo precetto, doveroso è interrogarsi sul destino della fattispecie apparentemente scomparsa: l'obbligazione del fatto altrui, in cui il promittente si obbliga in proprio per una prestazione che, dallo stesso contratto, risulta dover essere adempiuta da un terzo.

Un latente richiamo ad una simile ipotesi parrebbe trapelare dallo stesso art. 1228 c.c., nell'inciso iniziale in cui, evocandosi l'eventualità di una clausola di esonero dalla responsabilità riferita all'esecuzione della prestazione da parte di ausiliari, richiama un possibile accordo riferito ad un'obbligazione il cui adempimento spetta a soggetti che la norma stessa definisce terzi. Sennonché, proprio il carattere puramente esecutivo e materiale dell'attività dell'ausiliario non solo ridimensiona il senso di tale qualifica alla stregua di un terzo, ma soprattutto rende del tutto secondario il riferimento all'accordo, che è una pura evenienza nell'ambito dell'art. 1228 c.c.<sup>41</sup>: fonte della responsabilità non è infatti il contratto che richiama il fatto dell'ausiliario, bensì proprio la previsione normativa che addebita *in toto* la responsabilità all'obbligato.

Se, tuttavia, dall'art. 1228 c.c. si passa a considerare, nell'ambito della disciplina sul contratto di lavoro autonomo e specificamente sulle professioni intellettuali, l'art. 2232 c.c., il quadro del ragionamento radicalmente muta. La disposizione, infatti, richiama specificamente il contratto (o gli usi) come possibile fonte sia della legittimazione ad utilizzare altri - ausiliari o *sostituti* - nell'esecuzione della prestazione professionale sia della "responsabilità" per il relativo operato.

Tale previsione viene di frequente ascritta, quasi fosse *species* di un medesimo *genus*, alla *ratio* dell'art. 1228 c.c.<sup>42</sup>, ma in effetti - come si è anticipato - se ne differenzia nettamente per il ruolo che ha la fonte contrattuale e per il richiamo anche alla nozione di "sostituto".

Il contratto è la fonte della responsabilità del promittente, poiché la prestazione professionale non può essere adempiuta da un soggetto diverso rispet-

volte anche oscura, dipendenza - in termini di diritto positivo statutale - dalla volontà del legislatore.

*Hic* risiedono il valore e i limiti della persona *iuris*.

Sulla scena si muove nel nome di ciascuno la nostra maschera, la nostra veste.

La maschera appare sotto un versante solida e ricca, perché la sua consistenza non ha dei limiti precostituiti, ma sotto altro profilo questa ricchezza rischia di scomparire quando non lascia trasparire la realtà del singolo, quando la storia individuale, la fragilità, la disabilità, la vulnerabilità, la debolezza restano non rappresentate sulla scena.

E il riferimento è alle vecchie impostazioni dell'incapacità.

Il soggetto persona governato dal legislatore si trova a sprofondare proprio nell'indefinibilità della sua essenza.

«Persona -ha scritto Roberto Esposito- è il tema concettuale con cui è creata la frattura della terra fra le due polarità dell'uomo e del cittadino, fin dalla Dichiarazione del 1782, per sottrarre i diritti dell'uomo ai limiti della nozione, staccandolo evidentemente dalla tutela della cittadinanza. Ma la sua caratteristica legata alla risonanza della provenienza cristiana è di conservare, anche in senso lato, una distanza, una differenziazione verso il tratto biologico del soggetto».

Insomma, persona è un concetto magnifico ma capace di rivoltarsi contro se stesso.

Riceve, poi, contaminazioni dal pensiero kantiano, una visione contrattualistica della bioetica, in cui persona è qualificazione che spetta in senso proprio soltanto a chi è soggetto morale ed è soggetto morale soltanto chi è capace di decisioni morali.

Non è, quindi, persona per sé ma persona per convenzione, eticamente raccomandabile, pur non necessitata, chi non ha ancora o non potrà mai avere o non ha più la luce della coscienza.

Ciò significa che non ci sia tutela, che non ci siano ragioni coincidenti per tutelarla, ma lo si fa in quanto persona informazione o persona che fu o persona per analogia; non si tutela in sé.

Persona, insomma, qualifica e qualsiasi concetto di qualificazione esclude a meno che i suoi *definiendi* non siano ampiamente inclusivi.

Come non temere la babele filosofica in individuo e persona.

E qui nasce un problema: dire quali siano i diritti che si devono accordare alle persone e quali i diritti che si devono accordare agli individui umani.

Se essere individui umani equivale ad essere persona il problema non si pone; ma se tale equivalenza manca, il problema diventa serio.

E allora potrebbe considerarsi risolutorio accantonare il concetto di persona.

Una alternativa fallace, vulnerata e depotenziata da due distinti ordini di ragioni.

Il diritto rimane per sua natura un teatro sovrapposto alla realtà: organizza sì le relazioni umane, ma le organizza simbolicamente, le ordina attraverso norme e restrittivamente ha bisogno delle sue maschere.

Scomunicare la persona *iuris* non ha senso.

L'obiettivo è fare della persona una soluzione di questa realtà, non viceversa selezionare nella realtà dell'uomo gli elementi che lo fanno persona.

La seconda ragione che rende inerte la proposta risiede nella considerazione che il diritto concepisce anche un diverso uso di persona che pure fa riferimento alla persona sociale, sulla scena della storia, della vita, delle relazioni.

E questa è una utilizzazione diversa dal concetto di persona che deve essere apprezzata. Forse l'uomo nudo non è mai *homo iuridicus*: il diritto resta una scena, un linguaggio della realtà, non la realtà.

Allora residuerebbe chiedersi se una rivoluzione lessicale avvicinerrebbe all'obiettivo; se norme scritte per l'uomo, per l'essere umano, possono aprire lo specchio del diritto a riflettere una immagine più nuda della vita umana; se può essere definito l'uomo senza ascriverne un valore assiologico.

Potrebbe raggiungersi tale obiettivo ampliando l'estensione del termine rispetto a quello di persona ma non renderlo una quantità di selezioni anche biologiche.

Esiste, in realtà, una strada terapeutica per far emergere nel campo del diritto la persona, ma deve consistere nel dare spazio e forza crescente alla realtà, al valore del corpo vivente.

La nuda realtà emerge quando tocca considerarsi nell'esperienza primordiale, ma, al contempo, sofisticata, tangibile, sottile, esteriore, materiale quanto interiore, spirituale di stare al mondo, di essere il nostro corpo.

Qui ciascuno di noi incontra l'esigenza elementare di essere signore di se stesso e di essere apprezzato e aiutato ad esserlo quando non è in grado di affermarsi.

È nel corpo vivente che si esaltano le nostre prospettive di essere, di avere, di interagire ed è dal corpo vivente che si allargano, come cerchi nell'acqua, le linee di forza dei nostri bisogni.

Il corpo uomo non è isolamento ed autoreferenzialità.

È essenzialmente apertura, relazione e comunicazione.

E questo concetto di corpo non è un concetto ideologico, ma è un concetto fenomenologico.

Non risolve ogni problema, ma sarà facile trovarsi d'accordo su quando inizi o cessi la realtà delle cose viventi e potrà essere forse meno impervio



Annulata la dichiarazione di dimissioni e restaurato il rapporto di lavoro, la Suprema Corte, a parziale modifica del costante orientamento della giurisprudenza secondo il quale le retribuzioni spettano dalla data della sentenza che dichiara l'illegittimità delle dimissioni, ha ritenuto che gli effetti retributivi debbano essere riportati alla domanda giudiziaria, in ragione del principio generale per il quale la durata del processo non deve mai andare a detrimento del lavoratore che non deve soffrire gli aggravii dei tempi di giustizia.

Un passo in avanti, sensibile e responsabile del Supremo Collegio, anche se -riprendendo l'insegnamento del così centrale saggio di Nicolò "Il controllo sulle condizioni di validità di una dichiarazione negoziale da parte del suo destinatario", 1949- il diritto alla prestazione sarebbe da ritenersi più propriamente ancorabile già al momento del ritorno alla piena capacità e non al momento dell'impugnativa.

A questo punto l'asse dell'analisi si è spostato verso gli ulteriori approdi dell'ambito amministrativo: gli scenari interni al rapporto fra persona ed amministrazioni, la dimensione sociale della persona, i suoi valori, le dinamiche relazionali e della convivenza, hanno ritrovato in Carlo Marzuoli spunti di analisi.

In evidenza è stato posto il rapporto inferenziale fra individuo e potere pubblico, Autorità e partecipazione, potere pubblico e potere privato, individuazione delle esigenze rilevanti delle persone e individuazione delle tecniche di soddisfacimento delle stesse, potere reale della scienza e potere formale del diritto, specializzazione dell'organizzazione pubblica, nella diversificazione delle aree di interesse, adeguatezza e congruenza di quest'ultima.

Un coacervo di relazioni che assumono una particolare colorazione giuridica laddove scrutinate in rapporto al tema della salute.

Si pone l'interrogativo se sia possibile affidare al legislatore la costituzione del concetto di salute oppure sia necessario affidare la fissazione di una parte di esso direttamente in chiave costituzionale: un settore non disponibile da alcuno, neppure dal potere legislativo.

E resta ancora da stabilire se esso riguardi il fenomeno della salute in senso stretto o riguardi tutto ciò che è possibile attrarre in esso: la salute come base di nuovi diritti. Rispetto a questi problemi, così delicati ed impegnativi, l'intervento del Parlamento non è sufficiente per pervenire ad una soluzione.

Trattasi, infatti, di nodi di criticità rispetto ai quali, da un lato, la legge rischia di non essere compiutamente risolutiva, dall'altro, l'organizzazione dei rapporti fra amministrazione e individuo mantiene una collocazione di centralità di ruolo.

Interviene una rinnovata dimensione epicentrica dell'Amministrazione, la quale non appare nella ridotta accezione tradizionale, ma in una ottica evolutiva, poiché è investita di un nuovo ruolo: non essere più un semplice erogatore di prestazioni pecuniarie o di fare fungibile, ma operare, in maniera diversa e più profonda, in funzione della dignità della persona.

L'Amministrazione è intesa nei singoli agenti che la compongono, giacché sono questi ultimi, nel rispetto delle regole formali, che possono realizzare i profili di dignità della persona, anche in termini di informazione, di accoglienza, di qualità dei servizi.

Ritorna il ruolo della relazionalità e l'aspirazione che possa giungersi alla configurazione di un vero e proprio diritto a pretendere, prima ancora che la prestazione, intesa come erogazione di una attività, un modo di essere dell'Amministrazione, conformata e congruente ai valori della persona.

Il diritto alla salute è congiuntura legante etica, scienza e diritto: protagonisti indispensabili - per presenza e qualità - incardinati per il funzionamento del biodiritto.

Paolo Zatti ha rilevato che persona è termine teatrale: nasce dal teatro antico e dal fatto che sulla scena non si vuole che compaia l'attore ma si vuole che compaia la maschera, la più adatta al luogo di scena.

Nella sua radice ultima, la concettualizzazione dell'idea di persona non è affatto esente da questa origine, anzi la conserva.

L'uomo è al contempo nascosto e rappresentato; è insieme presente e assente.

Ed è proprio dello stoico considerare la vita su due piani: il piano sociale in cui opera la persona sociale e il piano interiore nella cui profondità è anidata una seconda persona. Qui l'io è Signore di sé, valorizza l'elemento dell'originalità assoluta, mentre altro resta per il mondo esterno in rapporto al posto assegnato nell'ordine sociale.

Dall'ombra di questo quadro sommariamente tracciato discendono corollari sul concetto giuridico di persona, perché in esso si sviluppano proprio la prima e la seconda persona del pensiero stoico: la maschera del teatro sociale e il valore intrinseco dell'individualità. La prima è la persona degli *status*, della capacità giuridica; la seconda è l'uomo in quanto soggetto morale.

In questo modo sono emerse tre connessioni circa il concetto di persona: la connessione che lega il concetto di persona all'individualità dell'uomo rispetto alla scienza giuridica; la connessione che lega il concetto di persona ad una connotazione di valore dell'individualità; la connessione che lega il concetto di persona al teatro del diritto, alla soggettività giuridica e alla sua non sempre luminosa, a

to dall'obbligato, se ciò non si può evincere dal regolamento contrattuale: non può in sostanza operare l'automatismo legale dell'art. 1228 c.c.

Al contempo, il riferimento alla nozione di sostituto evoca l'idea di un soggetto che può avere anche una sua indipendenza nell'esecuzione della prestazione e, dunque, diviene in certo senso paradigma di un "esecutore autonomo".

L'art. 2232 c.c. pare, dunque, la cornice normativa più adeguata sia ad inquadrare la responsabilità della struttura ospedaliera rispetto alla prestazione di cura<sup>43</sup> sia a tracciare la linea di confine tra l'obbligazione del fatto altrui e la promessa del fatto del terzo.

Sotto quest'ultimo profilo, l'obbligazione del fatto altrui implica una fonte contrattuale in cui il promittente assume la responsabilità per l'inadempimento o il mancato adempimento di un soggetto che eseguirà la prestazione, anche con un potenziale margine di autonomia e di indipendenza. Questo significa che il rifiuto del terzo varrà alla stregua del rifiuto dello stesso debitore e, dunque, porterà ad imputargli una piena responsabilità risarcitoria.

La promessa del fatto altrui, viceversa, non comporta l'assunzione dell'obbligazione principale in capo al promittente, che si limita a garantire con lo strumento indennitario il fatto del terzo e tutt'al più si obbliga ad un *facere* per stimolare l'attività di quel medesimo soggetto.

L'obbligazione del fatto altrui ha la sua fonte di legittimazione nell'art. 2232 c.c., la promessa del fatto del terzo nell'art. 1381 c.c.

Il sistema attuale consente all'uopo di distinguere ciò che un po' confusamente risultava sovrapposto nella dizione dell'art. 1229 del codice civile del 1865 e che nella sua complessità, destinata a distendersi in una variegata ipotesi, già trapelava dal pensiero di Rosario Nicolò.

Orbene, nel caso della struttura ospedaliera la fonte contrattuale, che lo faccia esplicitamente o lo si desuma implicitamente, genera un'obbligazione del fatto altrui e, precisamente, un'obbligazione di cura che solo il professionista medico è legittimato ad eseguire. L'assunzione dell'obbligazione per il fatto altrui in capo all'ospedale ha dunque il senso di far acquisire, *ex art. 2232 c.c.* e nel rispetto dei principi generali, una sua diretta responsabilità per l'esecuzione del medico.

Tale soluzione evita gli inconvenienti tanto del richiamo all'art. 1228 c.c. quanto dell'obbligazione acquisita puramente in proprio.

<sup>43</sup> Chiaramente l'ospedale assume nei confronti del paziente anche altre obbligazioni.

La prima ipotesi contrasta con l'indipendenza del medico che va ribadita sia rispetto alla scelta sul *quomodo* della cura sia rispetto alla valutazione sull'*an*, che attiene alla decisione di intervenire o non intervenire sul paziente nonché alla considerazione di ragioni eventualmente correlate con l'obiezione di coscienza.

La seconda ricostruzione - come si è già anticipato - comporterebbe il rischio di incorrere nella nullità del contratto per illiceità della causa, in quanto non può la struttura ospedaliera assumere in proprio *tout court* un'obbligazione professionale.

## 5. L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la natura della responsabilità del medico

L'assunzione dell'obbligazione di cura con l'implicito riferimento alla necessaria esecuzione della prestazione ad opera del medico è l'esatta descrizione fattuale del fenomeno che caratterizza la stipulazione di contratti ad opera dell'ospedale o della casa di cura. Ad essa - come si è motivato - corrispondono sul piano della qualificazione giuridica i tratti dell'art. 2232 c.c., che si può considerare paradigma generale dell'obbligazione del fatto altrui, da cui discende, in virtù della stessa fonte contrattuale, una piena responsabilità per l'esecuzione del terzo e non il mero dovere di indennizzo di cui all'art. 1381 c.c.

Spostato il fondamento della responsabilità dall'art. 1228 c.c. all'art. 2232 c.c., può diversamente affrontarsi anche il profilo della natura della responsabilità del medico, avendo previamente sgombrato il campo da un possibile residuo dubbio, che cioè l'obbligazione del fatto altrui sia incompatibile con il rapporto di dipendenza del medico dalla struttura sanitaria.

Anche tale perplessità viene invero rimossa attraverso il pensiero dell'insigne Maestro Rosario Nicolò che chiarisce come i rapporti interni fra debitore e soggetto che adempie non escludono automaticamente la terzietà di quest'ultimo rispetto al creditore. Detta terzietà è contraddetta soltanto dalla figura dell'ausiliario e dalla fattispecie normativa del vecchio art. 1241 del cod. civ. del 1865, l'attuale art. 1188 c.c., sicché se "l'obbligo interno - nel caso di specie quello fra la struttura ospedaliera e il medico - ha come suo contenuto specifico l'intervento in un rapporto obbligatorio altrui [quello fra struttura ospedaliera e paziente], l'attività del *solvens* va [comunque] qualificata come adempimento dell'obbligo altrui"<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> NICOLÒ, *op. cit.*, 143.

Del resto, – come si è già anticipato – lo schema dell'obbligazione del fatto altrui implicava, nella magistrale visione di Nicolò, l'identificazione di un'obbligazione principale rispetto alla quale l'attività del terzo “se non cessa di avere [...] la sua efficacia estintiva, non può dirsi che faccia parte del contenuto dell'obbligazione principale e che perda quindi il carattere di un fatto autonomo che reagisce dall'esterno sul rapporto obbligatorio”<sup>45</sup>.

Certamente, non sfugge che se l'attività del terzo non fa parte del contenuto dell'obbligazione, quest'ultima implica nella sostanza una garanzia da parte del promittente dell'adempimento del terzo: essa, tuttavia, è cosa ben diversa tanto rispetto alla garanzia puramente indennitaria dell'art. 1381 c.c., poiché nel caso di specie dal contratto nasce una piena responsabilità per l'adempimento del terzo, quanto rispetto alla garanzia fideiussoria, poiché nella fattispecie in esame difetta la duplicità di obbligazioni (quella principale e quella fideiussoria). Dal contratto con cui il promittente si obbliga per il fatto altrui scaturisce, viceversa, un'unica obbligazione principale di cui è responsabile il promittente ma la cui esecuzione è correttamente attuata solamente dal terzo, senza che sussista una sua previa obbligazione.

Torna, dunque, a questo punto, il quesito basilare sul fondamento e sul titolo della responsabilità del medico, che deve essere inferito dalla stessa natura dell'attività esecutiva posta in essere dal professionista.

Orbene, almeno due argomenti, fra di loro interconnessi, depongono a favore della negoziabilità di tale adempimento.

Il primo risiede nel grado di autonomia e di indipendenza ontologicamente afferenti alla prestazione professionale medica, che è poi la medesima ragione che allontana tale attività dal modello prettamente esecutivo e materiale riferito all'ausiliario.

La seconda ragione si può nuovamente desumere dalle parole di Rosario Nicolò che, dopo aver collocato l'esecuzione dell'obbligazione del fatto altrui nel quadro dell'adempimento del terzo, successivamente, argomenta con indimenticabile finezza la negoziabilità di tale atto esecutivo, sia che si abbia riguardo alla fattispecie della pura iniziativa del terzo sia che venga in esame l'obbligazione del fatto altrui, e dunque l'attività del terzo promessa dal debitore al creditore. “Quando il terzo interviene in un rapporto obbligatorio [...] egli non pone mai in es-

sere un atto dovuto poiché di fronte al creditore [...] non attua affatto il contenuto di un obbligo proprio. E se anche il terzo avesse assunto, nei rapporti interni col debitore, l'obbligo di intervenire, l'atto del terzo non potrà considerarsi puramente e semplicemente come attuazione di quell'obbligo di intervento, ma dovrà sempre essere valutato nella sua funzione di realizzazione del diritto del creditore, di fronte al quale il terzo rimane un soggetto estraneo non obbligato”<sup>46</sup>.

Alla luce di tali rilievi è di tutta evidenza che se l'adempimento del medico nei confronti del paziente ha natura negoziale, ne discendono conseguenze dirompenti.

Innanzitutto, il contatto che si instaura fra medico e paziente è tutt'altro che puramente sociale, e neppure è “diversamente giuridico”<sup>47</sup>, bensì ha una natura che è direttamente intrinseca al diritto, in quanto atto di autonomia privata esecutivo dell'obbligazione altrui.

D'altro canto, l'esecuzione della prestazione di natura negoziale crea una relazione giuridica che, pur non generando un rapporto obbligatorio, è tuttavia sufficiente a fondare la natura contrattuale della responsabilità del medico.

Se così è, si giunge nel diritto attuale, e attraverso un itinerario che non ha bisogno di bizantinismi né di desumere immotivatamente la giuridicità dalla fattualità, a quel risultato di una responsabilità solidale fra medico e struttura ospedaliera, che la dottrina ha considerato l'obiettivo primario da raggiungere e al quale si è potuto tendere, attingendo costantemente ispirazione e chiarimenti dalle pagine di Nicolò.

Le pietre miliari del suo pensiero, scolpite con una capacità speculativa che incideva i concetti, li proiettava al di là del dato normativo, scalcava il dettaglio delle diatribe del suo tempo quasi a dare voce a un'intuizione destinata a suggerire ai postumi nuove frontiere e nuove possibilità ermeneutiche, tracciano un percorso argomentativo che non soltanto è tuttora ineguagliato in tutta quell'area articolata e complessa che orbita intorno alle figure dell'ausiliario e del terzo, ma che soprattutto mostra la sua palpabile rilevanza pragmatica e la sua capacità di incidere, a distanza di ben oltre mezzo secolo, sulla più viva e scottante attualità giuridica.

<sup>45</sup> Bastano questi richiami a far apparire ingeneroso il rilievo di chi ha giudicato “grottesca” - così CASTRONOVO, *op. cit.*, 704 - la nostra ipotesi (NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, vol. IV, t. III, cit., 241) di qualificare in termini di terzietà, rispetto al creditore, l'attività del medico.

<sup>46</sup> NICOLÒ, *op. cit.*, 159.

<sup>47</sup> V. *supra* nota n. 26.

L'interrogativo rimanda al tema della capacità e dell'autonomia della persona, quindi, al principio di autodeterminazione.

Naturalmente questo principio può essere declinato secondo molte radici culturali.

È evidente che una di queste è la radice illuminista che nell'autodeterminazione vede principalmente l'autonomia dell'individuo cosciente che può nell'*iter* di governo del proprio corpo anche decidere di portarsi verso la decisione del morire.

Risulta però singolare il fatto che il principio di autodeterminazione affiora per prospettare uno dei punti estremi di manifestazione della volontà, quale la decisione del morire, ma, al contempo, non viene ritenuta legittimante la tipologia degli atti di automutilazione, nel rilievo che, in tal caso, si tratterebbe dell'affermazione di una deformazione fisica, la quale trarrebbe giustificazione, non già dalla prospettiva di una consapevole manifestazione dell'autonomia, bensì dal forte disturbo neuropsicologico della persona.

Il percorso di analisi si è concluso con il riferimento al pensiero di Peter J. Whitehouse, neurologo americano, autore del “Mito dell'alzheimer”, nella considerazione che la caratterizzazione del biodiritto risiede nel raccordo del diritto con le scienze tecniche.

Nell'opera di Peter J. Whitehouse è rintracciabile un interessante aspetto: la diffidenza nei confronti delle cure chimiche e la strategia curativa fondata sul cd. “life book” - libro della vita - in cui il paziente si immagina lo scopo di conseguire tre obiettivi: raccontare la storia della propria vita; valutare quali cure di fine-vita ritiene di poter ricevere; riflettere sulla testimonianza che di sé si intende lasciare agli altri.

Il valore ordinante della “scelta”, pur estesa ai limiti massimi, non perviene mai alla colorazione di sé in termini di assoluta “autodeterminazione”, trattandosi pur sempre di una scelta “di relazionalità” all'interno di un contesto.

Il Presidente dei lavori di Convegno, Pietro Rescigno, ha sviluppato una serie di riflessioni relative alla responsabilità della scienza giuridica, ieri come oggi, accresciute dalla particolare considerazione dell'interesse che il civilista fermamente avverte rispetto al tema della persona.

La linea di orizzonte, fra prospettiva e richiami del retroterra culturale, salda l'attualità giuridica con la scienza del diritto del secolo scorso, in cui, pur in assenza di un compiuto patrimonio di idee, sono rintracciabili molteplici occasioni di incontro, di riflessione in cui era *in nuce* quanto sarebbe diventato il bio-diritto.

Erano ricorrenti alcune tematiche che non soltanto turbavano la coscienza giuridica ma che fini-

vano per divenire provocazioni nell'ambito del discorso e del ragionamento del giurista: collocazione del momento dell'acquisto della personalità, della capacità, possibilità di agire in giudizio per il danno ricevuto nella vita prenatale, addirittura, per il danno ricevuto per il fatto stesso di essere nati e, quindi, la responsabilità di cui venivano chiamati e caricati i genitori.

Richiamati dalla singolarità e dalla drammaticità dei casi prendevano forma scritta quelli che sarebbero diventati i classici della bioetica e del biodiritto: danno da procreazione, la corresponsabilità eventuale di soggetti legati da particolari vincoli, i limiti dell'intervento del medico, la libertà di trattamento sanitario ed il “prezzo” che questa libertà può avere in termini giuridici.

Il problema veniva posto con riguardo a chi subisce un danno e, pur potendo sottoporsi ad un trattamento medico-sanitario, lo rifiuta, nell'esercizio della sua libertà sanitaria; come, pur potendo cambiare mestiere, parimenti lo rifiuta nell'esercizio della sua libertà.

E allora, dal punto di vista giuridico, è forse ragionevole ritenere che il danneggiato sopporti il “prezzo” di questa sua libertà, nel senso che il risarcimento che gli è dovuto possa essere effettivamente ridotto dal giudice, tenuto conto di quelle prospettive alternative concretamente realizzabili e che ciò nonostante non ha voluto utilizzare.

Probabilmente, il contributo della civilistica non sempre è stato tale da mettere nella giusta luce gli aspetti della questione o - per meglio dire - nell'ampiezza che avrebbe meritato.

E questo capita ancora presso le Corti, ove la prospettiva c'è, ma dovrebbe essere maggiormente approfondita e intensificata.

A corroborare tale assunzione di principio sono state richiamate, non senza perplessità e revisioni critiche degli esiti decisionali, due recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione.

In una pronuncia la Suprema Corte ha respinto la domanda di ammissione al contributo regionale di un malato di Alzheimer, in quanto “la malattia, la vecchiaia, la povertà”, pur ritenute condizioni necessarie per il rilascio dell'indennità, tuttavia, non possono essere considerate sufficienti, in quanto è necessario che si soddisfino le esigenze di bilancio, le quali rappresentano la condizione implicita che deve verificarsi affinché tale diritto possa essere riconosciuto.

L'altra sentenza, in tema di incapacità naturale, riguarda il caso di un lavoratore che si dimette e, successivamente, viene accertato che le dimissioni erano state dichiarate in un momento temporaneo di incapacità di intendere.

Un processo dall'astrazione alla realtà non breve né lineare, che suggerisce una diagnosi del presente, della contemporaneità, un interrogarsi sul valore ordinante della "persona", sull'autosufficienza del termine "persona" distinto dal termine "soggetto", sul governo del corpo, sulla vocazione relazionale della fisicità, nell'intento di realizzare un corale punto di osservazione e di riflessione sul ruolo della soggettività in una società pluralista e multiculturale, sulle trasformazioni dei tratti strutturali della vita e della morte, sulle modificazioni delle basi e dei confini dell'esperienza giuridica, attesa la sempre maggiore integrazione tra il diritto e gli altri rami delle scienze umane, fisiche e genetiche, di cui il Trattato, pregevole quanto monumentale, è tangibile testimonianza.

I lavori del convegno -così introdotti- sono stati presieduti dal Pietro Rescigno.

Il primo intervento è stato affidato a Francesco Donato Busnelli, il quale, premesso compiacimento per l'opera, ha rilevato, attraverso articolate e suggestive riflessioni, che il sintagma bio-diritto esprime il superamento del formalismo giuridico per aprirsi ad altre sollecitazioni, con un percorso rovesciato in cui il tessuto del diritto diviene approdo e non già partenza.

Snodo critico della materia è costituito dalla polisemia del termine persona, declinato secondo diverse radici culturali e linguistiche: *every one*, nella versione di lingua inglese, per restituire centralità all'"individuo singolo"; *toutes les persone*, nella versione di lingua francese, per rendere epicentrica "la persona".

Una differente modulazione linguistica emblematica del diverso *humus* da cui trae origina la concezione della persona.

E per dar conto di siffatto differente atteggiamento Francesco Busnelli ha richiamato la Carta di Nizza e la frantumazione al suo interno della disciplina della famiglia.

In essa manca una norma che fissi l'identità della famiglia, restando nell'ombra sia il profilo comunitario che il valore solidaristico.

L'art. 7 della Carta di Nizza, infatti, mette insieme la famiglia nella prospettiva del diritto del singolo al rispetto della vita privata e familiare.

Ed è interessante notare come la norma abbia ricevuto distinte interpretazioni: da un lato, la vita privata e familiare vengono ridotte ad un unico oggetto di valutazione, nell'ottica del primato dell'individuo; dall'altro, viene condotta una scissione dei due profili, nel tentativo di recuperare una autonomia concettuale della famiglia.

Nella prima direzione si è orientata la Corte di Strasburgo.

Il dato che lascia perplessi nella lettura delle sentenze è la prevalenza della libertà - *freedom* - rispetto alla dignità.

Una libertà illuminata, secondo il modello francese, offre approdi maggiormente stabilizzanti, mentre una *freedom* che precede la dignità orienta a far temere per una libertà che trasmoda in arbitrio.

Preoccupa, in definitiva, una lettura individualistica della persona, una prospettiva dell'autonomia privata sganciata dalla dignità della persona e dalla solidarietà.

L'essere umano nella sua fisicità ha costituito, invece, il *leitmotiv* dell'intervento del teologo Enrico Chiavacci.

La relazione ha fatto emergere la fallace convinzione di ogni essere umano a pensarsi come un "Io autonomo", trascurando il valore relazionale della fisicità.

La fisicità entra sempre in rapporto con l'altro, costituendo un rapporto dominante.

Fin dal primo contatto materno, l'essere umano riceve messaggi sulla fisicità capaci di influire sulle scelte che sono libere ma, al contempo, condizionate dal *background* di ognuno.

La fisicità è sempre presente nell'esistenza; è una scelta di come presentarsi all'altro: allegro, distinto, schivo.

Così la parola non è riducibile a "quel" che dico, includendo anche il "come", *rectius* il tono della voce.

Ogni persona, unica e irripetibile, non può vivere senza l'altro: un rapporto costruttore la personalità di ognuno. E il rapporto con l'altro è veicolato dalla fisicità.

Paolo Cappellini, in avvio di intervento, ha ripreso il dialogo fra un agnostico, Charles Ryder, e un aristocratico, Sebastian Flyte, protagonisti del romanzo "Ritorno a Brideshead" di Evelyn Waugh.

Il richiamo narrativo, simbolo dell'eterogeneità in fatto di religione all'interno di una stessa famiglia, permette di schiudere la riflessione sul tema del "riduzionismo definitorio". Biodiritto è termine discutibile: non costituisce una definizione definitiva; indica piuttosto un universo di problemi, in un certo senso la costituzione di un terreno di "scelta, prudenza e responsabilità".

E nella istituzionalizzazione di questo campo viene focalizzato un corpo: il «corpo giuridificato» di Stefano Rodotà, «l'individualità somatica, corporea, neurofisica» di Nikolas Rose, la «sovranità sul proprio corpo» di Paolo Zatti.

Un'ampia estensione che schiude al giurista la difficile sfida di stabilire quali siano i principi attraverso i quali sia possibile la perimetrazione del campo di analisi.

# LA MODIFICAZIONE UNILATERALE DEL CONTRATTO ASIMMETRICO SECONDO LA CASSAZIONE (ASPETTANDO LA CORTE DI GIUSTIZIA)

## Di Stefano Pagliantini

### Professore Ordinario di Diritto civile

**SOMMARIO:** 1. Prologo: il proliferare di clausole di modifica unilaterale. - 2. ... e la cd. immodificabilità delle informazioni precontrattuali (artt. 72, 4 co., c. cons., 38, 2 co., c. tur. e 6, 5 co., dir. 2011/83 UE). - 3. Il *ius variandi* in Cassazione. Prima fattispecie: l'allegazione di un giustificato motivo della modifica assorbe il recesso? - 4. Seconda fattispecie: come deve leggersi l'art. 33, comma 2, lett. o? - 5. Terza fattispecie: l'inserzione successiva di una clausola di modificabilità unilaterale. Con una chiosa sulla contrattazione on line. - 6. Quarta fattispecie: sul perimetro di applicazione dell'art. 34, comma 3, c. cons. - 7. Quinta fattispecie: l'anticipata modifica unilaterale dei contratti turistici è allora bilaterale e formale? - 8. Epilogo: quale destino, in sede europea, per le clausole di modificabilità unilaterale?

#### 1. Prologo: il proliferare di clausole di modifica unilaterale.

Sempre più nutrito, nel panorama attuale, è l'inventario delle fattispecie che incorporano forme di modificabilità unilaterale, *ad personam* o per classi di clientela, di un contratto asimmetrico predisposto di cui siano parte -rispettivamente- un professionista ed un consumatore ovvero un professionista ed un cliente. A volerle rapidamente censire, il catalogo annovera

-il *ius variandi* -transtipico- del professionista nei contratti col consumatore (art. 33, comma 2, ll. m ed o c. cons., da subito definite due figure sintomatiche di clausole 'a sorpresa')<sup>1</sup>,

-quello dell'istituto di credito nei rapporti bancari, nelle operazioni di finanziamento ai consumatori e rispetto al contratto quadro per i servizi di pagamento (il tritico degli artt. 118, 125-bis e 126-sexies t. un. bancario),

-dell'organizzatore o dell'intermediario nei confronti del turista (artt. 40 e 41 c. tur.),

-dei gestori dei servizi di telefonia nei riguardi degli abbonati (art. 70, comma 4, c. com. elettr.), col dubbio qui di un regime normativo differenziato a seconda che la modifica abbia per oggetto le tariffe ovvero tutte le altre condizioni contrattuali (incluse le caratteristiche del servizio),

nominativamente affidato invece alla lettera o. Per il rilievo, invece, che la fattispecie di cui alla lettera o sarebbe da classificare tra le clausole determinanti uno squilibrio, in quanto il potere modificativo non è ad esercizio bilaterale e, in ogni caso, difetta di un contrappeso rimediabile per il consumatore, v. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 422.

<sup>1</sup> V. già ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 285 ss. E soprattutto disposizioni il cui difetto di coordinamento è evidente se si considera che la prima, riferendo il *ius variandi* a qualsiasi clausola del regolamento contrattuale, parrebbe idonea a ricomprendere pure quel potere di rivedibilità del prezzo,

-delle imprese fornitrici del servizio di energia elettrica o di gas naturale, nominalmente rispetto ai soli clienti civili (lett. b dell'Allegato I ai corrispondenti artt. 3, comma 3 e 7 delle direttive nn. 2009/72 e 2009/73/CE sul mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale nonché gli artt. 11 -13 del codice di condotta commerciale)<sup>2</sup>,

-della società rispetto al multiproprietario, nel caso l'ammontare del corrispettivo ch'egli annualmente dovrà versare per la partecipazione azionaria nel capitale della società proprietaria, sia rimesso al consiglio di amministrazione di questa<sup>3</sup>,

- del professionista, in un contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine, nel caso abbia provveduto a riservarsi il potere di rivedere il corrispettivo che i diversi consumatori dovranno annualmente versare per ottenere sconti o altri vantaggi riguardo ad un alloggio, separatamente o insieme al viaggio o ad altri servizi (art. 69, comma 1, lett. b c. cons.)<sup>4</sup>. Il tutto, si prenda nota, per lo più calato in una cornice dominata dal canovaccio di uno schema procedimentale asimmetrico, nel senso che, per il cliente (o il consumatore), destinatario di una proposta modificativa, viene contemplata, *ex lege* o in ragione di una clausola configurativa, la sola facoltà di un rifiuto/recesso: col risultato così, sullo sfondo di un procedimentalizzarsi della vicenda, di una modifica basculante fra la prospettiva di un silenzio/accettazione e l'ottica di un'attribuzione di effetti alla dichiarazione di una delle parti<sup>5</sup>.

Infine, sebbene sia *extra ordinem*, si potrebbe immaginare pure il caso del professionista che, senza avere un titolo legale o professionale che a ciò lo abiliti, provvede *de facto* a modificare *in itinere* il prodotto (o il servizio da prestare) ovvero le condi-

zioni contrattuali. Visto che buona parte dei rapporti di scambio col consumatore sono amorfi, per quale ragione -si potrebbe dire- non pensare che, se per la *variatio* dell'originario accordo non è stato prescritto un procedimento vincolato *ex iure* (es. artt. 118 e 126-*sexies* t. un. bancario), la modifica già divenga allora efficace, ove il consumatore per un ampio lasso temporale non abbia opposto alcuna eccezione, *per facta concludentia*? Così, d'altronde, ha mostrato di voler ragionare la Cassazione per il caso del contratto d'agenzia, in un'ipotesi di modifica unilaterale della zona o delle provvigioni<sup>6</sup>. E d'altronde, quando l'art. 2437, comma 1 c.c. riconosce al socio dissenziente la facoltà di recedere in caso di proroga del termine, se si tratta della proroga *per facta concludentia* di cui all'art. 2273 c.c., quel che la legge etichetta come una proroga tacita incorpora, in realtà, una modifica unilaterale della società -che diviene così a tempo indeterminato- ottenuta da alcuni soci per effetto di una mera attività (il compimento continuato delle operazioni sociali)<sup>7</sup>. Anche se *melius res perpensa*, ed anticipando uno dei *Leitmotive* di queste pagine, lo *status* di consumatore dovrebbe forse indurre a riflettere meglio sulla precettività di una regola di trasparenza che limita inderogabilmente il *ius variandi* in un contratto asimmetrico<sup>8</sup>: con l'annesso complemento, invece, di una diversa valutazione quando, di fronte ad una *variatio* alla prestazione del proponente, l'insistenza e costante esecuzione in modo conforme, ma ad un corrispettivo inferiore, sia di un altro professionista. Allora, infatti, il complesso degli «estratti conto, fatture, corrispondenza diversa, orale o scritta con riferimento a singole questioni»<sup>9</sup> pare destinato ad

<sup>6</sup> V. Cass. 24 luglio 1999, n. 8053, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Agenzia*, n. 58, ove il rilievo che l'insieme degli scritti intercorsi tra l'agente ed il preponente, può costituire una base idonea per argomentare l'intervenuta modificazione della misura contrattuale della provvigione nel corso del rapporto ove, da altri elementi della fattispecie, ciò sia chiaramente desumibile). *A fortiori*, naturalmente, potrà ammettersi che la modifica avvenga per *facta concludentia* quando, pur essendo convenuta una clausola di *ius variandi*, questa nulla prescriba quanto alle modalità manifestative. Il tutto purché, conviene aggiungere, la modifica avvenga però nel rispetto dei limiti contenutistici convenuti in sede di stipula.

<sup>7</sup> E per l'irrinunciabilità di questo recesso, a pena di nullità, v. art. 2437, comma 5 c.c. In dottrina v. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale* (art. 1372-1373), in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1998, sub art. 1373, 347 s.

<sup>8</sup> V. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak, presentate il 6 dicembre 2011, nella causa C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatosag c. Invitel Tavközlési Zrt*, § 79. *A fortiori*, poi, se si ragiona nel modo suggerito da Cass. 19 dicembre 2008, n. 29873, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1879 ss., per cui v. infra §

<sup>9</sup> La proposizione si legge in TOFFOLETTO, *Il contratto d'agenzia*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu - Messineo - Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2008, 145. Ma tutto cambia se

# SUL TRATTATO DI BIODIRITTO A CURA DI STEFANO RODOTÀ E PAOLO ZATTI

Di Antonio Musto

Dottorando in Diritto privato europeo

Cronache di un Convegno presso l'Istituto italiano di Scienze Umane, svolto a Firenze l'8 marzo 2011, in occasione della presentazione del *Trattato di Biodiritto (Zatti-Rodotà a cura di)*, Giuffrè, 2011.

Nella prolusione introduttiva Giuseppe Vettori ha ricordato alcuni aspetti del novecento giuridico: la concezione patrimonialistica delle codificazioni della modernità borghese, fondate sulla centralità della proprietà e del dominio sulla *res*, assorbito nella dimensione personale della libertà; l'ideologia di privilegio della classe, del popolo, della nazione, nel secolo breve dei totalitarismi; l'avvento delle Carte Costituzionali nazionali; lo sgretolamento del positivismo e dell'assolutismo della legge; la genesi di un nuovo ordine giuridico europeo, intensificato a partire dagli anni ottanta, foggato sulla legalità dei singoli e degli Stati e basato sui diritti riconosciuti e individuati nelle Carte del Novecento sino alla Carta di Nizza.

È stato quindi introdotto al tavolo dei relatori lo scenario all'interno del quale ha operato quanto è stato sinteticamente definito il passaggio dall'individuo alla persona, dal "soggetto di diritto" al "soggetto di carne".

Un graduale slittamento dall'idea astratta di soggetto - unificante ed egualitaria, indifferente alla comprensione delle reali condizioni materiali, la quale relega il diritto in una dimensione che gli fa perdere la capacità di cogliere la complessità dell'esistente e di essere adeguato strumento di tutela dinanzi alle pretese dei regimi - alla costituzionalizzazione della persona, capace di esprimere la materialità dei rapporti e che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel suo Preambolo, pone al centro della sua azione.

tivo, continuerà ad esplicitare i propri effetti ed a costituire l'unica fonte regolamentare del rapporto.

Cesseranno, dunque, di avere efficacia le disposizioni introdotte dall'accordo di modifica, mentre assisteremo ad un fenomeno di *reviviscenza* di quelle sostituite o soppresse, «per cui il contenuto normativo del precedente negozio o rapporto giuridico, già assorbito e, per così dire, imprigionato nel negozio [modificativo], una volta caduto questo, *ritorna libero e riprende tutta la sua primitiva efficienza*. Non è un rapporto che si crei ora *ex novo*, per la prima volta [...]; ma è lo stesso rapporto primitivo che, dopo uno stato di *quiescenza*, *rivive*».<sup>56</sup>

Sulla questione, anche la Suprema Corte ha avuto modo di esprimersi, con specifico riguardo all'annullamento del contratto modificativo: «[l]atto con il quale le parti convengono una modificazione accessoria di una precedente obbligazione, pur non costituendo una novazione e non comportando, dunque, l'estinzione dell'obbligazione originaria, ha, in ogni caso, natura contrattuale ed è soggetto, quindi, alle regole che ne prevedono l'annullabilità, con la conseguenza che, ove tale annullabilità sia stata eccepita soltanto riguardo all'atto negoziale modificativo e siffatta eccezione sia fondata, le obbligazioni nascenti dal contratto restano quelle antecedenti alla modificazione».<sup>57</sup>

<sup>56</sup> E. BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 375.

<sup>57</sup> Cass., 24 ottobre 2007, n. 22339, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 2030. Parla esplicitamente di «reviviscenza» dell'obbligazione Cass., 11 febbraio 1998, n. 1395, in *Giur. it.*, 1999, 271 (relativamente alla rinascita delle obbligazioni discendenti dal contratto preliminare in seguito all'annullamento del contratto definitivo). Per quanto concerne la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Perugia, 30 luglio 2008, in archivio *De Jure*, e Pret. Taranto, 24 novembre 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 1304, rispettivamente in tema di inefficacia e di invalidità del negozio solutorio: tali vicende provocano il ripristino del rapporto scaturente dal contratto originario.

assumere un rilievo specifico che il canone del *favor consumatoris* non sembra più in grado di neutralizzare. E la circostanza che debba farsi salvo il caso di una diversa prassi tra le parti -l'esempio classico è quello di una modifica usualmente effettuata previa comunicazione scritta alla controparte, donde la tendenziale irrilevanza di una singola *variatio* prodottasi per comportamento concludente<sup>10</sup>- non fa che avvalorare indirettamente l'*ubi consistam* del ragionamento in parola.

## 2. ... e la cd. immodificabilità delle informazioni precontrattuali (artt. 72, 4 co., c. cons., 38, 2 co., c. tur. e 6, 5 co., dir. 2011/83 UE).

Dunque, non più un sistema «*net*» e «*précis*»<sup>11</sup>, bensì una nutrita serie di fattispecie, partecipi tutte della stessa logica, se è vero che, per una qualsiasi impresa, l'interesse alla gestione del proprio pacchetto di contratti -al minor costo possibile- va di pari passo all'esigenza di potersi garantire anche una facoltà di costante variabilità dei medesimi, ogni qual volta si abbia un mutamento delle condizioni di mercato, senza dover procedere sistematicamente ad un'inefficiente operazione di generalizzato rinnovo di ciascun contratto<sup>12</sup>. Da cui poi la pratica, copiosamente vagliata per oltre un decennio dalle corti tedesche<sup>13</sup>, delle *Preisanpassungsklauseln* unilaterali incluse fra le condizioni generali precostituite dalle imprese: esperienza che la normativa di co-

la banca ha solo occasionalmente tollerato lo sconfinamento del fido concesso: nel qual caso non potrà parlarsi né di una modifica informale del limite del fido né di un affidamento rilevante del correntista (riguardo alla concessione di un fido maggiore): così Trib. Bari, 16 settembre 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 1252.

<sup>10</sup> V., in questo senso, incidentalmente, IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, 154.

<sup>11</sup> Così, in classiche pagine, DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, I, 245.

<sup>12</sup> V. l'attenta disamina di LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca, Impresa e Società*, 1997, 62 ss. Sul fatto che il rinnovo possa rivelarsi una tecnica «sovraabbonante» v. A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 225.

<sup>13</sup> Per la quale si rinvia a MACARIO, *L'efficacia delle clausole di modificazione del prezzo (Preisanpassungsklauseln) nella recente giurisprudenza del Bundesgerichtshof*, in *Foro it.*, 1986, IV, 333 ss. Il *leading case*, subito ribattezzato come *Zeitschriftenabonament-Urteil*, perchè si trattava dell'inefficacia della clausola con cui il professionista si riservava il diritto di modificare il prezzo del contratto di abbonamento ad un quotidiano, è BGH, 11 giugno 1980, e si legge in *NjW*, 1980, 2518 ss. Successivamente, negli stessi termini, BGH, 26 maggio 1986, in *Ewir*, 1986, 745 ss., con un'interessante nota -compendiante la questione- di GRAF VON WESTPHALEN.

nio europeo senza dubbio richiama ma in ordine sparso, calando disordinatamente le differenti ipotesi in un contesto ove, già quanto alla modificabilità delle informazioni si precontrattuali epperò destinate a divenire parte integrante del regolamento negoziale *in fieri*, si profila spesso un concorso di regole difficili da ricompattare in un'omnicomprensiva *reductio ad unum*<sup>14</sup>.

Se è vero infatti che, per i contratti di multiproprietà o relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, di rivendita e di scambio, l'art. 72, comma 4 c. cons. fissa una regola di immodificabilità delle informazioni che può essere vinta nel caso di un 'accordo esplicito' tra le parti ovvero allorché le modifiche (unilaterali) siano indotte da circostanze eccezionali ed imprevedibili, indipendenti dalla volontà del professionista anche ad opporre la dovuta diligenza<sup>15</sup>, il discorso cambia sensibilmente per i contratti turistici. Il nuovo disposto dell'art. 38, comma 2 c. tur., iterativo per altro di quanto già si leggeva nell'art. 88, comma 2 c. cons., non codifica infatti alcun divieto di modifica, prescrivendo soltanto che la variazione delle informazioni contenute nell'opuscolo informativo sia comunicata per iscritto al turista, secondo quelli che sono i dettami di una forma informativa, prima della conclusione del contratto. Quindi, anche se poi è previsto il caso delle modifiche concordate dalle parti mediante uno specifico accordo scritto susseguente, una regola di segno parzialmente diverso, che per di più non mostra di avere tanti altri omologhi. L'art. 6, comma 5 della direttiva 2011/83 UE sui diritti dei consumatori -del 25 ottobre 2011- è infatti seccamente nel senso di un'immodificabilità delle informazioni, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, salvo il caso di un accordo 'esplicito' tra le parti. Formula, questa, piuttosto opaca e che non risolve granché in quanto, se da una parte ricorre nel trentacinquesimo *Considerando* della stessa direttiva (riguardo al potere delle parti di modificare il contenuto del contratto concluso, ad es. per quel che attiene alla «consegna»), dall'altra si presta ad almeno due interpretazioni utili: deve trattarsi, com'è forse più probabile, di un accordo in senso stretto ovvero può bastare una sequenza bilaterale speciale, articolata in una proposta corredata di un silenzio modificati-

<sup>14</sup> Per tale, ovviamente, intendendo quella che, stante l'unilateralità della modifica, sia in grado di identificare il coefficiente di pregiudizio consentito: essendo questo, da sempre, il fattore che «*fait immédiatement limiter*» la «*modification*»: così DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, cit. 309.

<sup>15</sup> E tali modifiche, espressamente riportate nel contratto, «sono comunicate al consumatore su carta o altro supporto durevole a lui facilmente accessibile, prima della conclusione del contratto»: v. art. 72, comma 4 c. cons.

vo ovvero, anche al di là dell'ambito di applicazione previsto dalla legge<sup>16</sup>, di un'attività esecutiva dell'oblato consumante irrimediabilmente il suo recesso e riconoscibile come accettazione?<sup>17</sup> Il ricorso all'art. 1327, per la modifica di un rapporto in corso di esecuzione, è ben noto infatti al diritto applicato dei contratti tra professionisti<sup>18</sup> e, per chi dissolve il rapporto consumeristico nel paradigma di uno scambio senza accordo<sup>19</sup>, neanche sarebbe poi così tanto bizzarro pensarlo operante ultrattivamente. Salvo ritenere, come poc'anzi si segnalava, che sia proprio la trasparente incorporazione della clausola nell'accordo a misurare «l'effettività e la serietà del volere di modifica»<sup>20</sup>. Almeno per le *variationes in peius*, giacché per quelle *in melius* potrebbe avere un senso ipotizzare che una certa prassi sia idonea ad ingenerare, nel consumatore, un legittimo affidamento sul modificarsi *in re* -ma non per *verba*- del contratto<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Sul fatto che «non ... forzato» potrebbe essere intendere l'omesso recesso come «un consenso del consumatore» v. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit. 225, nt. 110. Di ben altro avviso GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 141.

<sup>17</sup> Con l'aggettivo riconoscibile impiegato nell'accezione -che già fu di BONFANTE, *I rapporti continuativi e il silenzio*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 677 ss.- di casi nei quali, *ex lege aut voluntate partium*- rileva la «la mera esistenza del volere e la sua dimostrabilità». Sull'inerzia -omissione di recesso v., per altro, BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, cit. 192.

<sup>18</sup> Come deciso da Cass. 15 gennaio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1574 ss. (nel ben noto caso di una riduzione unilaterale delle provvigioni all'agente) e, con un «ambiguo obiter» (così CARBONE, *Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso*, in *Corr. giur.*, 1993, 1184 ss.) nella stringatissima motivazione di Cass. 22 luglio 1993, n. 8191, ivi, 1181 ss. Vero che, in questo caso, veniva in rilievo il (ben diverso) problema di un rinnovo del contratto secondo lo schema di un'accettazione implicita della proposta contenente una riduzione del corrispettivo. Epperò, se il problema è quello di una riconoscibilità convenzionale del volere, non si può fare a meno di osservare che, ove così le parti abbiano pattuito, il comportamento concludente dell'oblato può valere (non già ai fini del rinnovo ma) quale assenso alla modifica di un contratto pendente. V. anche AMORE, *Appalto e claim*, Bologna, 2007, 14 ss.

<sup>19</sup> V., per tutti, IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, 347 ss.; ID., *E' vero, ma...* (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss.

<sup>20</sup> Così già significativamente, seppur ragionando di «inerenza all'accordo», GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nel common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 345 s.

<sup>21</sup> Per un possibile precedente v. Trib. Milano, 11 marzo 1976, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 497 (quanto all'allora prassi dell'Enel, in deroga alle clausole contrattuali, di inviare presso l'utente, trascorsi trenta giorni dalla scadenza della bolletta, un dipendente incaricato di riscuotere o di sollecitare il pagamento: e solo successivamente, persistendo la mora dell'utente, procedere all'interruzione dell'erogazione).

### 3. Il *ius variandi* in Cassazione. Prima fattispecie: l'allegazione di un giustificato motivo della modifica assorbe il recesso?

Orbene, per venire finalmente alla ragione del titolo, in un contesto improntato ad una tale varietà di accenti e toni, la Cassazione -è vero- solo saltuariamente ha trovato modo di pronunciarsi sul *ius variandi* del professionista predisponente. Epperò, le poche -cinque in totale- sentenze che si conoscono, sebbene abbiano suscitato uno scarno interesse in dottrina<sup>22</sup>, son tutto fuorché catalogabili nel genere dei *dicta* routinari o di complemento. Sicché, non foss'altro allo scopo di meglio lumeggiare, nel tempo presente, il modo d'essere del *ius variandi*, può mostrarsi utile una loro disamina dettagliata, condotta con un metodo rigorosamente casistico, suddividendo il discorso in cinque fattispecie.

La prima: ovvero di quale sia il significato utile dell'art. 33, comma 2 lett. m.

Notoriamente, la dottrina prevalente è nel senso che un recesso, *ad libitum* e senza spese, rappresenti la nota costante del *ius variandi* nell'area dei contratti asimmetrici: eppure la Cassazione, stando almeno a quello che si legge in una recente motivazione<sup>23</sup>, parrebbe diversamente orientata.

Tutto origina dalla circostanza che l'art. 33, comma 2, lett. m, c. cons. sancisce una presunzione di vessatorietà per la clausola di *ius variandi* -del contratto ovvero delle caratteristiche del prodotto o del servizio- spoglia di un giustificato motivo, mentre nessuna menzione vien fatta quanto alla concomitante previsione di un recesso. Sicché, siccome non lo si contempla tra i presupposti legali necessari a vincere la presunzione legale, parrebbe escluso

<sup>22</sup> Se di Cass. 18 settembre 2007, n. 19366 si conta infatti il solo (e stringato) commento di RISPOLI, *Incremento del prezzo, vessatorietà e diritto di recesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 428 ss., per Cass. 17 marzo 2010, n. 6481, in *Foro it.*, 2010, I, 2758 ss. e Cass. 19 dicembre 2008, n. 29873, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1879 ss., non si registra alcuna annotazione. E quanto invece a Cass. 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.*, 2008, I, 1, c. 2472 ss., se è vero che si conoscono diverse note (quella di MOLITERNI, *Clausole abusive e contratti bancari: azione inhibitoria, ius variandi nei rapporti regolati in conto corrente e limitazione pattizia della responsabilità della banca nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, p. 676 ss. e di GRAZIUSO, *Il giudizio di vessatorietà nei contratti dei consumatori e la legittimazione passiva delle associazioni dei professionisti*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2475 ss.), non si può fare a meno di rilevare che tutte sono per lo più incentrate sulla novellazione dell'art. 118 t. un. bancario: con una disamina -fatta eccezione per COSTANZA, *I consumatori: clienti speciali delle banche*, in *Giust. civ.*, 2009, I, 702 s.- solo incidenter del (vero) problema relativo alla vessatorietà *in concreto* della clausola convenzionale riproduttiva di una disposizione di legge.

<sup>23</sup> Si allude a Cass. 17 marzo 2010, n. 6481, cit. La si può leggere anche in *Foro pad.*, 2010, I, 672 ed in *Giur. it.*, 2011, 806.

sono ben compendiate dall'adagio *accessorium sequitur principale*; con il secondo, invece, si allude all'interdipendenza fra negozi, situazione nella quale gli atti sono, solitamente, in rapporto di pariordinazione (ed ove le conseguenze sono sintetizzate nel brocardo *simul stabunt simul cadent*).

Abbiamo appena osservato come l'analisi strutturale del negozio non possa prescindere dalla valutazione della sua efficacia: ebbene, dal momento che il negozio modificativo esplica un'efficacia innovativa degli elementi qualitativamente secondari del rapporto, esso non può che porsi in relazione di accessorietà e, quindi, di *dipendenza* funzionale dal negozio poietico di quel rapporto. Quest'ultimo ne costituisce un antecedente logico, cronologico e giuridico.

Occorre adesso trarre da quanto sinora argomentato le debite conclusioni.

Le eventualità della risoluzione e del recesso non sembrano sollevare questioni peculiari, dal momento che intervengono sull'unico rapporto esistente, seppur regolato da una pluralità di fonti negoziali.

Infatti, anche se l'inadempimento riguarda proprio uno di quegli aspetti del rapporto sui quali è intervenuta la modifica ovvero il diritto di recedere sia stato attribuito dallo stesso negozio modificativo, è il rapporto a sciogliersi, non l'atto negoziale.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Cfr. però F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 372 ss. il quale descrive le affinità tra contratto modificativo concluso in esecuzione dell'obbligo di rinegoziazione e transazione. L'A. osserva che, da una parte, entrambi possono ascrivere alla categoria dei contratti c.d. regolamentari e sono caratterizzati da un certo grado di atipicità di contenuto; dall'altra, peraltro, che mentre il contratto modificativo è un mezzo di adeguamento del rapporto ai mutati interessi delle parti e mira, dunque, a comporre un conflitto economico senza che questo sia ancora sfociato in una lite, la transazione invece presuppone la sussistenza di un conflitto giuridicamente qualificato. Sulla scorta di questa premessa l'A. passa in rassegna gli artt. 1965 c.c. ss. per vagliarne l'attitudine applicativa al contratto modificativo. In particolare, è valutata positivamente la possibilità di applicare al contratto modificativo la norma dettata dall'art. 1976 c.c. il quale preclude la risoluzione per inadempimento della transazione novativa, salvo che il diritto alla risoluzione abbia costituito oggetto di stipulazione espressa. Ciò perché «con riferimento alla dinamica dei contratti a lungo termine, appare irrazionale una diversa scelta (nel senso cioè di consentire la risoluzione dell'accordo modificativo con la reviviscenza del preesistente regolamento d'interessi), posto che le parti hanno voluto certamente superare l'originario assetto contrattuale, sostituendolo con altro idoneo a consentire la prosecuzione del contratto». Come detto, peraltro, crediamo che le vicende del negozio non siano da confondere con le vicende del rapporto e che effetto modificativo ed effetto novativo vadano tenuti distinti: il primo consiste nella trasformazione degli elementi secondari di un rapporto, del quale lascia intatta la fisionomia, mentre il secondo consiste nell'estinzione di un rapporto e nella coeva costituzione di uno nuovo. Nel primo caso, dunque, l'unicità/continuità del rapporto impedisce che si presentino questioni di reviviscenza di obbligazioni in seguito alla sua risoluzione.

Qualche precisazione si palesa invece necessaria per quanto concerne gli effetti dell'invalidità, la quale, bensì, investe l'atto di autonomia privata nella sua dimensione di fatto giuridico costitutivo del rapporto.

Crediamo, al riguardo, che l'invalidità che colpisce il negozio originario, provocando il venir meno del rapporto con effetti retroattivi, determini l'originaria insussistenza del sostrato oggettivo del negozio modificativo e ne cagioni una genetica impossibilità funzionale, sanzionata con la nullità.<sup>55</sup>

Nel caso in cui, invece, sia il negozio modificativo ad essere colpito da una vicenda invalidante, non può giungersi, evidentemente, alla stessa conclusione, dal momento che il negozio originario, non dipendendo funzionalmente da quello modifica-

<sup>55</sup> Cfr. anche M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, cit., 4-5. Non si ha alcuna sopravvenienza, bensì un difetto vitale e strutturale del contratto logicamente e cronologicamente precedente che influisce fatalmente sulla possibilità di esistenza del negozio modificativo. Il fenomeno della propagazione dell'invalidità da un negozio ad un altro, sul presupposto di un nesso di collegamento funzionale, è stato talvolta definito come *invalidità derivata*: cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva nei negozi giuridici*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, 198, e R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, voce di *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 596, e la bibliografia ivi richiamata. Invero, l'invalidità derivata - della quale la scienza civilistica non possiede una nozione sicura - appare una locuzione meramente descrittiva degli effetti provocati dalla caducazione del negozio originario: il negozio accessorio, infatti, cade a sua volta non per derivazione, ma per un suo vizio intrinseco, consistente nel venire meno dei propri presupposti oggettivi e funzionali. In realtà, l'invalidità derivata costituisce patrimonio dogmatico del diritto amministrativo: cfr., da ultimo, Cons. Stato, 23 ottobre 2007, n. 5559, in *www.altalex.com*: «nell'ambito del fenomeno generale dell'invalidità derivata, si deve distinguere tra la figura dell'invalidità caducante (o "travolgimento" o "effetto travolgente") e quella dell'invalidità ad effetto viziante. La figura dell'invalidità caducante [...] si delinea allorché il provvedimento annullato in sede giurisdizionale costituisce il presupposto unico ed imprescindibile dei successivi atti consequenziali, esecutivi e meramente confermativi, sicché il suo venir meno travolge automaticamente - e cioè senza che occorra una ulteriore specifica impugnativa - tali atti successivi strettamente e specificamente collegati al provvedimento presupposto. La figura dell'invalidità ad effetto solo viziante si ravvisa in tutte le ipotesi nelle quali si è in presenza di provvedimenti presupponenti solo genericamente o indirettamente connessi a quello presupposto, di guisa che, proprio per la rilevata assenza di uno specifico e stretto legame di dipendenza o di presupposizione, tali atti successivi non possono ovviamente rimanere travolti *ipso iure*, occorrendo per la loro eliminazione una esplicita pronuncia giurisdizionale di annullamento (a seguito, ovviamente, o della loro contestuale impugnazione con lo stesso ricorso principale o della loro successiva impugnazione con i motivi aggiunti o con autonomo ricorso). L'effetto caducante può essere ravvisato solo quando tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione-consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri».

Il primo è espressione dell'autonomia contrattuale privata e postula la teorica autosufficienza dei singoli frammenti negoziali, i quali, se le parti non avessero deciso di collegarli per realizzare l'affare economico complesso, avrebbero potuto avere una loro vita autonoma.

La figura del collegamento necessario, invece, si riscontra allorché la connessione tra due o più negozi derivi dalla *natura* di uno di essi, con ciò volendosi intendere che un negozio, al fine di spiegare gli effetti suoi propri, obiettivamente e necessariamente presuppone l'esistenza dell'altro.<sup>50</sup>

Ora, appare manifesto che il fenomeno di connessione contrattuale che andiamo descrivendo debba essere annoverato in questa seconda categoria.

Infatti, se, da una parte, è innegabile che sia la volontà dei contraenti a porre in essere quelle modifiche, qualitativamente accessorie, che escludono l'effetto novativo e rendono il contratto di modifica un contratto dipendente da quello principale, dall'altra, nessun rilievo diretto assume tale volontà nella costituzione del legame tra negozio originario e negozio modificativo, il quale è la diretta conseguenza della obiettiva funzione che il secondo adempie rispetto al primo.

Tale nesso di collegamento, logicamente indissolubile, è stato espressamente definito «un onere, come tale pur sempre voluto, che le parti subiscono»: «le vicende di un negozio avranno rilevanza sull'altro per il loro carattere di necessità, in quanto

tra collegamento volontario e connessione imposta dalla natura dei negozi o dalla legge, cfr. F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 430. Quest'ultimo A., più precisamente, distingue fra collegamento precettivo (volontario) e collegamento materiale (necessario): la seconda categoria «costituisce senza dubbio il tipo più evidente di collegamento e si ha quando, anche indipendentemente da una particolare influenza della volontà del collegamento sulla concreta determinazione del precetto negoziale, il nesso di fatto tra la situazione su cui opera un negozio e quella su cui opera l'altro negozio sia di tale evidenza per cui l'una situazione risulti, in fatto, subordinata all'esistenza dell'altra. Aver voluto un negozio implica la necessità di volere anche l'altro, poiché, essendo connesse le due situazioni, le vicende di un negozio, destinate ad operare su una delle situazioni di fatto, hanno automaticamente rilevanza sulla situazione subordinata, che costituisce il substrato materiale dell'altro negozio». Vi è, inoltre, chi – valorizzando il ruolo della volontà privata – ha criticato la distinzione in parola osservando che anche «negli stessi negozi collegati necessariamente il legame può in linea mediata ricondursi all'autonomia dei privati alla quale compete in concreto la scelta degli strumenti negoziali», così R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., 378; cfr. nello stesso senso anche L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 235, e, per un'esauritiva sintesi sul rilievo della distinzione in dottrina, P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, cit., 29 ss.

<sup>50</sup> In alcune ipotesi, peraltro, il nesso tra negozi e la relativa disciplina sono posti direttamente dal legislatore: cfr., ad es., l'art. 1595<sup>3</sup> c.c., in tema di sublocazione.

funzionano obiettivamente come condizioni di possibilità di esistenza dell'altro negozio; nel senso, cioè, che la loro mancanza determini l'impossibilità di esistenza dell'altro rapporto».<sup>51</sup>

Per quanto riguarda la descrizione degli effetti del collegamento<sup>52</sup>, torna utile, invece, la distinzione fra collegamento *unilaterale* e collegamento *bilaterale*.<sup>53</sup>

Con il primo si intende indicare la situazione di dipendenza di un negozio da un altro (i cui effetti

<sup>51</sup> F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 430. Egual natura appare possedere il nesso che lega il rapporto principale alla garanzia: l'ipoteca, il pegno e la fideiussione, infatti, vivono in funzione del mutuo che garantiscono. Allo stesso modo, la sublocazione e il subappalto e, in generale, il subcontratto, in tanto possono essere posti in essere, in quanto sussista il c.d. contratto-base. Cfr. sul punto N. GASPERONI, *Collegamento e commessione di negozi*, cit., 357 ss.

<sup>52</sup> La giurisprudenza a tale riguardo afferma che «[il] collegamento comporta la ripercussione delle vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione) sull'altro, seppure non necessariamente in funzione di condizionamento reciproco (ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro e non viceversa) ed in rapporto di principale ed accessorio», così, da ultimo, Cass., SS. UU., 14 giugno 2007, n. 13894, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1141; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2008, 741; e in *Resp. civ.*, 2008, 2045. La formula si trasmette nei decenni con poche variazioni, cfr. Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, cit.; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, 132; Cass., 28 marzo 2006, n. 7074, cit.; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giust. civ.*, 2002, I, 113; in *Giur. it.*, 2002, 1618; e *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 654; Cass. 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1093; Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, in *Foro it.*, 1992, Rep. 1991, voce «Contratto, atto e negozio in genere», n. 158; Cass., 5 luglio 1991, n. 7415, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce «Contratto, atto e negozio in genere», n. 159; Cass., 4 maggio 1989, n. 2065, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce «Contratto, atto e negozio in genere», n. 193; Cass., 31 marzo 1987, n. 3100, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce «Contratto in genere», n. 31; Cass., 15 dicembre 1984, n. 6586, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce «Contratto in genere», n. 91; Cass., 25 luglio 1984, n. 4350, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce «Contratto in genere», n. 92; Cass., 15 febbraio 1980, n. 1126, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce «Contratto in genere», n. 63; Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1537.

<sup>53</sup> Distinzione proposta da L. ENNECCERUS – H. LEHMANN, *Lehrbuch, des bürgerlichen Rechts*<sup>14</sup>, II, Tübingen, 1954, 384, e ripresa quasi uniformemente dalla dottrina che si è occupata del tema; su tutti cfr. F. MESSINEO, *Contratto collegato*, cit., 52-53; e G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 3. In giurisprudenza cfr., da ultimo, Cass., 28 marzo 2006, n. 7074, cit.: «il collegamento negoziale può essere bilaterale o unilaterale. È bilaterale quando le vicende di un contratto reagiscono necessariamente sull'altro, per cui l'invalidità di uno, nel suo significato più generale, determina necessariamente l'invalidità dell'altro e reciprocamente. È unilaterale, quando tale reciprocità non sussiste ed un negozio può restare valido, anche in presenza dell'invalidità dell'altro». Enunciano la distinzione *de qua* anche Cass., 10 ottobre 2005, n. 19678, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 2334; nonché in *Dir. e giust.*, 2006, 34; Cass., 6 agosto 2004, n. 15190, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce «Agenzia», n. 2; Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, cit.; per quanto concerne le corti di merito, cfr. Trib. Salerno, 15 aprile 2008, in *Il civilista*, 2009, 47; e App. Milano, 13 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 2618.

*prima facie* che possa dirsi presuntivamente vessatoria la clausola di modifica unilaterale, corredata di un giustificato motivo ma non accordante la facoltà di recedere. Donde la propensione a credere che il giustificato motivo rappresenti, di per sé solo, una garanzia sufficiente per il consumatore<sup>24</sup>. Ebbene, l'idea di una piena validità della clausola modificativa, corredata di un giustificato motivo ma sprovvista della facoltà di recedere, affiora implicitamente, dopo aver in passato costituito oggetto di un fugace *obiter*<sup>25</sup>, in un recente *dictum* ove si discuteva sulla vessatorietà della pattuizione di una preventiva rinuncia del consumatore al recesso, per un qualsiasi motivo, da un corso di formazione professionale. Quindi, anche a fronte di una clausola con la quale il professionista si riserva, com'era nell'ipotesi discussa, la facoltà di modificare *ad libitum* le modalità di svolgimento del suddetto corso. La rinuncia indiscriminata al recesso, indipendentemente da un giustificato motivo, ha l'effetto -si legge in motivazione- di riservare «al professionista un trattamento differenziato e migliore»: che, per la Corte, non ci sarebbe allora, la deduzione *a contrario* pare pienamente consequenziale, nel caso di una modificabilità *cum causa*. Donde un recesso come *quid* che si sostituisce e non si *aggiunge* al giustificato motivo.

Già, se non fosse -dato tralasciato nella scarna motivazione della Corte- che residua pur sempre una valutazione di vessatorietà da condursi sulla scorta dell'art. 33, comma 1 c. cons.: e sembra difficile escludere che un *ius variandi* convenzionale, motivato ma sprovvisto della facoltà di recesso, non importi un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali in danno del consumatore<sup>26</sup>. Se non altro per la ragione che il professionista, modificando anticipatamente il contenuto della prestazione, esclude *statim* l'insorgere di un inadempimento. L'alternativa, ma sarebbe un paradosso, è pensare ad un art. 33, comma 2 lett. *m* che si attegga a *lex specialis* rispetto a tutte le altre ipotesi contemplanti un potere di modifica unilaterale all'inter-

<sup>24</sup> Così, per es., RIZZUTO, *sub art. 1469-bis*, co. 3, n. 11, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, 1997, 936 s. e *amplius* GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: cd. ius variandi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 971. Di tutt'altro avviso, invece, SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato col consumatore*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, cit. 1024 s.

<sup>25</sup> V. Cass. 18 settembre 2007, n. 19366, in *Foro it.*, 2008, I, 1163, sulla quale *per extenso infra* § 4.

<sup>26</sup> V. anche GRASSI, *sub art. 1469-bis*, comma 3, n. 11, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesàro, I, Padova, 1998, 284 e 292. Ma in senso contrario DE NOVA, *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 231.

no di uno specifico contratto *b2c*. Dalla *variatio* unilaterale dei contratti bancari a quella dei pacchetti turistici. Difettano però, è d'uopo rilevarlo, dei (plausibili) argomenti che possano fare da utile supporto ad un siffatto modo di ragionare: che, in seno alla classe dei rapporti *b2c*, discriminerebbe per conseguenza sulla scorta della tipologia di servizio fornito (o di bene acquistato). Quanto invece alla circostanza, sulla quale talora si insiste, che la presunzione di vessatorietà, per assenza di un giustificato motivo, può essere vinta con la prova della trattativa (art. 34, comma 4 c. cons.), è anch'essa indiscutibilmente vera: e tuttavia è di piena evidenza che la trattativa individuale mette fuori gioco la presunzione, non anche invece un giudizio di validità condotto secondo i canoni del diritto comune<sup>27</sup>. E questo esclude recisamente la validità, fatta eccezione per talune ipotesi nominate (artt. 1661, 1685, 1925 e, in un secondo blocco, gli artt. 1577, 2 co., 1686, 2 co., 1690, 1 co., 1711, 2 co. e 1770, 2 co. c.c.), di un *ius variandi ad libitum*: anche se foggiate nella forma -complementare- di una modifica discrezionale del contratto seppur col limite del recesso<sup>28</sup>. Una figura, questa, a ragionare nel modo avallato dalla Cassazione, che pure sarebbe consentita: ma, per il fatto di vanificare l'interesse del consumatore ad un contratto trasparente, in maniera del tutto incongrua. Si pensi all'ipotesi, dalla quale non a ca-

<sup>27</sup> V., per la prevalenza della disciplina codicistica, con riguardo al disposto dell'art. 1229 c.c., D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 645 ss. nonché SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, 274 e 313.

<sup>28</sup> V. TRSTENJAK, *Conclusioni* nella causa C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatosag c. Invitel Tavközlési Zrt*, § 79. E v. anche la recente sentenza Trib. Palermo, sez. III, 14 ottobre 2010, n. 8477, inedita, nell'azione intentata dall'ADICONSUM nei confronti della Fondazione Teatro per la vessatorietà di talune clausole contrattuali, contenute nelle condizioni generali della seconda, tra le quali segnatamente quelle contemplanti la facoltà della Fondazione di modificare unilateralmente la programmazione annunciata, con variazioni di date, orari e/o programmi ed artisti, ogni qual volta ciò si renderà necessario. Una clausola questa, come nota il giudice -Paola Proto Pisani- in una densa motivazione- in «palese contrasto», per la genericità della sua formulazione, «con l'art. 33, lett. m. del Codice del Consumo». L'art. 33, lett. m., come vien fatto significativamente notare, è volto a garantire il consumatore dall'esercizio abusivo di una potestà modificativa che non può essere «illimitat[a]», contemplando anche «l'esercizio del controllo giurisdizionale sulla validità della clausola... attraverso il sindacato sulla validità del giustificato motivo [allegato]». E, nella chiusa della sentenza, rimarchevole è pure il passo che circoscrive la modifica unilaterale alle sole ipotesi di «impossibilità sopravvenuta, totale o parziale, della prestazione, per cause, non imputabili,» indicate testualmente nel contratto. Casi che, senza dubbio, delineano «un giustificato motivo idoneo a limitare adeguatamente lo *ius variandi*». In termini non dissimili, v. prima Trib. Palermo, 10 ottobre 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2052 ss. (sull'abusività delle clausole di modifica unilaterale nei contratti con l'azienda di erogazione del servizio idrico).

so ha preso spunto la Corte di Cassazione tedesca per sollevare un'interessante questione pregiudiziale<sup>29</sup>, del contratto per la fornitura di gas naturale contemplante una clausola di rivedibilità spoglia di ogni riferimento al motivo, ai requisiti ed alla portata di una revisione dei prezzi e nella quale sia solo assicurata -al cliente civile- una comunicazione anticipata, con ragionevole preavviso, di ogni aumento delle tariffe, assieme alla libertà di recedere dal contratto (in caso di rifiuto delle nuove condizioni notificate).

#### 4. Seconda fattispecie: come deve leggersi l'art. 33, comma 2, lett. o ?

Il giustificato motivo, ancorché non sia una garanzia sufficiente, pare ciò nondimeno rilevare quale condizione necessaria a che la *variatio* si manifesti nei limiti del sacrificio e non di un'illegittima lesione all'affidamento della controparte. Per la dottrina però: la Cassazione, infatti, parrebbe nuovamente di un altro avviso.

Un'apparente nota distonica -è vero- si scorge nell'art. 33, comma 2, lett. o c. cons. per via del fatto che il giudizio di vessatorietà è fatto qui dipendere, nel caso il prezzo finale sia eccessivamente elevato rispetto a quello pattuito all'inizio, dalla mancata previsione di una facoltà di recesso per il consumatore. Senza, perciò, alcun testuale riferimento a quel giustificato motivo, eletto invece a costante della normativa consumeristica. Da cui la tesi, che ha più di un sostenitore, di una specialità della lettera o, refrattaria ad una qualsiasi integrazione additiva<sup>30</sup>, coll'annesso risultato di riconoscere così, fino alla soglia dell'eccesso, l'ammissione incondizionata di *variationes ad libitum*, vuoi ad es. per un aumento dei costi di produzione (o della materia prima) ovvero perché il tetto minimo di fatturato non è stato raggiunto, senza neanche il temperamento di una facoltà di recedere<sup>31</sup>. Che, per quanto sia un contropotere protettivamente piuttosto opaco, dovrebbe invece spettare comunque al consumatore<sup>32</sup>. Dove il

comunque esprime l'esigenza che il recesso non si trovi a dipendere, in termini di giusta causa, dal presupposto di legittimazione di un incremento sproporzionato del prezzo finale<sup>33</sup>: dato questo di cui, sia detto per inciso, è poi arduo formulare una valutazione comunque in termini oggettivi (e non rispetto alla mutata capacità di adempimento del consumatore - debitore). Per di più, in quell'esperienza tedesca dell'AGBG direttamente ispiratrice della normativa europea, la sicura abusività della *Preispassungsklausel* unilaterale denominata *kurzfristige Preiserhöhungen* da subito si è - v. § 11 n. 1- (e rimane) legata al mero fatto di un aumento del corrispettivo nei quattro mesi dalla stipulazione del contratto (v. § 309, Abs. 1, n.1 del BGB)<sup>34</sup>. Ecco per quali ragioni, in un contesto ove il giudizio sull'eccessivo incremento del prezzo prescinde *in toto* dal valore della controprestazione, non convince il dispositivo di Cass. 18 settembre 2007, n. 19366, in un caso nel quale veniva in rilievo un contratto di somministrazione di gas ad uso domestico, con prezzo rivedibile in qualsiasi momento a seguito di modifiche del prezzo nazionale e (della misura) degli oneri fiscali. Per la Corte, sebbene l'effetto del suo ragionamento sia quello di avvalorare un potere -del professionista- discrezionalmente incerto, tanto nell'*an* che nel *quantum*, la clausola di rivedibilità spoglia di un giustificato motivo non altera la *causa contractus* e soprattutto, in difetto di un incremento eccessivo, non è vessatoria. Eppure, per limitarsi a due dettagli non trascurabili, l'art. 33, comma 4, per la modifica unilaterale del tasso d'interesse, richiede il pre-requisito di un valido motivo così come è vero che, nella prima versione della direttiva sui diritti dei consumatori (COM 2008 614 def.), alla lettera g dell'allegato III figurava, tra le clausole contrattuali presunte *iuris tantum* come abusive, l'ipotesi di un aumento *tout court* - senza altri distinguo perciò- del prezzo convenuto, in difetto di un diritto del consumatore «di recedere dal contratto». Opporre, in un contesto siffatto, che il professionista può aver fissato in anticipo, col consenso del consumatore, la misura massima di incremento legittimo del corrispettivo<sup>35</sup>, non varrebbe, d'altro canto, a granché. In fondo la prospettiva di una *variatio* ammessa sì entro un limite predefinito ma fino a quel *quantum* li-

Si deve alla dottrina una minuta classificazione dei possibili tipi di collegamento.<sup>47</sup>

2006, n. 7074, in *Guida dir.*, 2006, 24, 84; Cass., 16 marzo 2006, n. 5851, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce "Contratto in genere", n. 32; Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, *ivi*, Rep. 2005, voce "Contratto in genere", n. 343; Cass., 16 settembre 2004, n. 18655, in *Giust. civ.*, 2005, I, 125; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *Dir. e giust.*, 2004, XLI, 19; Cass., 29 aprile 2004, n. 8218, in *Contratti*, 2004, 1023, nonché, in *Foro it.*, 2005, I, 490; Cass., 11 giugno 2001, n. 7852, *ivi*, Rep. 2001, voce "Contratto in genere", n. 240. Per la giurisprudenza di merito, cfr., di recente, Trib. Rovigo, 10 marzo 2011, in *De Jure*; Trib. Lamezia Terme, 19 gennaio 2011, *ibidem*; Trib. Nola, 10 aprile 2010, *ibidem*; Trib. Torino, 22 febbraio 2010, *ibidem*. La giurisprudenza ha fatto propria la sistemazione organica della questione risalente ai celebri scritti di M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275, e R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, 1476. Per la notevole ed eterogenea quantità di fenomeni di autonomia privata complessi che si rivelano idonei ad essere letti in chiave di collegamento negoziale, tale materia ha da sempre attirato i cultori della scienza civilistica italiana e la produzione bibliografica è sterminata. Senza alcuna pretesa di completezza e limitandoci agli studi più significativi, si segnalano gli organici contributi di A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 259; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione di negozi*, cit., 357; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. e giur.*, 1960, 273; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 342; G. FERRANDO, *Criteri obiettivi (e "mistica della volontà") in tema di collegamento negoziale*, in *Foro pad.*, 1974, I, 339; EAD., *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 256; EAD., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, *ivi*, 1997, II, 233; EAD., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, I, 127; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 279; G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 398; le monografie di G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; C. COLOMBO, *I collegamenti negoziali*, Roma, 1994; ID., *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; B. MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli, 1999; P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, cit.; F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2002; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; ID., *Il collegamento negoziale nella società per azioni*, Milano, 2008; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006; e le voci enciclopediche di R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, voce di *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 375; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, voce di *Enc. dir.*, Milano, 1962, X, 48; S.O. CASCIÒ - C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, voce di *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

<sup>47</sup> Tali classificazioni, la maggior parte delle quali recepite e fatte proprie dalla giurisprudenza, hanno una funzione prevalentemente descrittiva e, talvolta, denotano un uso improprio della categoria. Cfr. le critiche mosse agli eccessi classificatori da M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 428; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, cit., 278; e, in particolare, G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 119, che si scaglia contro «il nefasto interesse per le generalizzazioni e per i connessi ludi classificatori e concettualistici».

Cercando, dunque, di incasellare negli alvei delle diverse partizioni dottrinali la natura della relazione che lega il negozio originario al negozio modificativo, ci pare possibile definirla come un collegamento *funzionale, diacronico, necessario ed unilaterale*.

Che il nesso abbia natura funzionale - e non meramente occasionale - non è logicamente revocabile in dubbio: lo abbiamo evidenziato precisando che negozio originario e negozio modificativo coesistono per regolare, in relazione di complementarità, il medesimo rapporto.

Per quanto attiene alla dimensione cronologica, è d'uopo accennare ad una classificazione invalsa nella dottrina tradizionale, ovvero quella consistente nel distinguere tra nesi *di concorso* - che si riscontrano quando due o più negozi cooperano in relazione di sintesi e simultaneità ad uno stesso risultato -, e nesi *di continuità o sequenza* - che descrivono la relazione intercorrente tra due o più negozi posti in ordine di successione temporale l'uno rispetto all'altro, la cui sequenza mira alla realizzazione di un risultato unitario.<sup>48</sup>

È certo che il negozio modificativo, atteso che viene posto in essere in un momento cronologicamente successivo al negozio che ha prodotto il rapporto, si pone in relazione di sequenza (evidentemente eventuale, non necessitata) rispetto a quest'ultimo.

Tale diacronia fa sì che resti estranea al nostro tema la questione più intricata che gli studi in materia di collegamento negoziale debbono affrontare, e cioè l'individuazione del *discrimen* tra unità e pluralità di negozi in una situazione complessa, ove cioè vi sia una pluralità di dichiarazioni contestuali tra le parti.

Invero, il fatto che le manifestazioni di volontà - originaria e di modifica - si estrinsechino in due momenti cronologicamente distinti estingue *ab imis* ogni dubbio riguardo all'individualità strutturale del negozio modificativo rispetto a quello originario e viceversa.

Per quanto concerne la fonte del collegamento funzionale, invece, vengono distinte le categorie del collegamento *necessario* e del collegamento *volontario*.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 298 ss.

<sup>49</sup> Il primo A. che dissertò organicamente in materia di collegamento negoziale, ne distinse tre tipi: a) «collegamento derivante dalla funzione stessa cui il negozio, obiettivamente considerato, adempie rispetto ad un altro»; b) «collegamento dovuto alla circostanza che uno dei negozi trova la sua causa in un rapporto scaturente da altro negozio»; c) infine, il collegamento che si verifica quando una pluralità di negozi sono coordinati da un nesso economico e teleologico voluto dalle parti, M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 327. Successivamente si è affermato che sarebbe stato sufficiente distinguere

<sup>29</sup> Causa C-359/11, *Alexandra Schulz / Technische Werke Schussental GmbH und Co.KG*. La pronuncia del BGH è dell'8 luglio 2011.

<sup>30</sup> Così, *ex professo*, LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 172; RIZZUTO, *sub art.* 1469-bis, co. 3, n. 11, cit. 937 e GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: cd. ius variandi*, cit. 971.

<sup>31</sup> V. anche AMATO, *sub art.* 1469-bis, co. 3, n. 13, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, cit. 950.

<sup>32</sup> Mentre, per la Corte, reputare vessatoria la clausola di rivedibilità, per il fatto della sola omissione del recesso, sarebbe «contrario alla lettera della norma e ne contrasterebbe la ratio».

<sup>33</sup> V. pure BARENGHI, *sub art.* 33, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di Cuffaro - Barengi e Barba, Milano, 2008, 2 ed., 221.

<sup>34</sup> Che annovera la fattispecie tra i *Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit*, per l'essere l'esborso irragionevolmente a 'sorpresa': v. MICKLITZ, *AGB- Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertargsklauseln in Verbraucherverträgen*, in *ZEuP*, 1993, 531 ss. Alla declaratoria di inefficacia della clausola, in seno ad un contratto ad esecuzione periodica o continuata, provvede invece il disposto generale del § 307.

<sup>35</sup> Così AMATO, *op. ult. cit.* 953.



le alle mere modificazioni accessorie»<sup>41</sup> e «l'effetto estintivo dell'obbligazione che è proprio della novazione presuppone sempre – anche ove si acceda alla concezione più ampia della novazione medesima, che la ravvisi in ogni ipotesi di mutamenti di carattere quantitativo dell'oggetto o di modifiche di modalità o di elementi di una medesima prestazione – che sia accertata la sussistenza dell'*animus novandi*, che deve costituire lo specifico intento negoziale comune ai contraenti, e che deve essere provato in concreto».<sup>42</sup>

### 5. Il collegamento tra contratto originario e contratto modificativo.

Si è detto che, sul piano logico, modificare significa essenzialmente riassetto dell'equilibrio del sistema di interessi diviso dalle parti lasciandone intatto il nucleo fondamentale.

Di conseguenza, si è osservato come il diritto positivo accolga questa impostazione, sancendo che la trasformazione, per non alterare la struttura e la funzione del rapporto, debba intervenire su profili accessori del medesimo.

A tal proposito, è stato ben evidenziato come il concetto di accessorialità collimi, in prospettiva effettuale, con quello di *dipendenza*: «l'accessorialità deve essere intesa e valutata in relazione agli effetti del contratto originario, cioè confrontando gli effetti dell'accordo modificativo con il regolamento di interessi fondamentale, di cui è espressione il contratto originario. Il carattere accessorio, in altri termini, dipenderà dall'esistenza di un rapporto di dipendenza, quanto all'efficacia giuridica, fra l'accordo modificativo e il contratto originario, nel senso che soltanto quest'ultimo può (ed anzi deve) porsi come un *prius*, antecedente giuridico necessario perché l'altro si giustifichi e produca i suoi effetti. È evidente, da quanto appena osservato in punto di accessorialità, che l'analisi della struttura del negozio non può prescindere dalla valutazione della sua efficacia».<sup>43</sup>

Secondo la dottrina più risalente è proprio la dipendenza, in ottica funzionale, dal negozio originario a fare del contratto modificativo un negozio di «secondo grado».<sup>44</sup>

26 febbraio 2009, n. 4670, cit.; Cass., 21 gennaio 2008, n. 1218, in *Guida dir.*, 2008, 14, 59.

<sup>41</sup> Così la sentenza che annotiamo.

<sup>42</sup> Cass., 14 luglio 2000, n. 9354, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce «Obbligazioni in genere», n. 49.

<sup>43</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 365.

<sup>44</sup> Così G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 855, che accoglie una classificazione risalente a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.,

Si ritenga o meno che la partizione tra negozi di primo e di secondo grado conservi una qualche utilità, essa rimarca in maniera inequivoca la natura *unilaterale* del nesso funzionale di collegamento presente tra il negozio fondamentale ed il negozio modificativo.<sup>45</sup>

Come è noto, il collegamento negoziale – che per lo più costituisce espressione dell'autonomia contrattuale dei privati – è un meccanismo attraverso il quale è perseguito un risultato economico complesso, che viene realizzato non già per mezzo di un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, sì che le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro.<sup>46</sup>

249. Quest'ultimo, identificando i negozi c.d. di secondo grado con la categoria dei negozi regolamentari, afferma che «[il] negozio concluso, o il rapporto giuridico da esso creato, può a sua volta formare oggetto di svariati negozi, i quali rientrano nell'ampia categoria dei *negozi di secondo grado* [...], che comprende tutti i negozi diretti a regolare in questo senso (fissare, confermare, interpretare, risolvere, assorbire ecc.) negozi giuridici in precedenza conclusi fra le parti stesse: e ciò, con la loro integrazione o con la sovrapposizione di altri negozi modificativi della situazione giuridica preesistente». Cfr. anche L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 308: «i negozi di secondo grado hanno per oggetto rapporti giuridici preesistenti, che hanno già costituito oggetto di altri negozi (negozio fondamentale o originario o di primo grado). Specificando e precisando: col negozio fondamentale il rapporto è disciplinato per la prima volta, quindi come rapporto sociale, che diventa giuridico; il negozio di secondo grado ha per oggetto un rapporto giuridico, appunto, già esistente». Tale terminologia è utilizzata, tra gli altri, anche da G. TAMBURRINO, *I vincoli preliminari nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 210; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione di negozi*, cit., 377; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., 110; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., 387; A. MAGAZZÙ, *Novazione*, cit., 820, *sub nota* n. 189; e, più recentemente, anche da P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999, 85.

<sup>45</sup> Evidenziano la relazione di dipendenza G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 855; e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 370.

<sup>46</sup> Se si scorrono i repertori di giurisprudenza si realizza come tale massima si ripeta sin dalla prima metà del secolo scorso, senza variazioni apprezzabili: cfr., nell'ultimo decennio, Cass., 17 maggio 2010, n. 11974, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 761; Cass., 26 marzo 2010, n. 7305, in *Guida dir.*, 2010, 19, 38; Cass., 4 marzo 2010, n. 5195, *ibidem*, 14, 61; Cass., 25 novembre 2008, n. 28053, *ivi*, 2009, 2, 68; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24792, *ivi*, 2008, 46, 79; Cass., 10 luglio 2008, n. 18884, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1123; Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce «Contratto in genere», n. 32; Cass., 20 aprile 2007, n. 9447, *ivi*, Rep. 2007, voce «Contratto in genere», n. 339; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, 132; Cass., 16 febbraio 2007, n. 3645, *ibidem*, 2008, 156, nonché in *Giust. civ.*, 2008, I, 1278; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, in *Dir. e prat. soc.*, 2006, XX, 70; Cass., 28 marzo

bera, troppo asseconda in realtà il potere conformativo del professionista, legittimandone così l'agire entro un tetto massimo che -stando alla prassi- è sempre molto elevato e, in ogni caso, nettamente a suo favore. Se si sta poi all'avviso della Cassazione, di questo limite quantitativo neanche sarebbe possibile immaginare un controllo ex art. 33, visto che il sindacato giudiziale scatta allorché la soglia dell'eccesso «non [sia] stata definita in anticipo dalle parti»: e, scartato evidentemente il parametro della differenza *ultra dimidium* (art. 1448 c.c.), il richiamo alla misura del 10%, che si legge, rispettivamente negli artt. 1664 c.c. e 40 c. tur. può, tutt'al più, avere un valore orientativo.

*Quid iuris* perciò? Che, pur riconoscendo l'attitudine del *ius variandi* a realizzare un interesse del professionista meritevole di tutela<sup>36</sup>, solo con l'allegazione di una sopravvenienza (prevedibile e non straordinaria ma oggettiva) unita all'ausilio del recesso, può aversi un valido aumento. Che si tratti di un contratto a tempo indeterminato o con un termine finale<sup>37</sup>. Diversamente il rischio di imporre al consumatore un vincolo contrattuale più oneroso di quello che costui poteva ragionevolmente ipotizzare diviene tangibile.

Non solo. Si prenda il caso di un *ius variandi* convenuto per un contratto a tempo determinato: ove infatti si fosse dell'avviso che può validamente pattuirsi pure una modificabilità unilaterale *ad libitum*, si otterrebbe il singolare risultato di riconoscere -obliquamente- anche al predisponente quella facoltà di recesso che, per legge, magari pertiene invece al solo cliente (v., per es., art. 126-*septies*, comma 1 t. un. bancario). Se invero il contrappeso normativo di una *variatio* peggiorativa (ed inaccettabile) è il solo recesso, dando intenzionalmente causa a questo, il predisponente -non v'è chi non lo veda- ottiene l'(utile) risultato, quando ritiene che questo gli può più giovare, di lucrare una risoluzione *ante tempus* del contratto, eludendo così il termine di durata *ab initio* pattuito<sup>38</sup>. Il che, oltre magari a disattendere manifestamente una *littera legis* univoca (v. per es. art. 126-*septies*, comma 2 t. un. bancario)<sup>39</sup>, integra un esito applicativo, assecondante pratiche puramente speculative, quanto meno paradossale.

<sup>36</sup> Il passo si legge in Cass. 18 settembre 2007, n. 19366, cit.

<sup>37</sup> V., significativamente, anche TRSTENJAK, Conclusioni nella causa C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Tavközlési Zrt*, § 87, cit.

<sup>38</sup> V. anche V. PROFETA, *sub art. 126-sexies*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di Mancini - Rispoli Farina - Santoro - Sciarrone Alibrandi e Troiano, Torino, 2011, 558.

<sup>39</sup> Il prestatore di servizi è ammesso infatti al recesso nella sola ipotesi di contratto quadro a tempo indeterminato (ed ove la facoltà abbia costituito oggetto di un'apposita pattuizione).

E poi, è utile aggiungerlo, un'interpretazione meramente lessicale della lettera o prelude, in realtà, ad un secondo paradosso, se è vero che un *ius variandi ad libitum*, a motivo dell'effetto prettamente ablativo del recesso, varrà spesso ad indurre il consumatore, consapevole sì dell'insostenibilità economica dell'aumento ma con un precipuo interesse al contratto, a tollerare la *variatio*. Come si è fatto puntualmente notare, l'alternativa, per il consumatore, è quella del «prendere o lasciare, rispettivamente al momento della stipulazione del contratto e/o a quello della modifica *in itinere*»<sup>40</sup>: dato, questo, inopinatamente omesso pure da quella lettera g, poc'anzi richiamata, che non fa alcuna menzione del motivo sottostante all'aumento del prezzo concordato. Sicché, con una singolare eterogenesi dei fini, davvero al consumatore potrebbe tornare paradossalmente più utile -nel senso di favorevole- una clausola di *ius variandi* priva della facoltà di recesso. In quanto vessatoria e quindi caducabile, ove il prezzo finale sia eccessivamente elevato, una clausola del genere sempre infatti lo abiliterà a ricevere la prestazione al prezzo originariamente convenuto<sup>41</sup>.

Residua, è vero, la questione, sulla quale molto si è scritto, circa la legittimazione del consumatore a domandare, negli esempi richiamati, l'applicazione della disciplina di diritto comune. Ma è un rilievo che un pò sorprende. La fattispecie di cui alla lettera o non ha nulla infatti a che spartire col rimedio, a tutt'altro fine invocabile, dell'art. 1467 c.c.: se è vero che, nella trama della disposizione consumeristica, *in toto* si prescinde dal prodursi di una sopravvenienza straordinaria ed imprevedibile idonea ad ingenerare un vizio funzionale del contratto. Emblematico, *a fortiori*, quanto del resto si legge nei commi 5 e 6 dell'art. 33 c. cons.: che, non a caso, valgono ad escludere, e qui il rilievo della Corte è ineccepibile, l'operare della lettera o, «a condizione che le modalità di variazione siano espressamente pattuite».

### 5. Terza fattispecie: l'inserzione successiva di una clausola di modificabilità unilaterale. Con una chiosa sulla contrattazione on line.

*Quid iuris* se la clausola modificativa, assente in un primo formulario, figura in delle condizioni generali vocate a modificare (o a sostituire) le pre-

<sup>40</sup> Così, incisivamente, CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie, cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 10.

<sup>41</sup> V., in questo senso, anche FIORILISO, in *I contratti del consumatore*, a cura di Cesàro, Padova, 2007, 4 ed., 241 ss.

cedenti? C'è bisogno, perché sia valida, di accettarla espressamente -previa sottoscrizione del nuovo modulo- oppure sarà di per sé efficace se risulta semplicemente conoscibile ex art. 1341, comma 1, c.c.<sup>42</sup> ovvero, e meglio ancora, se la si incorpora in una proposta spedita all'indirizzo del cliente (art. 1335 c.c.) epperò suscettibile di accettazione per il tramite di un mancato rifiuto?<sup>43</sup> Potrebbe, al riguardo, essere di una qualche utilità il rammentare che, nella prima versione della direttiva sui diritti dei consumatori (COM 2008 614 def.), un'espressa presunzione di abusività assiste il modificare unilateralmente delle clausole contrattuali, già comunicate su di un mezzo durevole, con altre clausole *on-line* non approvate dal consumatore (lett. I Allegato III). Il che lascerebbe presumere, per lo meno nel settore della contrattazione a distanza *b2c*, una netta preferenza per la prima opzione ricostruttiva.

Sull'argomento, a quanto consta, non c'è un precedente della Corte. La questione, però, non è ignota ai giudici di merito in un caso *-agée-* nel quale era discusso se un contratto di conto corrente pendente poteva venire regolato da dalle nuove condizioni generali, annoveranti quella clausola di modifica unilaterale, assente invece nel precedente formulario. Il che, nella circostanza, venne escluso in quanto si ritenne che la clausola predisposta, nella sua prima versione formulata nel senso che si intendevano «accettate dal cliente le norme e le condizioni stabilite dalla banca per i singoli servizi»,

era palesemente interpretabile nell'unico senso di un rimando alle sole condizioni generali esistenti al momento della stipula. Senza, perciò, che in essa potesse ritenersi implicita l'attribuzione alla banca del potere di variare, in corso di esecuzione, le clausole contrattuali dapprima sottoscritte. Col risultato, ma la questione non veniva in rilievo, che, per aversi una *variatio* efficace di una o più clausole, la banca avrebbe piuttosto dovuto sottoporre al cliente un nuovo formulario, riportando in esso la clausola di *ius variandi*, da accettarsi in modo espresso (e non tacitamente)<sup>44</sup>. E, di là dall'inoperatività dell'art. 1341, comma 1, c.c., se si ritiene che l'art. 118 t. un. bancario (nuovo testo) abbia (non foss'altro) aggiornato il catalogo delle clausole vessatorie codicistiche, è da credere che, ora come allora, non potrà ammettersi la validità di una clausola di *ius variandi* convenzionale, introdotta *in executivis*, mediante una comunicazione con avvisi nei locali o anche personalmente, e perfezionata con lo (snello) schema di un mancato rifiuto dell'oblato. Diversamente, a ritenere che, in ragione di un siffatto procedimento di revisione delle originarie condizioni, si abbia il costituirsi di una valida clausola di modifica unilaterale, l'effetto sarebbe quello di eludere inspiegabilmente il requisito -cogente ai sensi dell'art. 118, comma 1- di una clausola approvata specificamente.

Per altro, e del tutto obliquamente, la Cassazione si è interessata al problema in un caso -contiguo- nel quale veniva in discussione, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1341, comma 2, l'assimilazione al formulario di un documento informatico (o di un *file* unilateralmente predisposto) utilizzato dal datore di lavoro per un numero indeterminato di rapporti<sup>45</sup>. E, nella succinta motivazione, si prospetta una vera e propria equipollenza laddove il formulario -base venga a fungere, come ben evidenziato, da modello per la riproduzione, in un numero indeterminato, di altri esemplari.. Se non fosse che, stante l'attuale formulazione dell'art. 21, comma 2, c. amm. dig., secondo cui la firma elettronica qualificata (o digitale) risulta prescritta, a pena di nullità, nei soli casi di cui all'art. 1350, nn. 1 - 12, mentre, per tutti gli altri atti specialmente indicati dalla legge (art. 1350, comma 1, n. 13) pare bastare una firma elettronica avanzata<sup>46</sup>, questo tipo di approccio

<sup>44</sup> V. già GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 112 ss e 269 ss.

<sup>45</sup> Si tratta di Cass. 22 marzo 2006, n. 6314, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 459 ss. ed in *Diritto dell'internet*, 2006, 445, con nota di Minussi.

<sup>46</sup> Che l'art. 1, lett. q-bis, c. amm. dig. definisce come l'insieme dei «dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può con-

per cui il mutamento dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione non necessariamente comporterebbe la novazione del rapporto.

Per questa elaborazione - sostenente la lettura congiunta dei due commi dell'art. 1230 c.c., che esprimerebbero un'unica norma - il mutamento sostanziale del rapporto deve sempre essere accompagnato dall'*animus novandi* per aversi novazione, altrimenti si ricadrebbe nella mera modificazione.

Quanto al secondo problema delineato, anche qui - specularmente - constano due posizioni in dottrina.

La prima esalta il ruolo dell'*animus novandi*, attribuendo alle parti la possibilità di convenire la novazione del rapporto anche apportandovi modifiche qualitativamente secondarie.<sup>34</sup>

Di contrario avviso è invece quella parte di dottrina che fa leva sulla lettera dell'art. 1231 c.c.: tale disposizione, contrariamente a quella che la precede, non effettuando riferimenti all'*animus novandi*, fisserebbe la regola per cui, in presenza di una modifica di carattere accessorio, la volontà dei contraenti non sarebbe sufficiente a determinare novazione.<sup>35</sup>

Tirando le fila del discorso che abbiamo svolto in questo paragrafo, si rileva che, in realtà, per quanto concerne la prima questione, è opinione pressoché comune che, nelle ipotesi in cui l'identità del rapporto sia del tutto stravolta dalle trasformazioni operate dal contratto modificativo, l'effetto estintivo-costitutivo della novazione non possa essere evitato<sup>36</sup>; per quanto riguarda la seconda, che in presenza di modifiche qualitativamente accessorie,

principio per cui non determinerebbe novazione la sostituzione dell'oggetto della prestazione con un altro della stessa specie; mentre va sfumando il correlativo assunto per cui provoca necessariamente novazione la sostituzione dell'oggetto della prestazione con un altro di specie diversa. Non dissimili gli approdi della dottrina francese, per la quale l'assenza di *animus novandi* determinerebbe la modificazione non novativa del rapporto, purché il nuovo oggetto sia comunque idoneo a soddisfare il comune interesse delle parti e corrisponda allo scopo dell'obbligazione; cfr., sul punto, ancora A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., 192, sub nota n. 30, che cita A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1980.

<sup>34</sup> O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i negozi estintivi onerosi*, cit., 37-38.

<sup>35</sup> A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., 193; Id., *Novazione*, cit., 286.

<sup>36</sup> «Esprimere la volontà di continuare il rapporto originario, e poi realizzare una modifica tale da alterarne l'identità, rappresenterebbe una palese contraddizione: compiere una modifica di questa portata, rispetto all'intento di mantenere il rapporto originario, costituirebbe, in un certo senso, un *venire contra factum proprium*», A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 286; cfr., inoltre, N. DI PRISCO, *Novazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, 1, Torino, 1999, 336 ss.

l'autonomia privata non sia comunque in grado di determinare novazione.<sup>37</sup>

Ribadita, pertanto, l'importanza di stabilire l'entità - sostanziale o meno - delle mutazioni, al fine di discernere la novazione dalla modifica non novativa, è dato osservare come in dottrina si sia diffusa in modo crescente la convinzione che i rapporti tra novazione e negozio modificativo si siano informati ad un «graduale rovesciamento [...], al punto che oggi appaiono eccezionali, e quindi abissogevoli di particolari giustificazioni, non più le fattispecie in cui in luogo di una novazione è ammissibile una semplice modifica, bensì le fattispecie in cui la novazione costituisce l'unico mezzo per attuare un certo mutamento nelle relazioni di carattere obbligatorio che legano le parti».<sup>38</sup>

Del tutto coerente con questa impostazione appare, dunque, la valorizzazione del ruolo dell'*animus novandi* nell'equilibrio della fattispecie delineata dall'art. 1230 c.c.: solo l'inequivoca volontà delle parti di sostituire a quello originario un nuovo rapporto può comportare la novazione; al contrario, l'intenzione delle parti non può determinare novazione nelle ipotesi di modificazioni qualitativamente accessorie di cui all'art. 1231 c.c.

Come già accennato, peraltro, l'indagine relativa a tale requisito non può essere condotta in termini di indagine puramente psicologica, ma che essa deve rispecchiarsi in una *quaestio facti* che l'interprete ha l'onere di definire tenendo conto del «significato economico della modifica»<sup>39</sup> e di tutti gli elementi obiettivi che concorrano ad esplicitare l'intenzione delle parti.

Alla luce di questo panorama dottrinario - essenzialmente teso alla valorizzazione del negozio modificativo e ad un'estensione della sua area applicativa a discapito del recessivo istituto della novazione - vanno lette le indicazioni della giurisprudenza di legittimità, unanime nel ritenere che la novazione è conseguenza solamente di «un mutamento sostanziale dell'obbligazione»<sup>40</sup>, «non è ricollegabi-

<sup>37</sup> A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 286. Cfr. anche P. RESCIGNO, *Novazione (dir. civ.)*, cit., 435 ss.; e U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 693-694.

<sup>38</sup> A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 286-287. Osserva l'A. che «nel costante ampliamento degli spazi concessi al negozio modificativo si riflette il difficile trapasso da una concezione "statica" del rapporto obbligatorio, visto come realtà immutabile, alla più moderna concezione "dinamica", che il rapporto obbligatorio intende come un'entità in grado di evolversi, e suscettibile di essere adattata, per volontà delle parti, al variare delle circostanze di fatto o a nuovi interessi dalle parti stesse conseguiti». Cfr. anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 387.

<sup>39</sup> A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 284.

<sup>40</sup> Cass., 12 settembre 2000, n. 12039, cit.; cfr., nello stesso senso, *ex pluribus*, Cass., 6 luglio, 2010, n. 15980, cit.; Cass.,

#### 4. Il rapporto tra art. 1230 e art. 1231 c.c.

Sulla questione in tal guisa delineata se ne innesta un'altra, complementare, che vale la pena di affrontare, seppur sommariamente, vale a dire quella relativa al rapporto tra le norme dettate dalle prime due disposizioni del codice in tema di novazione.<sup>28</sup>

Occorre infatti stabilire, da una parte, se il mutamento dell'oggetto o del titolo di un'obbligazione comporti sempre e comunque l'effetto estintivo-costitutivo proprio della novazione oppure se le parti possano realizzare quei radicali cambiamenti escludendo l'effetto novativo; dall'altra, se le parti possano novare l'obbligazione per mezzo di mutamenti dell'obbligazione meramente accessori.<sup>29</sup>

Il primo problema verte sull'interpretazione dell'art. 1230 c.c., il quale dispone che si ha novazione «quando le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso», manifestando «in modo non equivoco» la volontà di estinguere l'obbligazione originaria.

Secondo una parte della dottrina<sup>30</sup> l'intenzione delle parti non rileverebbe al fine di decidere se il mutamento dell'oggetto o del titolo determini o meno una novazione: questa prospettiva propugna l'autonomia delle norme espresse dai due commi di cui si compone l'art. 1230 c.c.: la prima preciserebbe l'ambito di ricorrenza della novazione; la seconda – che introduce l'elemento dell'*animus novandi*

– avrebbe la funzione di discernere la novazione dalla situazione in cui le parti, accanto al rapporto originario, ne volessero far sorgere un altro senza pregiudicare l'esistenza del primo.<sup>31</sup>

Dunque, la presenza dell'*animus novandi* permetterebbe, al più, di distinguere le ipotesi di novazione da quelle di cumulo di più obbligazioni tra le stesse parti, ma sarebbe certo influente al fine di distinguere tra modificazione accessoria e novazione. Quest'ultima, dunque, troverebbe la propria disciplina esclusivamente nel primo comma dell'art. 1230 c.c. e ricorrerebbe ogniquale volta sia riscontrato un obiettivo mutamento dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione, essendo irrilevante che l'intenzione delle parti sia stata, in ipotesi, quella di mantenere in vita l'originario rapporto.

Secondo altro filone dottrinario<sup>32</sup>, invece, lo sfavore del Legislatore del 1942 per l'istituto della novazione, che sarebbe destinato ad operare in fattispecie residuali<sup>33</sup>, orienterebbe verso la conclusione

<sup>31</sup> A. ZACCARIA, *Novazione*, cit., 283.

<sup>32</sup> Sotto il vigore del codice del 1865, cfr. A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, cit., 99 ss. e 113 ss.; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 211; sotto la vigenza del nuovo codice, cfr. F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, a cura di M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, 124; O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i negozi estintivi onerosi*, Milano, 1968, 32 ss.; ID., *Novazione*, cit., 6; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, 452: «...né la disciplina generale del contratto né la disciplina della novazione limitano l'autonomia delle parti al punto di vietare una novazione che non comporti un mutamento sostanziale del rapporto».

<sup>33</sup> È opinione diffusa che la novazione non sia che «il rudimento storico rimasto nel diritto odierno di un istituto romano», al quale oggi potrebbe riconoscersi solo una «modesta funzione economico-sociale», così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 258. Cfr., sulla «crisi» della novazione le ampie considerazioni introduttive sul punto di A. MAGAZZÙ, *Novazione*, cit., 785; P. LAMBRINI, *La novazione*, cit., 471 ss.; e, in particolare, A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, cit., 186 ss. e ID., *Novazione*, cit., 284 ss. Quest'ultimo A. svolge un'interessante indagine in prospettiva comparatistica: in Germania la figura dell'*Änderungsvertrag* di cui al § 305 BGB ha sostituito *ab origine* l'istituto della novazione. I giuristi tedeschi sono concordi nel ritenere che di negozio modificativo possa parlarsi sino al punto in cui l'obbligazione mantenga la propria identità. Per stabilire se tale identità sussista o meno assumono rilievo di parametri «la volontà delle parti, il significato economico della modificazione in rapporto alla struttura del contratto, la generale considerazione del traffico giuridico». K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I Allgemeiner Teil*, 1 § 21, II, Karlsruhe, 1975, 237; cfr., anche W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1973, 171 ss. Circa il mutamento del titolo, si è escluso che la modifica dell'obbligazione tale da far mutare la qualificazione del contratto – cioè il tipo – determini necessariamente novazione. Anche qualora il mutamento riguardi una delle prestazioni poste in relazione sinallagmatica, perché il rapporto mantenga la sua identità sarebbe sufficiente che rimanga inalterata l'altra. Riguardo alla modificazione dell'oggetto, vale ancora il risalente

non è più prospettabile. Sicché, qualora il professionista intenda avvalersi di una *web form*, essendo la formalità dell'art. 1341, comma 2, c.c. una delle ipotesi richiamate compendiosamente nel n. 13, rispetto ad un formulario telematico si potrà avere un'approvazione del cliente *on line*, equipollente ad una sottoscrizione autografa, soltanto col medio - infungibile<sup>47</sup> - di una firma elettronica avanzata.

#### 6. Quarta fattispecie: sul perimetro di applicazione dell'art. 34, comma 3, c. cons.

L'art. 70, comma 4, c. com. elettr., attuativo dell'art. 20, § 2, della direttiva 2002/22/CE, riconosce ai gestori dei servizi di telefonia la facoltà di modificare le condizioni del rapporto contrattuale col (duplice) limite di un preavviso (non inferiore ad un mese) e di un diritto dell'abbonato a recedere gratuitamente con effetto *ex nunc*<sup>48</sup>. Il quesito che così sorge, nonostante il sesto comma dell'art. 70 statuisca che rimane ferma l'applicazione della disciplina consumeristica, è se, quanto meno nel caso di abbonato consumatore, possa mancare la menzione, sia nella clausola che nella proposta di modifica, del giustificato motivo di cui all'art. 33, comma 2, lett. m. c. cons. Si potrebbe infatti sostenere che la singola clausola di rivedibilità unilaterale, in

servare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati». In arg. v. G. FINOCCHIARO, *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale*, in *Contratto e impresa*, 2011, 502 ss. e, in special modo, GENTILI, *Negoziare on line dopo la riforma del codice dell'amministrazione digitale*, *Corr. Mer.*, 2011, 353 ss. (ed ivi il rilievo sulla forma elettronica avanzata come tipo «meno formalizzato, e perciò più facile da usare, ma tuttavia dotato di un elevato standard di sicurezza, e quindi utile anche per la prova»).

<sup>47</sup> Di talché a nulla potrà valere il ricorso ad altre tecniche. Dalla modalità *cd. point and click*, al riempimento di apposite stringhe informatiche nelle quali figurino diciture del genere «accetto» o «approvo», sino alla strumentazione, solo in apparenza più sofisticata, del rilascio al cliente -che prima provveda a registrare i propri dati- di una *user id* e di una *password*, entrambe necessarie, in realtà, ai fini di una sua autenticazione. Sulla qualificazione, prima del d. lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, di questa tecnica alla stregua di una «forma embrionale di firma elettronica» con la quale procedere alla sottoscrizione di formulari *on line*, v. BATTELLI, *Contrattazione e condizioni generali di contratto nell'e-commerce*, in *Contratti*, 2010, 195.

<sup>48</sup> E con possibilità, ovviamente, di recupero del credito. V. anche art. 5, comma 1 del Regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza, adottato con delibera AGC n. 664 del 23 novembre 2006. In dottrina, per una disamina dell'intera questione, v. *amplius* DE CRISTOFARO, *sub art. 70 d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, 1778 s.

quanto riprodotiva di una disposizione di legge, non è vessatoria (art. 34, comma 3, c. cons.)<sup>49</sup>. E l'argomento che l'art. 34, comma 3, scaccia la vessatorietà della sola clausola ricalcante «il nucleo pre-cettivo di una norma imperativa», mentre il sindacato giudiziale continua ad esser pieno quando si profila il diverso caso di un professionista legittimatosi all'utilizzo di una facoltà riconosciutagli dalla legge, da solo non basta a risolvere il problema.

Qui la Cassazione, in ben due *dicta*<sup>50</sup>, si è mostrata però assai più sensibile al canone di un elevato livello di protezione per il consumatore. Ed infatti, dopo aver evidenziato che il disposto dell'art. 34, comma 3 va sempre letto alla luce «del più puntuale considerando 13 della direttiva 93/13», là dove fa specifico riferimento alle previsioni regolanti clausole di contratti *con* i consumatori, la Corte chiosa segnalando che certe previsioni -dall'art. 118 (vecchio testo) t. un. bancario all'art.1924, comma 2, c.c.- non rilevano giacché regolano *anche* i contratti con soggetti diversi dai consumatori. E l'art. 70, è utile rammentarlo, rientra in quest'ambito. Sicché soltanto la prova di una specifica trattativa individuale varrà ad escludere la vessatorietà. Risultato: un'interpretazione restrittiva dell'art. 34, che valorizza il canone della *best consumer protection* in un contesto ove sono sempre più le norme transtipiche, pensate per il cliente, di quelle tipiche, concepite per il solo consumatore. Tanto è vero che la questione si ripropone, esattamente *telle quelle*, nel caso di contratti per la fornitura di gas naturale, allorché il professionista rinvii, nelle sue condizioni di contratto, a disposizioni legislative o regolamentari seppure emanate per una diversa categoria di consumatori e per un diverso tipo di contratto. Donde il dubbio, sollevato in via pregiudiziale dall'*Oberlandesgericht* di Oldenburg (causa C-8/11, *Johann Bilkner e a. /EWE AG*), se, in caso di inapplicabilità della direttiva 93/13, l'esclusione dell'applicazione si

<sup>49</sup> Sul fatto che il richiamo, contenuto nelle condizioni generali di un contratto di compravendita di pacchetti turistici, dell'intera disciplina di cui al d. lgs. 17 marzo 1995, n. 111, sottragga le relative clausole, per effetto dell'art. 34, 3 co., al vaglio di vessatorietà, v. Trib. Torino, 19 gennaio 2005, in *Dir. tur.*, 2006, 140 ss. Mentre, per il diverso caso dell'art. 33, lett. u, reputato assorbente, quanto al foro esclusivo del consumatore, rispetto ai fori previsti, in caso di trasporto aereo internazionale, dall'art. 28 della Convenzione di Varsavia del 1929 e dall'art. 33 della Convenzione di Montreal del 1999, v. G.p. Crotone, 28 maggio 2005, in *Dir. trasp.*, 2007, 195 ss.

<sup>50</sup> Rispettivamente Cass. 21 maggio 2008, n. 13051, cit. (da cui la precedente citazione) e la recentissima Cass. 18 agosto 2011, n. 17360, al momento inedita (con una dotta e diffusa divagazione sulla nozione di causa in concreto ma iterativa, sulla questione, del periodare argomentativo che già si legge nella prima pronuncia). Utili spunti si leggono in LA MARCA, Alcune questioni in tema di clausole abusive contenute nei contratti bancari, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1245 ss.

estenda anche all'obbligo di chiarezza e comprensibilità fissato dall'art. 5.

### 7. Quinta fattispecie: l'anticipata modifica unilaterale dei contratti turistici è allora bilaterale e formale?

Una breve narrativa del caso può forse far meglio comprendere la logica argomentativa che, senza una qualche significativa eco, ha indotto la terza sezione a statuire il principio secondo cui è escluso che l'anticipata modifica unilaterale, in modo più oneroso per il turista, delle condizioni di trasporto possa avvenire senza che costui l'abbia accettata per iscritto entro i due giorni lavorativi (dal ricevimento dell'avviso).

Il caso, di per sé, è banale: un contratto di pacchetto turistico contemplante la possibilità di effettuare lo stesso viaggio con due differenti tipi di aeromobile, versando ovviamente due prezzi diversi. Orbene, seguendo il ragionamento della Corte, l'originaria alternatività del tipo di volo implicava due proposte contrattuali a loro volta alternative: sicché, una volta scelta la formula contrattuale più economica, la successiva modifica unilaterale del programma contrattuale -da un *charter* ad un *Boeing 707*- finisce per essere giudicata inidonea in difetto di un consenso *per iscritto* del consumatore (quanto al diverso tipo di aeromobile). Insomma, il comportamento omissivo del turista non ha alcun significato conclusivo: e, quindi, nessun silenzio modificativo.

Ora, la questione sulla perentorietà del termine per il recesso, funzionante da atto di consenso/presupposto di efficacia di una *variatio* sospesa fino a quel momento, non è nuova: e, proprio nella prospettiva di una repressione degli abusi, molte critiche sono state rivolte all'interpretazione contraria ad ammettere una rilevanza della comunicazione di dissenso anche oltre il termine, per la verità esiguo, previsto nelle precedenti versioni dell'art. 41, comma 3, c. tur.<sup>51</sup> Ove, s'intende, a ciò però induca una valutazione di buona fede ex art. 1375 c.c. E, se fosse questa la *ratio* inespressa, sottesa al dispositivo della Corte, si da sanzionare la condotta di un professionista che fa apparire come alternative due proposte quando in realtà *ab initio* ve n'è una soltan-

<sup>51</sup> V., per tutti, ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, in *Diritto privato comunitario*, a cura di Rizzo, I, Napoli, 1997, 313 e MONTICELLI – GAZZARRA, *Il contratto di viaggio*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli e Minervini, Torino, 2005, II, 782, mentre l'opinione contraria si legge, tra gli altri, in ALVISI, *sub art.* 91, in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Franzoni, Torino, 2008, 433 ed in Pierallini, *sub art.* 10 - 13, in Roppo (a cura di), *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 36.

to, *nulla quaestio*. Il discorso cambia invece se, dietro l'interpretazione additiva -o sarebbe meglio dire *abrogans?*- dell'allora art. 12 del d. Lgs. 17 marzo 1995, n. 111, non si cela una specie di pena privata comminata nei riguardi del professionista scorretto. Gli è infatti che lo stringente argomentare della Corte disattende in modo palese uno schema legale nitidamente articolato secondo il canovaccio di una proposta contemplante, per il turista, la sola facoltà di rifiuto/recesso. Sicché, anche a voler sorvolare su di un possibile affidamento del professionista indotto da un'assenza di *protestatio*, delle due l'una: o l'art. 41, commi 2 e 3, che in nulla ha innovato il precedente disposto dell'art. 91 c. cons., formalizza una fattispecie di proposta modificativa potestativa, donde l'assunto che l'oblato non potrà rifiutare *sic et simpliciter* né controproporre «alcunché»<sup>52</sup>, per via della predominanza riservata *ex lege* all'interesse potestativo del predisponente<sup>53</sup>, oppure, se si reputa infungibile il requisito dell'accettazione per iscritto in ordine a qualsiasi (o solo per quelle *in peius* ?) modifica resasi necessaria prima della partenza, allora dovrà concludersi che la legge ha inteso qui regolare il ben diverso caso di una modificazione bilaterale. Cioè una figura di contratto modificativo formale. Il che potrebbe pur essere se si considera a) che, per regola generale, i negozi modificativi di contratti formali non si perfezionano *ex uno latere per facta concludentia* e b) che il contratto di vendita di pacchetti turistici, per chi intende letteralmente l'art. 35, comma 1 c. tur., formale lo è in quanto va redatto per iscritto in termini chiari e precisi<sup>54</sup>. Ma *tertium non datur*: e con la netta sensazione che il ragionamento dovrebbe però virare verso la prima qualificazione, se è vero che il combinato disposto -non gemello ma affine- degli artt. 118 e 126-*sexies* t. un. bancario, seppure nell'ottica di una potestatività debole, non contempla alcuna forma surrettizia di

<sup>52</sup> V., puntualmente, DOLMETTA, *Jus variandi bancario. Tra passaggi legislativi e giurisprudenza dell'ABF: le linee evolutive dell'istituto*, in *Il Caso.it*, II, 260/2011, 8.

<sup>53</sup> Assecondato per ovviare ad una situazione altrimenti «di stallo»: è l'avviso di FERRO LUZZI, *'Aberratio ictus'* (*Legislatore e Autorità Garante v. Banche e ABI*), in *Giur. comm.*, 2007, II, 289 e di FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto ("ius variandi")*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 413. Per di più, a voler riprendere una notazione tanto istintiva quanto diffusa, escludere la perentorietà del termine ha l'effetto di trasformare in incerta la vicenda contrattuale sino al momento di inizio del viaggio. Con tutte le perplessità che questo evidentemente implica. Per una più ampia disamina sia comunque consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, voce dell'*Enc. dir.*, in corso di stampa.

<sup>54</sup> Ma sul fatto che, per il pacchetto turistico, l'uso della locuzione contratto formale, almeno in senso stretto, sia del tutto improprio, avendo lo scritto dell'art. 35 non una rilevanza *ad substantiam* o di prova ma mera funzione di forma informativa, v. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir. - Anali*, Milano, 2011,

È dunque sul piano funzionale che conviene ricercare l'anzidetto discrimine tra negozio modificativo, negozio di accertamento e novazione, trasponendo sul piano obiettivo la questione – affrontata dalla dottrina tradizionale in termini di indagine psicologica – dell'identificazione dell'*animus* che ha spinto i contraenti a porre in essere il secondo atto di autoregolamentazione. Tale qualificazione è indubbiamente il risultato di una *quaestio facti* che – come pure sostiene la sentenza in commento – spetta al giudice di merito risolvere.

Affermatane l'autonomia causale, resta inteso, peraltro, che il negozio modificativo non può funzionalmente sorreggersi se non in quanto innestato nel rapporto originato dal negozio primitivo.<sup>22</sup>

Ma il vero nodo cruciale del contratto modificativo è la delimitazione del suo *oggetto*, il quale finirà per svelarne indirettamente il profilo funzionale. Tale questione si identifica precisamente con quella relativa alla distinzione tra contratto modificativo e novazione oggettiva.

Si tratta, pertanto, di «identificare il criterio che valga a fissare su basi rigorose la linea di confine tra la trasformazione che lascia permanere la situazione giuridica anteriore e la trasformazione che invece produce un'innovazione radicale: tra due opposti fenomeni, cioè, i quali sembrano distinguersi soltanto sotto un profilo empirico-quantitativo».<sup>23</sup>

Al riguardo conviene prendere le mosse dall'osservazione di fondo secondo la quale «sistema fondamentale di interessi e situazione giuridica fondamentale sono [...] due lati della stessa medaglia», per cui «ad ogni sistema fondamentale di interessi corrisponde una situazione giuridica fondamentale», cosicché «ad ogni variazione del primo fa riscontro una variazione della seconda». Si può pertanto affermare che «tutte le volte in cui un fatto trasforma il sistema di interessi lasciandone intatto il nucleo fondamentale si ha modificazione; quando invece un fatto comporta una trasformazione che incide il nucleo fondamentale si ha innovazione».<sup>24</sup>

Sul piano del diritto positivo, i risvolti di tali considerazioni si apprezzano alla luce dell'art. 1231 c.c., il quale dispone che «il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione».

stenza del rapporto potrebbe essere indicata come ragione giustificativa del negozio.

<sup>22</sup> Cfr. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 852, e quanto si osserverà *infra* nell'ultimo paragrafo.

<sup>23</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 490 ss.

<sup>24</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 491-492.

È dunque l'espressione «ogni altra modificazione accessoria», la quale si accoda ad un'elencazione di carattere indubbiamente esemplificativo, ad introdurre il criterio normativo dell'*accessorietà* per innalzare lo steccato tra modificazione novativa e modificazione non novativa.

Posto pertanto che il mutamento radicale della prestazione produce novazione, dal momento che innegabilmente incide sull'identità strutturale e funzionale dell'obbligazione<sup>25</sup>, si è osservato che, per qualificare le modificazioni come accessorie o meno, occorrerà «esaminare quali sono per ogni obbligazione gli elementi essenziali e quali gli elementi accessori o secondari di essa e in rapporto alla figura giuridica astratta quale è nell'ordine giuridico e, più specialmente, in rapporto a ciò che si è dalle parti in concreto stabilito».<sup>26</sup>

Si è chiarito, inoltre, come l'*accessorietà* o meno del regolamento posto dal negozio modificativo non vada apprezzata da un punto di vista meramente quantitativo, ma squisitamente *qualitativo*: in altri termini, la modifica non novativa può in ipotesi interessare anche la totalità delle clausole, purché lasci intatto l'oggetto del rapporto e non ne snaturi, nei tratti essenziali, il nucleo funzionale originario.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 106. Al riguardo, pertanto, non esisterebbero limiti positivi alle modificazioni accessorie, ma solo limiti negativi: potrebbero, cioè, costituire oggetto di negozi modificativi tutte le modifiche di un precedente rapporto, le quali non importino un mutamento nella struttura e nel *nomen iuris* del rapporto stesso; così, testualmente, G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 852.

<sup>26</sup> M. MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, Palermo, 1924, 103.

<sup>27</sup> Cfr. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 852. Interessanti sono le osservazioni di P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 106 ss., circa l'incidenza sul profilo causale del negozio e sul titolo dell'obbligazione dell'apposizione od eliminazione di condizione, termine e *modus*. Riguardo alla condizione, stante la sua idoneità ad introdurre nel regolamento i motivi individuali dei soggetti contraenti, la sua apposizione o la sua eliminazione inciderebbe sul profilo funzionale del negozio (che da commutativo diverrebbe aleatorio e viceversa) e determinare la novazione dell'obbligazione da esso discendente; non sarebbe questa, tuttavia, una conseguenza necessaria: spetterà all'interprete soppesare il ruolo all'interno del concreto regolamento di interessi diviso dalle parti. Per quanto concerne il termine, invece, la lettera dell'art. 1231 c.c. militerebbe contro la possibilità di ricondurre un'efficacia novativa alle vicende relative ad apposizione, differimento o rimozione; tuttavia, la previsione legislativa dell'irrelevanza del termine sotto questo aspetto non osterebbe a riconoscergli un ruolo essenziale all'interno del regolamento contrattuale. Pertanto, «quando il termine in relazione al concreto assetto di interessi non è sostanzialmente modalità "accessoria", bensì elemento caratterizzante la prestazione o lo schema causale dal quale l'obbligo di quella prestazione trae la

sui dati obiettivi che emergono dal testo contrattuale e che ne rivelano il profilo funzionale.<sup>15</sup>

In relazione alla *forma* del negozio modificativo, invece, non sorgono particolari problemi: esso deve avere la medesima forma del negozio da modificare. Infatti, se un negozio deve rivestire una determinata forma (per volontà di legge o delle parti contraenti) ciò è imposto in vista ed in funzione del particolare rapporto che si vuole regolare; e dato che «esiste unicità di oggetto tra il negozio da modificare ed il negozio modificativo», consistente «nel regolare un unico rapporto giuridico», la conclusione non può che essere quella per cui il negozio modificativo deve rivestire una forma almeno equipollente a quella del negozio originario.<sup>16</sup>

Queste brevi osservazioni offrono l'opportunità di precisare che la vicenda modificativa interviene sul *rapporto* non ancora esaurito e non sull'atto negoziale originario<sup>17</sup> e che le trasformazioni del regolamento non hanno effetto retroattivo, ma si producono dal momento perfezionativo del negozio di modifica.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 362.

<sup>16</sup> G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, cit., 346; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 849-850; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 362. Il problema della forma, ovviamente, si pone rispetto ai negozi in ordine ai quali la volontà delle parti o la legge prevedono una forma particolare, giacché se il negozio da modificare non è formale, il negozio modificativo non è soggetto a vincoli morfologici. Una soluzione più elastica è propugnata da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 227, per cui i contratti modificativi di elementi che, pur essendo stati in concreto formalizzati, non richiedevano di esserlo, non debbono essere formalizzati: ad es., in una vendita immobiliare, mentre non si può certamente concordare verbalmente la modifica del prezzo, potrebbe concordarsi a voce la modifica delle condizioni di pagamento o delle modalità di consegna contemplate in una clausola dell'atto scritto. Piuttosto, è da sottolinearsi che nella prassi sono invalse clausole contrattuali che prevedono che «ogni modifica al presente accordo dovrà necessariamente farsi per iscritto» *et similia*.

<sup>17</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 638, definisce tale questione in termini di «dubbio fondamentale».

<sup>18</sup> Cfr. Cass., 29 gennaio 1991, n. 885, in *Foro it.*, I, 1111; Cass., 16 dicembre 1987, n. 9358, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 2570; Cass., 27 aprile 1982, n. 2634, *ivi*, 1982, 940; cfr., altresì, gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali forniti da M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, cit., 5. Al riguardo, vale appena la pena di osservare che l'espressione «negozio modificato», pertanto, è imprecisa e qualora venga impiegata dovrà essere intesa come «negozio originario», fonte del rapporto modificato dal secondo negozio. D'altronde, per dirla con E. REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale. Parte generale*, cit., 12-13, «se c'è una cosa che non possa fare secondo i teologi neanche il Padre Eterno è proprio questa: che un avvenimento che è realmente avvenuto, non sia accaduto (si dissolva...dalla storia). Quando si dice dunque che si scioglie o si risolve «il contratto» non si vuol dire che si risolve l'avvenimento accaduto, bensì la situa-

Da questo punto di vista si può icasticamente affermare che il negozio modificativo produce modificazione *nel* rapporto, ma non *del* rapporto, che rimane lo stesso nei suoi tratti essenziali.<sup>19</sup>

Per quanto attiene, poi, al *requisito causale*, occorre osservare che il negozio modificativo è dotato di causa propria ed autonoma, nettamente distinta da quella del negozio modificato, e consistente, appunto, nella *modificazione* di quest'ultimo<sup>20</sup>: «la sola volontà di modifica o il solo fatto che l'accordo modificativo inerisce ad un precedente rapporto o contratto valido in sé, perché avente una causa adeguata o sufficiente o tipica, giustifica la sanzione dell'accordo stesso».<sup>21</sup>

zione giuridica o il rapporto che ne sia sorto». Va di contrario avviso G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 853-854, per il quale «in tanto il negozio modificativo determina la vicenda del rapporto, in quanto ne tocca il negozio di origine, facendolo apparire *ex postfacto* in una luce diversa da quella sua primitiva». Relativizza l'importanza di tali rilievi F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 366, il quale non manca di sottolineare come «[il] mantenimento della distinzione negozio-rapporto, ai fini dell'efficacia del negozio modificativo, rischia di far perdere di vista la concreta dinamica della vicenda e pertanto deve essere abbandonata».

<sup>19</sup> F. PANUCCIO, *Riduzione ad equità*, cit., 613. In questo senso la vicenda modificativa incide indubbiamente anche sull'interpretazione del contratto: da una parte, infatti, deve essere evidenziata la rilevanza ermeneutica delle clausole modificate ai fini dell'interpretazione di quelle non investite dall'efficacia del negozio modificativo, ai sensi dell'art. 1363 c.c.; dall'altra, la stessa vicenda di revisione del regolamento contrattuale, in sé considerata, ha una portata ermeneutica di cui l'interprete dovrà tenere conto per stabilire la comune intenzione delle parti *ex art.* 1362 c.c.; cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 370.

<sup>20</sup> F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 209; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 850; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 364. È pertanto l'interesse delle parti ad incidere sul regolamento pur conservando l'identità del rapporto a costituire la causa del contratto modificativo, mentre la *causa novandi* è individuata dall'interesse alla sostituzione (la quale consta di un momento estintivo ed uno costitutivo, ben distinti sul piano logico) di un rapporto nuovo a quello preesistente. Cfr., sulla definizione di *causa novandi*, O. BUCCISANO, *Novazione*, cit., 12.

<sup>21</sup> G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, cit., 346. Invero, lo scopo perseguito dai contraenti «è la modifica nella conservazione dell'originario regolamento di interessi»: esso è cioè «rappresentato dal non volere più parzialmente (momento negativo) il pregresso rapporto contrattuale e, contestualmente, dal volerlo parzialmente trasformare (momento positivo) pur conservandolo», cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello jus variandi*, cit., 150; G. ALPA - M. BESSONE - V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 159; G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007, 13. Più analitico risulta l'approccio di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 374, per il quale se le modifiche sono *bilaterali* (alcune a vantaggio di una parte, altre a vantaggio dell'altra) la causa sarebbe da rinvenirsi nello scambio, mentre se sono *unilaterali* (perché avvantaggiano un contraente a discapito dell'altro), allora sì, solamente la preesi-

accettazione espressa del cliente. E l'argomento reiterato che, diversamente da quanto disposto in materia bancaria, non vi sarebbe qui «alcuna forma di controllo... in ordine alla sussistenza o meno della necessità di modificare»<sup>55</sup>, donde l'esclusione di una perentorietà del termine, oltre che fondato sul solo dato letterale, è tutto da dimostrare.

## 8. Epilogo: quale destino, in sede europea, per le clausole di modificabilità unilaterale?

Se nella causa, tuttora pendente, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatosag c. Invitel Tavközlési Zrt* (C-472/10), il giudice ungherese ha posto alla Corte di giustizia la questione di un'abusività *ipso iure* della clausole di modifica unilaterale dei prezzi sprovvista, oltre che di un valido motivo, di un'illustrazione esplicita delle modalità di rivedibilità delle tariffe, nella recentissima domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Bundesgerichtshof - *Egbringhoff c. Stadtwerke Ahaus GmbH*, C-400/11 - in discussione è se, in un contratto di fornitura di energia elettrica, soddisfi un sufficiente grado di trasparenza la clausola di *ius variandi*, muta quanto al motivo della *variatio*, ma contemplante, oltre ad una comunicazione periodica con ragionevole preavviso, la facoltà del consumatore di recedere nell'ipotesi di rifiuto delle nuove condizioni. Quindi, nell'un caso e nell'altro, un problema di efficienza (e completezza) della tutela consumerista, posto che entrambe le questioni hanno per oggetto, giust'appunto, contratti con clienti civili. Sempre dal Bundesgerichtshof, in una controversia di nuovo relativa ai rapporti di fornitura di gas naturale (*RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.* C-92/11), si è però contestualmente domandato se i medesimi requisiti di trasparenza sono soddisfatti anche da clausole di rivedibilità - del prezzo - contenute in contratti stipulati con clienti speciali, cioè con dei professionisti. Di talché, per questa via, si riapre l'annosa questione: un *ius variandi* per il contratto asimmetrico o per i soli rapporti *b2c*? Perché si potrebbe sostenere che, se non è la legge a richiederlo espressamente, l'interesse ad una competitiva gestione dell'impresa o ad un'efficiente pianificazione della produzione industriale implica un'interpretazione restrittiva dell'art. 1355 c.c. e rinserra il limite del giustificato motivo nell'area dei contratti col consumatore o con quel cliente civile che, secondo gli artt. 6 e 34 del d. lgs. n. 93 del 2011, quanto alla fornitura di energia elettrica e

<sup>55</sup> Così MONTICELLI - GAZZARRA, *Il contratto di viaggio*, cit. 782.

gas naturale, è il soggetto che acquista per uso proprio o domestico, escludendosi per ciò stesso le attività commerciali e professionali. E se si aggiunge l'argomento, diffusamente sperimentato nell'esperienza tedesca, che il vaglio giudiziale di ammissibilità delle *Vertragsanpassungsklauseln* è più flessibile nei rapporti tra professionisti in quanto gli usi del commercio limitano la valenza protettiva della buona fede contrattuale (§ 310, *Abs. 1 BGB*), si potrebbe pure pensare che il costante richiamo ad un'interpolazione del giustificato motivo in realtà obliteri superficialmente quella *ratio* di un diverso trattamento intrinsecamente propria dei contratti d'impresa. Tanto più, come vien fatto notare, che al cliente professionista «è data la possibilità di riversare ... sul consumatore finale» quegli incrementi di costo che originano da una modifica unilaterale<sup>56</sup>.

Ora, il catalogo degli argomenti che supportano l'idea di un trattamento differenziato tra consumatori e professionisti è senza dubbio fitto e di cospicuo spessore: a cominciare dal convincente assunto di un consumatore quale soggetto incapace di avvertire tempestivamente il senso delle variazioni praticate dall'impresa predisponente, mentre non si può dire altrettanto per la variegata classe dei professionisti, che non sono normativamente da presumere come dei soggetti afflitti da una fisiologica inettitudine a vagliare responsabilmente il significato di un maggior costo<sup>57</sup>. Semmai, senza lo schermo artificioso di una presunzione, c'è il problema - questo sì stringente - di dover assicurare una tutela efficiente al professionista *in concreto* debole<sup>58</sup>.

E se, proseguendo, l'argomento che fa leva sulla lettera dell'art. 33, comma 2 lett. o è davvero, come già evidenziato<sup>59</sup>, scarsamente persuasivo, di primo acchito non si può giudicare alla stessa stregua né il rilievo che insiste sull'omissione di un qualsiasi riferimento al giustificato motivo nell'art. 126-*sexies* t. un. bancario, ove la modifica unilaterale abbia ad oggetto un contratto quadro tra profes-

<sup>56</sup> Lo rileva, con articolata disamina, MACARIO, *L'efficacia delle clausole di modificazione del prezzo (Preis Anpassungsklauseln) nella recente giurisprudenza del Bundesgerichtshof*, cit. 338. V. poi, in una prospettiva contigua, BOCHICCHIO, *Le modifiche unilaterali nei contratti di durata: contributo allo studio dei limiti interni all'autonomia privata*, in *Dir. fall.*, 2002, 421 ss.

<sup>57</sup> V., per questa notazione, NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 416, 418 e p. 422; P. FERRO LUZZI, *Aberratio ictus* (Legislatore e Autorità Garante v. Banche e ABI), cit. 289 e PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 414 s.

<sup>58</sup> Cfr. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, Bologna, 2009, 16 ss.

<sup>59</sup> V. DIURNI, *sub art.* 1469-*bis*, 3 co., nn. 12 e 13, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 2003, 481 ss.

sionisti, né per la notazione insistente sul fatto che la «tutela della clientela ... professionale», ove supportata dal medio di una previa comunicazione personale, pare ricevere, con lo strumentario di una credibilità *ad libitum*, un assetto rimediabile ottimale<sup>60</sup>. Il che poi spiegherebbe per quale ragione, nel corpo dell'art. 70, comma 4 c. com. elettr., ove si tratti di abbonati professionali, la modifica delle condizioni contrattuali sia libera.

Se non fosse che, con una persuasività consimile, può esser facile simmetricamente opporre un inventario di fattispecie di tutt'altro segno: il bidirezionale divieto -stringente- di *ius variandi* nel rapporto di subfornitura, ov'anche le modifiche siano rimesse alla volontà di un terzo, integrato da un corrispondente diritto del subfornitore all'adeguamento del prezzo che scatta pure laddove, a causa di modifiche o varianti qualitative, seppure «non significative», ci sia stato un incremento dei costi (art. 3, comma 5 l. n. 192/1998); poi la predeterminazione di una causa modificativa nel disposto, seppur derogatorio, dell'art. 118, comma 2-*bis*; ancora, il regime equipollente, a quello dei consumatori, coniato per i professionisti che siano una micro impresa (art. 118, comma 1 e, in via interpretativa, ex art. 126-*sexies* t. un. bancario), coll'aggiunta infine del fatto che, per i clienti non civili (ma finali)<sup>61</sup> di un contratto di fornitura di energia elettrica e di gas naturale, il regime di trasparenza delle condizioni contrattuali non conosce in realtà eccezioni (artt. 22 e 35 d. lg. 93/2011)<sup>62</sup>. E, per l'autentica nota univoca di sorpresa che la contrassegna, difficilmente potrà risultare trasparente una nuda clausola di modifica unilaterale di un rapporto contrattuale pendente: pure fra dei professionisti. Senza contare che il consolidato argomento di una prevedibilità della modifica in quanto contenuta entro i parametri di mercato, dato che altrimenti il costo complessivo del servizio o del prodotto sarebbe anticoncorrenziale, non è incontrovertibile. Regge infatti finché, per la condizione di piena concorrenzialità del mercato, pressoché nullo è il rischio di una «determinazione assolutamente arbitraria del prezzo» (o di una tariffa)<sup>63</sup>: ma è evidente che non risolve il problema di un contratto più oneroso del previsto quando, a motivo di un assetto di mercato oligopolistico ovvero di pratiche collusive, in luogo di una modificabilità

riproduttiva del *Marktpreis*, si abbia una *variatio*, disancorata da un *wettbewerbsorientiert Anpassungsmechanism*, che soltanto cela dei sovrapprofitti, con un ingiusto sacrificio per la controparte. Da cui la constatazione che il legare la modificabilità alle oscillazioni di mercato semplifica il sindacato giudiziale di congruità sull'*an* ed il *quomodo* della *variatio*, ma non lo elimina. Specie allorché, in luogo di una preminente finalità di autoconsumo, il *ius variandi* è immerso nella ben distinta situazione di una «duratura integrazione in via ausiliaria fra imprenditori su scala industriale»<sup>64</sup>. Non a caso, nella trama dell'art. 3, comma 5 della legge sulla subfornitura<sup>65</sup>, anziché un *ius variandi ex lege* del commitente trova corpo una libertà alternativa del subfornitore di rifiutare (le modifiche qualitative) o di rinegoziare il prezzo.

Quindi un quadro che, solo stando al dettaglio normativo minuto, può dare la sensazione di un sistema a *lignes brisées*. Se infatti si somma ai casi di giustificato motivo testuale la considerazione logico-sistemica di una regola di correttezza quale limite di ragionevolezza per qualsiasi variazione rimessa alla potestà unilaterale del predisponente, l'immagine di un *ius variandi* diversamente accipite pare meno calzante. D'altronde, com'è stato fatto notare, la circostanza che, in talune fattispecie, un limite non sia stato «previsto in termini positivi dalla legge», significa ben poco, visto che lo si ricaverà, come in genere «tutti i limiti, dal contratto e dall'ordinamento»<sup>66</sup>.

L'art. 1321 c.c. (che riecheggia l'art. 1098 del Codice del 1865) ammette espressamente che il contratto possa avere la funzione di *regolare* un rapporto giuridico patrimoniale: accanto ai negozi costitutivi di un rapporto ed a quelli estintivi, pertanto, il nostro ordinamento accoglie anche i *negozi regolamentari*, categoria la cui estensione tende ad identificarsi con (ma non è esaurita da) quella del negozio modificativo.<sup>9</sup>

Quest'ultimo può essere definito come la manifestazione di volontà volta a modificare l'assetto di privati interessi posto da un precedente regolamento negoziale, apportandovi mutamenti tali da non incidere sulla fisionomia originaria del rapporto<sup>10</sup>, nel quale funzionalmente s'innesta e che interviene a regolare in relazione di complementarità con il negozio primitivo.

Trattasi, dunque, di una fattispecie regolamentare del rapporto, innovativa non per quanto concerne l'esistenza dello stesso, ma relativamente alla sua disciplina.<sup>11</sup>

Primo, banale, rilievo: in ossequio al principio consacrato dal 1° comma dell'art. 1372 c.c., la modificazione del rapporto può essere realizzata sola-

mente dai soggetti (da *tutti* i soggetti) che posero in essere il negozio modificando.<sup>12</sup>

Secondo il tradizionale *iter* analitico della struttura negoziale, rilevata l'identità soggettiva tra negozio originario e negozio di modifica, altro requisito di quest'ultimo sarebbe l'*animus modificandi*, cioè «quello stato d'animo che si ha quando, dopo essersi creato un negozio, si vuole, con un nuovo negozio, modificare gli effetti accessori del primo». In tal senso, l'*animus modificandi* rileverebbe quale indefettibile *discrimen* tra il negozio modificativo e le figure ad esso affini, in particolare il negozio di accertamento e la novazione.<sup>13</sup>

Se tale distinzione non implica complessità concettuali, la sua nettezza finisce però per essere compromessa in sede di individuazione pratica: sul punto, dunque, si è correttamente osservato come, per delinearla, debba essere svolta una *quaestio voluntatis (rectius, una questio facti)* che, in quanto tale, «si raccomanda assai più all'intelligente discrezione del pratico e del magistrato che all'analisi del teorico».<sup>14</sup>

Al riguardo, peraltro, pensiamo che sia indubbiamente preferibile sgombrare il campo da indagini che coinvolgono puramente lo stato psicologico dei contraenti e puntare, come vedremo appena *infra*,

1978, 792; O. BUCCISANO, *Novazione*, voce di *Enc. giur. Treccani*, 1990, 13; A. ZACCARIA, *Novazione*, voce del *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 280.

<sup>9</sup> «Regolamento» è un termine più ampio di «modificazione»: «[si] regola un rapporto non solo quando lo si modifica, ma anche quando lo si accerta, quando si pattuisce un rovesciamento dell'onere di provare i fatti che lo determinano, quando si elimina – o si rinuncia ad eliminare – la vicenda costitutiva del rapporto (ossia quando si annulla l'atto che ha costituito il rapporto). L'espressione «regolare», contenuta nell'art. 1321, apre la possibilità di far spaziare gli effetti del contratto in un settore molto ampio», R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco R., Torino, 2004, 11. Per E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 249, i negozi regolamentari si identificano con i c.d. negozi di secondo grado (sul punto si veda *infra* la nota n. 44), ovvero quelli diretti a «fissare, confermare, interpretare, risolvere, assorbire» negozi giuridici precedentemente conclusi tra i medesimi soggetti; in senso adesivo N. GASPERONI, *Collegamento e connessione di negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 377; e SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, 110. Tuttavia, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 261, per il quale la funzione regolatoria si identifica alternativamente nell'accertamento o nella modificazione del rapporto preesistente. Al contrario, identifica la categoria dei negozi regolamentari con quella dei negozi modificativi P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 32; nello stesso senso appaiono essere orientati E. REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale: Parte generale*, I, Padova, 1931, 13 ss.; e F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1963, 387 e ss.

<sup>10</sup> G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 848; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 362.

<sup>11</sup> P. Perlingeri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 116.

<sup>12</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 249; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 848; in questo senso, esplicitamente, anche Cass., 7 gennaio 1957, n. 17, in *Giust. civ.*, 1957, I, 847. Per quanto attiene alla formazione del contratto modificativo – non potendosi dubitare che l'art. 1326 c.c. (ma anche l'art. 1327 c.c.) si riferisca a tutti i contratti, siano essi costitutivi, modificativi od estintivi di obbligazioni – valgono le regole generali, per cui cfr. Cass., 4 maggio 1994, n. 4274, in *Foro it.*, 1995, I, 2963: «l'accordo destinato a modificare un contratto precedentemente concluso dalle parti si considera perfezionato solo quando risultino intervenuti l'incontro e la fusione di una proposta e di una accettazione perfettamente coincidenti nel contenuto, con riguardo tanto alla clausole essenziali quanto a quelle accessorie». Tuttavia, in dottrina si è talvolta sostenuto che il silenzio di una parte seguente la proposta di modifica fatta dall'altra, in determinate circostanze ed in deroga al regime generale, possa rivelarsi sufficiente per il perfezionamento dell'accordo, cfr. V. CARBONE, *Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso*, in *Corr. giur.*, 1993, 1181, ed i rilievi critici di A.M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 526.

<sup>13</sup> G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 848-849. L'A. parla testualmente non di negozio di accertamento ma di negozio c.d. rinnovativo, caratterizzato dalla «*voluntas renovandi*», consistente nell'intenzione «di riprodurre per intero un precedente negozio con uno nuovo, che, mentre da un lato assorbirebbe e sostituirebbe, annullandolo, il vecchio, da un altro lato conserverebbe in vita il rapporto giuridico già creato dal vecchio negozio, magari modificandolo o adattandolo a sopravvenute nuove esigenze delle parti».

<sup>14</sup> A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, cit., 110; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 209.

<sup>60</sup> E' questo il periodare di MIRONE, *Le fonti private del diritto bancario*, cit. p. 139.

<sup>61</sup> E tali sono quei clienti che acquistano gas naturale (o energia) per uso proprio: quindi anche commerciale.

<sup>62</sup> Nonché le lettere a, b e d dell'Allegato I all'art. 3 delle direttive nn. 2009/72 e 2009/73/CE.

<sup>63</sup> Discorre di un'ipotesi implausibile MACARIO, *L'efficacia delle clausole di modificazione del prezzo (Preis Anpassungsklauseln) nella recente giurisprudenza del Bundesgerichtshof*, cit. 338 (da cui la citazione).

<sup>64</sup> Così MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. cod. civ. Scialoja - Branca*, a cura di Galgano, Bologna – Roma, 2003, *sub art.* 6, p. 319.

<sup>65</sup> V. DE NOVA, *sub art.* 3, in *La subfornitura*, a cura di De Nova, Milano, 1998, 29.

<sup>66</sup> Cfr. COTTINO, *Il trasporto e la spedizione*, in *Contratti commerciali*, a cura di Cottino, vol. XVI del *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di Galgano, Padova, 1991, 800 e nt. 8.

la fedele riproduzione nel secondo negozio di parte del contenuto del primo<sup>6</sup>; b) un obiettivo modificativo, per mezzo della parte del secondo negozio incompatibile con il primo.<sup>7</sup>

La qualificazione del sostrato negoziale costituirà in concreto l'esito di una *quaestio facti*, volta ad accertare se l'intenzione dei contraenti sia compatibile o meno con la parziale conservazione del rapporto preesistente.

Pertanto, si può affermare che l'area di intersezione tra negozio modificativo e ripetizione (modificativa) del negozio si estenda tanto all'ipotesi in cui le parti, in relazione all'accordo originario, enuncino semplici elementi di identificazione o ne riproducano parzialmente il contenuto, di talché la disciplina del rapporto risulterà dalla combinazione delle due fonti negoziali, quanto all'ipotesi di ripetizione integrale con la contestuale eliminazione/modifica/sostituzione/addizione di una o più clausole, che abbia la duplice funzione di accertare una parte di contenuto del precedente negozio e di modificarne un'altra, senza che il secondo negozio sia espressione di un intento novativo dei contraenti.

### 3. L'analisi della figura del contratto modificativo.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Il negozio di accertamento persegue lo scopo di «imprimere certezza giuridica ad un preesistente rapporto» (Cass., 18 dicembre 1981, n. 6715, *Mass. Foro it.*, 1981, 2398; così anche Cass., 20 maggio 2004, n. 9651, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 5; Cass., 5 giugno 1997, in. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, 2456 ed in *Notariato*, 1998, 240) ed ha effetto retroattivo sui rapporti che regolamenta. Cfr., sul punto, la bibliografia citata *sub* nota n. 3.  
<sup>7</sup> «La dichiarazione riproduttiva [...] può essere fatta per chiarire il contenuto del precedente negozio ed eliminare eventuali incertezze (negozio di accertamento) [...] o per introdurre qualche modificazione accessoria o comunque parziale (negozio modificativo o regolamentare in senso stretto)», Cass., 30 marzo 1963, n. 799, in *Foro it.*, 1963, I, 1757.

<sup>8</sup> «A nessuno [...] verrebbe in mente di dubitare della ammissibilità di poteri delle parti di "modificare" – consensualmente – un rapporto contrattuale precedentemente costituito», P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 20, 18. L'effetto modificativo, assieme a quello costitutivo ed a quello estintivo, è ricondotto alla categoria della c.d. efficacia costitutiva, «dove l'aggettivo assume un significato generico e serve a designare un qualunque fenomeno innovativo» A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, voce di *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 490 ss. Siffatta efficacia modificativa, la quale «trasforma l'interesse originario e la relativa situazione giuridica in uno dei suoi elementi strutturali ovvero nel suo contenuto essenziale», non deve essere confusa con l'efficacia c.d. dichiarativa, in particolare con quella *specificativa* di determinati elementi di un rapporto sorto in modo non sufficientemente dettagliato (ad es., nel rapporto di mandato o di lavoro la prestazione del debitore può non essere interamente determinata al momento della costituzione del rapporto), cfr. sul punto anche P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, cit., 20. Tale ultimo tipo efficacia menzionato è

proprio degli ordini, delle istruzioni e di ogni altra dichiarazione il cui compito si esaurisca nello specificare il contenuto di una situazione giuridica senza toccarne struttura e contenuto: è evidente che siamo al di fuori della categoria dei negozi giuridici, rimanendo immutato l'interesse originario. L'efficacia costitutiva propria del negozio modificativo, invece, implica vere e proprie conseguenze trasformatrici della struttura e del contenuto di una determinata situazione giuridica. Siffatte conseguenze, peraltro, non discendono necessariamente ed esclusivamente da un contratto, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, Torino, 1955, 250-251. Tale infatti può essere l'effetto di una manifestazione unilaterale di volontà da parte di un contraente al quale lo *jus variandi* sia stato attribuito dal contratto originario o da una norma di legge (ad es. artt. 1661 e 1685 c.c.; art. 118 T.U.B.). Sul fondamento ed i limiti dello *jus variandi*, si rinvia al breve studio di P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, cit.; alla completa monografia di M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000; e agli ulteriori riferimenti bibliografici riportati da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 561; da ultimo, sul tema, cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008. Ma l'effetto modificativo può nondimeno conseguire dall'accettazione di un'offerta di rettifica *ex art.* 1432 c.c., ovvero di un'offerta di *reductio ad equitatem* del contratto rescindibile (art. 1450 c.c.) o di quello risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467<sup>3</sup> e 1468 c.c.). Sul tema si rinvia a E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, e F. PANUCCIO, *Riduzione ad equità*, voce del *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, 603. La vicenda modificativa è propria anche di tutte quelle ipotesi di rilevanza legislativa di sopravvenienze contrattuali (ad es. artt. 1623, 1635, 1664, 1897 c.c.) cui consegue il rimedio della revisione, sul quale si veda R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, voce di *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104 e ss., e la bibliografia ivi citata: «la revisione del rapporto costituisce l'universale denominatore di ogni processo di modificazione giuridica della prestazione causata da circostanze sopravvenute al contratto e necessario per conservare la corrispettività contrattuale e per garantire la compiuta attuazione del rapporto in alternativa alla sua risoluzione». È opportuno notare, altresì, che queste brevi note hanno ad oggetto il contratto modificativo a prescindere dal fatto che esso sia il frutto di negoziazioni liberamente intavolate e concluse tra le parti ovvero il risultato finale delle trattative iniziate dai contraenti in esecuzione dell'obbligazione di rinegoziazione sorta a loro carico in forza di una clausola di *hardship* inserita nel contratto originario; con la precisazione per cui, in quest'ultima ipotesi, il negozio modificativo rivestirà anche una funzione solutoria di una specifica obbligazione. Cfr. sul punto F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 372 ss. Infine, appare il caso di osservare che viene qui in considerazione il negozio modificativo dell'elemento oggettivo, dal momento che, per definizione, cade al di fuori del concetto di modificazione *stricto sensu* l'avvicendamento soggettivo nel rapporto, che in quanto tale incide sempre sulla sua fisionomia. Al riguardo, per quanto concerne la novazione soggettiva del lato passivo, l'art. 1235 c.c. rinvia alle norme sulla delegazione, l'espromissione e l'accollo (prevedendo, dunque, più che un fenomeno novativo, dei meccanismi di assunzione liberatoria di obbligazioni altrui), mentre alla novazione soggettiva attiva il Legislatore del 1942 non riserva menzione, preordinando a tal fine lo strumento della cessione del credito. Sul dibattito dottrinario sviluppatosi a proposito dell'ammissibilità, al di fuori di questi istituti, di autonome figure di novazione soggettiva passiva ed attiva, cfr. A. MAGAZZÙ, *Novazione*, voce di *Enc. dir.*, XXVIII, Milano,

# IL CONSENSO AI TRATTAMENTI SANITARI DELLE PERSONE INCAPACI\*

Di Sivia Brandani  
Prof.ssa aggregata di Diritto Privato  
e di Gianluce Navone  
Prof. aggregato di Diritto Civile

**SOMMARIO:** 1. *Potestà genitoriale e consenso ai trattamenti sanitari sui minori.* – 2. *Segue. Dissacordo tra i genitori esercenti la potestà e tra costoro ed il medico.* – 3. *Segue. Consenso al trattamento sanitario prestato dal minore capace di discernimento.* – 4. *Segue. Ruolo del minore incapace di discernimento nelle decisioni prese dai rappresentanti legali sui trattamenti sanitari che lo riguardano.* – 5. *Il nuovo sistema di protezione della persona adulta priva in tutto o in parte di autonomia: il ruolo centrale dell'amministrazione di sostegno* – 6. *Segue. I poteri dell'amministratore di sostegno riguardo alla cura della persona beneficiaria.* – 7. *Il consenso al trattamento sanitario dell'interdetto* – 8. *Il consenso al trattamento sanitario dell'incapace di intendere o di volere.*

## 1. Potestà genitoriale e consenso ai trattamenti sanitari sui minori.

Il minore di età è un soggetto incapace di agire ai sensi dell'art. 2, 1° comma, cod. civ.

Pertanto egli è sottoposto alla potestà dei genitori fino al compimento della maggiore età (art. 316, 1° comma, cod. civ.) fissata al raggiungimento del diciottesimo anno (art. 2, 1° comma, cod. civ.); i genitori curano la sua persona e lo rappresentano nel compimento di tutti gli atti civili, amministrando i suoi beni (art. 320, 1° comma, cod. civ.).

In materia di trattamenti sanitari il consenso informato deve dunque essere dato dai genitori eser-

centi la potestà, rientrando detto consenso nella nozione di "atto civile" contemplata dall'art. 320 cod. civ.

Ai sensi di tale disposizione normativa gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti disgiuntamente dai genitori mentre quelli di straordinaria richiedono il consenso di entrambi. Si ritiene che tale distinzione, sebbene riferita dal legislatore agli atti patrimoniali, possa essere estesa anche a quelli di natura personale<sup>1</sup>: volendo semplificare

\* Sebbene l'impostazione della ricerca sia il frutto della collaborazione tra gli autori, i paragrafi 1, 2, 3, 4, 7 e 8 sono da attribuire a Sivia Brandani, i paragrafi 5 e 6 a Gianluce Navone.

può dirsi che sono di ordinaria amministrazione le decisioni riguardanti i trattamenti sanitari per malanni di stagione o per quei problemi di salute che rientrano nella normalità della vita di una persona sana. Le decisioni che si collocano al di fuori di tali limiti devono considerarsi di straordinaria amministrazione ed oggetto di consenso congiunto dei genitori<sup>2</sup>.

Stando al sistema delineato dal codice civile, dunque, l'infradiciotenne sembrerebbe escluso da qualsiasi forma di partecipazione alla propria vita in ambito giuridico, non solo patrimoniale ma anche personale, ed in particolare riguardante la sua salute, a prescindere dall'età e dal grado di maturità dello stesso.

Una tale rigidità andrebbe però a discapito del minore capace di discernimento, il c.d. grande minore<sup>3</sup>, in contrasto, tra l'altro, con la Carta costituzionale che agli artt. 2 e 3 tutela la dignità umana e la personalità del singolo senza differenze di età ed all'art. 32 qualifica la salute come diritto fondamentale dell'individuo<sup>4</sup>.

Proprio la valorizzazione a livello costituzionale dei diritti inviolabili dell'individuo ha consentito nel tempo di riconoscere al minore capace di discernimento sempre maggiori ambiti di autonomia per quanto concerne le decisioni riguardanti la sua salute, in linea con una tendenza che si è imposta anche a livello internazionale<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sul superamento della tesi che riteneva riferibile la distinzione tra ordinaria amministrazione e straordinaria amministrazione ai soli atti patrimoniali, v. G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, II, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1079 e ss.

<sup>2</sup> Così L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*, *Tratt. biodiritto*, diretto da S. RODOTA' e P. ZATTI, II, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 417 e ss., in part. 429 - 430.

<sup>3</sup> La capacità di discernimento del minore di età non è definita normativamente. L'età costituisce senz'altro uno dei criteri, forse il più importante, per accertare la concreta capacità decisionale, ma è ovvio che detta verifica deve essere condotta tenendo conto di ogni altra circostanza, ivi comprese la personalità del minore, le caratteristiche dell'ambiente familiare e dell'ambiente sociale in cui egli vive. Così M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, Cedam, 2007, pp. 303 - 304.

<sup>4</sup> G. LA FORGIA, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico - chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero - determinazione*, in *Fam. dir.*, 2004, pp. 407 ss., in part. 410, evidenzia l'uguaglianza sostanziale tra il minore maturo e l'adulto, in quanto entrambi titolari di diritti inviolabili ex art. 2 Cost., ed in proposito richiama l'art. 3, comma 2, Cost., che pone come obiettivo dello stato la rimozione di ciò che, limitando la libertà e l'uguaglianza, impedisce il pieno sviluppo della persona.

<sup>5</sup> La *Convenzione dell'ONU sui diritti del minore* (New York, 20 novembre 1989, ratificata con l. n. 1776/2001) stabilisce all'art. 12 che il minore ha diritto di essere ascoltato e di vedere prese in considerazione le sue opinioni, in proporzione al suo grado di maturità; la *Convenzione europea sui diritti dell'uomo* e

Infatti, sebbene la disciplina contenuta nel citato art. 320, 1° comma, cod. civ. valga anche per il "grande minore", nel senso che il consenso al trattamento sanitario deve essere dato comunque dai genitori<sup>6</sup>, sono però sempre maggiori gli spazi riservati al suo personale intervento.

Non solo perché normativamente sono previste delle eccezioni, e cioè dei casi in cui è rimessa al minore la decisione sulla prestazione medica, ma soprattutto perché, anche quando la regola generale trova applicazione, è radicata la convinzione che egli debba personalmente partecipare alle decisioni dei genitori.

Ebbene, nelle pagine che seguono si affronteranno le questioni più rilevanti e delicate in tema di consenso informato al trattamento sanitario del minore, articolando la trattazione nella disamina delle seguenti questioni: a) la disciplina applicabile nel caso di contrasto tra genitori sul trattamento sanitario del figlio minore privo di capacità di discernimento; b) le fattispecie normative che attribuiscono al "grande minore" la capacità decisionale sul trattamento sanitario; c) il ruolo del "grande minore" nelle decisioni dei genitori sui trattamenti sanitari che lo riguardano.

## 2. Segue. Disaccordo tra i genitori esercenti la potestà e tra costoro ed il medico.

Nel caso in cui la decisione sul trattamento sanitario al quale sottoporre il figlio rientri tra gli atti di straordinaria amministrazione, è possibile che i genitori siano in disaccordo sulle soluzioni da adottare.

In tal caso, sempre che non vi siano particolari ragioni di urgenza, ciascun genitore può ricorrere al

*la biomedicina* (c.d. *Convenzione di Oviedo* del 4 aprile 1997), peraltro non formalmente in vigore in Italia, stabilisce all'art. 6, 2° comma la necessità di coinvolgere il minore capace di discernimento nel processo decisionale che porta alla manifestazione del consenso da parte del genitore, come pure la necessità di informarlo e di ascoltare la sua opinione. La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* stabilisce all'art. 84 che i bambini possono esprimere liberamente la propria opinione: questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

<sup>6</sup> Nonostante i maggiori spazi di autonomia riconosciuti al minore sembra infatti pacifico che, al di là delle eccezioni normativamente previste, il minore capace di discernimento non possa manifestare validamente il consenso al trattamento sanitario senza l'accordo dei genitori. Così G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico - paziente*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 153 ss. La necessità del consenso dei legali rappresentanti è ribadita dall'art. 37, 1° comma, del Codice di deontologia medica del 2006.

spunto per spendere alcune considerazioni in tema di negozio modificativo ad effetti non novativi, tema che non è mai stato specificamente oggetto di trattazione organica da parte della dottrina italiana ma che, talvolta, è stato affrontato *ex professo* nell'ambito di più ampi studi.<sup>2</sup>

In via preliminare, peraltro, occorre fugacemente rilevare come il caso in questione presenti una non inconsueta intersecazione tra la delicata questione concernente la distinzione fra modificazioni contrattuali novative e non novative e la tormentata materia della ripetizione del negozio.<sup>3</sup>

2010, n. 15980, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1012), così come esclude la novazione «la semplice regolazione pattizia delle modalità di svolgimento della preesistente prestazione» (Cass., 16 giugno 2005, n. 12962, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6), essendo necessario a determinare l'effetto novativo «un mutamento sostanziale dell'obbligazione» (Cass., 12 settembre 2000, n. 12039, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1924). Cfr., al riguardo, anche la giurisprudenza citata *infra* alla nota n. 40.

<sup>2</sup> Un principio di indagine è costituito dai preziosi quanto risalenti apporti di G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, I, 847 e G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, 341; mentre un utile punto di riferimento ai fini dello svolgimento di un'indagine sul tema è rappresentato da tutti gli studi in materia di novazione e, in particolare, dagli approfondimenti dedicati al contratto modificativo da A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, 179 ss. e F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 361 ss. Come osserva G. GORLA, *Quid dei pacta adiecta ex intervallo. Spunti per una ricerca comparatistica*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 262, il negozio modificativo corrisponde in parte ai «patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento» di cui all'art. 2723 c.c., i quali corrispondono grossomodo ai *pacta adiecta ex intervallo* dei testi giustinianeï (D. 2, 14, 7, §§ 5-6), argomento il cui interesse è stato compiutamente sollevato, appunto, soltanto per quanto concerne l'aspetto della prova.

<sup>3</sup> Per ripetizione del negozio si intende «la formazione, ad opera delle parti, di una dichiarazione negoziale, di una seconda dichiarazione, uguale, in tutto o in parte, alla prima», M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, voce di *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991. Si intuisce come «[la] difformità fra il primo ed il secondo negozio [sia] tra i profili più studiati e consueti alla teoria della ripetizione. Difformità che è anche espressa come prevalenza dell'uno sull'altro», N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1968. Il dibattito dottrinario su tale figura, come testimoniato dalla relativa produzione bibliografica, si infervora nella prima metà del secolo scorso per poi appiattirsi, nella seconda metà, sulle prospettive proposte dagli studi più autorevoli. Se è stata la dottrina tedesca a preparare il terreno ai giuristi italiani - cfr. H. DEGENKOLB, *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, in *acp*, 1887, 157; G. MEYER, *Vertragsvollziehung und Vertragsreproduktion*, in *acp*, 1897, 1; J. SIEGEL, *Die Privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, in *acp*, 1941, 1 - la parte più accreditata dei rappresentanti la nostra scienza civilistica si è cimentata nella questione; per ripercorrere l'iter dello studio di tale figura negoziale si segnalano come fondamentali, ma senza alcuna pretesa di completezza, i contributi di T. CLAPS, *L'indole giuridica del cosiddetto contratto riproduttivo*, in *Giur. it.*, 1898, I, 2, 449; L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv.*

Senza indugiare oltremisura su questo secondo aspetto, si può quietamente osservare che, una volta conferita, come vedremo, la piena cittadinanza nel nostro ordinamento alla figura del negozio di modifica del regolamento posto da un precedente negozio, non vi sono motivi per escludere che il risultato trasformativo del rapporto si realizzi per mezzo di una ripetizione totale o parziale dell'accordo originario.<sup>4</sup>

È evidente, innanzitutto, che il contratto modificativo si concilia, per lo più, con una ripetizione parziale del primo negozio o, meglio, con una semplice allusione ai suoi elementi identificativi: se le parti infatti riproducono per intero il precedente negozio aggiungendovi od eliminandone qualche clausola, sarà difficile, generalmente, sostenere che esse non abbiano inteso porre nel nulla il primo negozio e sostituirlo con il secondo. Nella maggior parte dei casi di tal specie, dunque, apparirà più corretto ascrivere al secondo negozio una funzione estintivo-costitutiva (*id est*, novativa) piuttosto che la funzione trasformativa propria del contratto modificativo.<sup>5</sup>

Niente esclude, tuttavia - come nel caso in commento -, che le parti abbiano inteso perseguire allo stesso tempo: a) uno scopo accertativo, tramite

*dir. comm.*, 1919, I, 414; A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181; G. SEGRÈ, *Riconoscimento, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, in *Scritti giuridici*, Cortona, 1930, 638; G. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 132; S. PUGLIATTI, *Logica del diritto e dato positivo*, in *Arch. giur.*, 1935, 166; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Ann. Mess.*, VII, 1934-1935, 311, nonché in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, I, 398; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla rinnovazione del negozio giuridico*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, 447; N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit.; E. VALSECCHI, *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 181; F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, I; A. FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*, voce di *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205; M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, voce di *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 227; C. GRANELLI, *Riproduzione e innovazione del contratto*, Milano, 1988; Id., *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, voce di *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1048; M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, cit.; C. RIMINI, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, Milano, 1993.

<sup>4</sup> Cfr. in tal senso M. CASELLA, *Ripetizione del negozio*, cit., 3.

<sup>5</sup> G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., 853, parla, per il caso in cui un secondo negozio riproduca per intero il primo, di «estinzione per inutilità» del negozio originario; cfr., sul punto, anche le osservazioni di P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, IV, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1975, 96 ss.



data in precedenza; 4) anche a prescindere dalla considerazione che si trattava di un unico contratto risalente al 1975, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il consenso non può consistere in una semplice tolleranza, ma deve concretarsi in una chiara ed inequivoca manifestazione di volontà, volta ad approvare le eseguite innovazioni: manifestazione di volontà non ravvisabile nel caso di specie.

Sulla base di tali premesse la Corte territoriale precisava che nel caso di specie “la volontà delle parti, invero, era quella di rinnovare il contratto di locazione, non già quella di sanare pregresse situazioni che, in ogni caso, avrebbero potuto essere considerate alla fine del rapporto”.

Si tratta di un accertamento di merito, logicamente motivato, che sfugge pertanto a qualsiasi violazione di norme di legge e di vizi di motivazione.

Le sole variazioni di misura del canone e la modificazione del termine di scadenza non sono di per sé indice della novazione di un rapporto di locazione, trattandosi di modificazioni accessorie della correlativa obbligazione o di modalità non rilevanti ai fini della configurabilità della novazione.

La novazione oggettiva del rapporto obbligatorio postula, infatti, il mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, ex art. 1230 c.c., mentre non è ricollegabile alle mere modificazioni accessorie, ai sensi dell'art. 1231 c.c..

Essa, inoltre, deve essere connotata non solo dall'“*aliquid novi*”, ma anche dagli elementi dell'“*animus novandi*” (inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo) e della “*causa novandi*” (intesa come interesse comune delle parti all'effetto novativo) e l'accertamento che su tali tre elementi (volontà, causa ed oggetto del negozio) compia il giudice di merito è incensurabile in cassazione se adeguatamente motivato (Cass. 6680 del 1998, cfr. Cass. 6380 del 2001, 13294 del 2005, 15347 del 2006, 12946 del 2007). – *Omissis*.

Conclusivamente il ricorso deve essere rigettato, con la condanna della società ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate come in dispositivo.

## P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso.

## IL COMMENTO

### 1. Il caso.

I litiganti avevano concluso nel 1975 un contratto di locazione di un capannone industriale il quale poneva a carico del conduttore il divieto di eseguirvi opere senza il consenso del locatore. Questi, dunque, citava in giudizio il primo per sentirlo dichiarare inadempiente e condannato alla riduzione in pristino degli svariati interventi effettuati nel corso del

rapporto ed al risarcimento del danno, vedendo accolte le proprie domande in entrambi i gradi di merito. Il conduttore proponeva ricorso per Cassazione sostenendo fondamentalmente che il rapporto era stato novato da una scrittura privata del 1987, la quale non riproduceva la clausola concernente il divieto di esecuzione di opere sull'immobile locato senza il consenso del locatore e che invece precisava che l'immobile veniva “locato nello stato di fatto in cui si trova”. Per il ricorrente, numerosi elementi – tra i quali, *in primis*, la variazione della misura del canone – dovevano portare alla conclusione che il nuovo contratto intendeva estinguere il rapporto sorto nel 1975 e determinava la costituzione di un nuovo regolamento tra le parti. I Giudici di legittimità respingono la predetta argomentazione e confermano l'inquadramento della questione effettuato dalla Corte d'Appello, sintetizzabile, nei suoi tratti essenziali, come di seguito: a) la stipulazione del secondo contratto non importava il consenso del locatore all'esecuzione delle opere sull'immobile locato ed era esclusa, pertanto, qualsivoglia “sanatoria” delle medesime; b) alla scrittura del 1987 deve attribuirsi la natura di contratto modificativo non novativo del rapporto, in quanto non implicante un mutamento dell'oggetto o del titolo di quest'ultimo, ma contenente solo modificazioni accessorie ai sensi dell'art. 1231 c.c.

### 2. Ripetizione del negozio e modificazioni del regolamento.

La pronuncia in commento – la quale si pone in relazione di continuità con un orientamento giurisprudenziale assolutamente uniforme<sup>1</sup> – offre lo

<sup>1</sup> Il *dictum* in oggetto, infatti, si ripropone nei termini esposti con frequenza costante in materia di variazione della misura del canone o del termine di scadenza del contratto di locazione: cfr. Cass., 26 febbraio 2009, n. 4670, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 323; Cass., 21 maggio 2007, n. 11672, *ivi*, 2007, 994; Cass., 4 maggio 2005, n. 9280, *ivi*, 2005, 1027; Cass., 17 agosto 2004, n. 16038, in *Giur. It.*, Rep. 2004, voce “Obbligazioni e contratti”, n. 649; Cass., 9 aprile 2003, n. 5576, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 777; Cass., 19 novembre 1999, n. 12838, in *Arch. Locaz.*, 2000, 249; Cass., 9 luglio 1998, n. 6680, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 675. Cfr. anche la giurisprudenza citata da P. CENDON, *Commentario al codice civile, artt. 1173-1320*, Milano, 2009, 1291 ss. L'A., peraltro, esprime perplessità sul fatto che la variazione del prezzo di locazione (ma *idem* per quanto concerne la variazione del prezzo nella vendita) venga considerata un elemento accessorio del relativo contratto, posto che il canone costituisce il corrispettivo della concessione in godimento del bene locato, *id est* l'oggetto del contratto, del quale rappresenta per definizione elemento essenziale. In termini generali la giurisprudenza di legittimità è comunque concorde nel ritenere che «la modificazione quantitativa di una precedente obbligazione ed il differimento della scadenza per il suo adempimento non costituisce una novazione» (così, da ultimo, Cass., 6 luglio

tribunale per i minorenni purché si tratti di una questione “di particolare importanza”<sup>7</sup>.

Il tribunale, ascoltati tutti gli interessati, ivi compreso il minore capace di discernimento<sup>8</sup>, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio. Se il contrasto permane, attribuisce ad uno dei genitori che meglio gli pare poter curare gli interessi del figlio, il potere di decidere (cfr. art. 316, commi 3° e 5°, cod. civ.)

L'art. 316, 4° comma, cod. civ. prevede inoltre che se non è possibile rivolgersi al tribunale per i minorenni e sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il minore, la decisione spetta al padre<sup>9</sup>.

Al di fuori di questi casi, il genitore che dia il consenso unilateralmente commette un atto abusivo, cosicché l'altro potrebbe richiedere un provvedimento che limiti nei suoi confronti l'esercizio della potestà (art. 333 cod. civ.).

Occorre chiedersi se, allorché il genitore abbia commesso un siffatto abuso, ciò si rifletta sulla attività compiuta dal medico, rendendola illecita.

Al riguardo è bene anzitutto chiarire che un tale problema non si pone nel caso in cui il medico si trovi ad operare in una situazione di emergenza dinanzi alla quale egli ha il dovere di agire, anche senza il consenso dei genitori, ricorrendo il c.d. stato di necessità che legittima, sia sul piano civile (art. 2045 cod. civ.) che su quello penale (art. 54 cod. pen.), la condotta del medico<sup>10</sup>.

Al di fuori di tale ipotesi si ritiene che la prestazione medica possa essere considerata lecita tutte le volte in cui, per le circostanze del caso concreto, il genitore che ha dato il consenso sia legittimamente apparso al personale sanitario come rappresentante dell'altro, non ricorrendo elementi di segno contrario, tali da sconfiggere detta situazione di apparenza<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> La legge non indica invece modalità di risoluzione del conflitto per l'ipotesi in cui le questioni non rivestano particolare importanza. In tali casi si resta “nel limbo dell'indifferente giuridico”, come evidenziato da P. VERCELLONE, *Principio di parità tra coniugi e potestà dei genitori*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, *cit.*, pp. 1059 e ss.

<sup>8</sup> La norma parla di minore maggiore degli anni 14, ma si ritiene superata dall'art. 12 della Convenzione dell'ONU sui diritti del minore.

<sup>9</sup> Si tratta di un residuo della tradizionale prevalenza del padre, di dubbia legittimità costituzionale, così L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina, cit.*, p. 432 nota 39.

<sup>10</sup> Anche l'erronea convinzione di operare in presenza di uno stato di necessità è sufficiente ad esonerare il medico da responsabilità per avere operato in difetto di consenso informato, purché l'errore non sia ascrivibile a colpa. Così Cass., 21 febbraio 2007, n. 4122, in *Foro it.*, 2007, I, cc. 1711 e ss.

<sup>11</sup> L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni, cit.*, pp. 436 - 437.

Allorché, invece, il contrasto tra i genitori sia palese, il medico che esegua la prestazione sanitaria con il solo consenso di uno di essi, commette senz'altro un illecito.

In tali casi, così come di fronte al rifiuto opposto da entrambi i genitori, se il sanitario ritiene che vi sia il rischio di un pregiudizio per il figlio ha il dovere deontologico di farne segnalazione al pubblico ministero presso il tribunale per i minorenni (artt. 32 e 37 codice di deontologia medica del 2006) affinché valuti l'opportunità di chiedere al medesimo tribunale i provvedimenti limitativi della potestà previsti dall'art. 333 cod. civ.

Nella maggior parte dei casi i provvedimenti in questione sono intesi soltanto a limitare la potestà dei genitori. In generale consistono in un ordine dato dal giudice al genitore di astenersi da un certo comportamento e cioè di non rifiutare il consenso al trattamento sanitario. Se il rifiuto del genitore persiste, il giudice può sospenderlo temporaneamente dalla potestà, consentendo all'altro di dare legittimamente il consenso, oppure, allorché il rifiuto provenga da entrambi i genitori, può nominare un tutore provvisorio con il compito di prestare il consenso opportuno per il minore.

La casistica giurisprudenziale conosce un numero significativo di precedenti relativamente alle vaccinazioni obbligatorie rifiutate dai genitori.

I giudici<sup>12</sup>, ricorrendo all'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 333 cod. civ., hanno frequentemente disposto l'esecuzione coattiva della vaccinazione nonostante l'opposizione dei legali rappresentanti<sup>13</sup>.

### 3. Segue. Consenso al trattamento sanitario prestato dal minore capace di discernimento

Come già anticipato, vi sono dei casi in cui il consenso informato è prestato direttamente dal minore.

L'art. 2, ultimo comma, l. n. 194/1978 “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*”, prevede che le ragazze minorenni possano rivolgersi personalmente ai consultori familiari per ottenere la

<sup>12</sup> V., a titolo esemplificativo, Corte app. Torino, 3 ottobre 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 571; Trib. min. Venezia, 10 maggio 1994, in *Dir. fam.*, 1995, p. 217.

<sup>13</sup> Un altro settore in cui i genitori si sono opposti alla prestazione sanitaria è quello dei trattamenti oncologici all'epoca della c.d. multiterapia Di Bella. Gli unici precedenti che constano riguardano però casi in cui il minore malato era capace di discernimento. Ne parleremo pertanto nel successivo paragrafo 4.

prescrizione di farmaci contraccettivi che necessitano di controllo medico.

Quanto alla interruzione della gravidanza, se è vero che l'art. 12 prevede che il consenso della donna minorenni debba essere integrato da quello dei genitori esercenti la potestà, è altrettanto vero che, nel caso di loro rifiuto, è prevista una autorizzazione del giudice delegato che non ha la finalità di sostituire la volontà dell'interessata, ma di verificare la sussistenza delle condizioni di maturità nella scelta che ella opera<sup>14</sup>.

Relativamente alla interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, si applicano alla donna minorenni le stesse procedure previste per quella maggiorenne, indipendentemente dall'assenso dei genitori esercenti la potestà (art. 12, ultimo comma).

La partoriente di minore età può inoltre donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale nonché la placenta ed il sangue da cordone ombelicale, previo consenso informato dato al momento del parto (art. 3, commi 2° e 3°, l. n. 219/2005)

L'art. 95 della legge n. 685/1975 "Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza", come sostituito dall'art. 29, 1° comma, l. n. 162/1990, prevede che i minorenni possano accedere autonomamente alle strutture per la cura della tossicodipendenza, con una tutela assoluta della loro riservatezza anche nei confronti dei genitori<sup>15</sup>.

Alla luce di tale disposizione normativa si ritiene che il 4° comma dell'art. 5 l. n. 135/1990 "Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS", secondo il quale i risultati degli accertamenti diagnostici per l'infezione del virus HIV devono essere resi noti soltanto all'interessato, debba essere inteso nel senso che qualora la richiesta dei suddetti accertamenti sia stata avanzata personalmente dal minore, tali risultati debbano essere resi noti soltanto a lui<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Secondo Cort. cost., ord. 24 giugno 1993, n., 293, in *Dir. fam. pers.*, 1993, pp. 957, il giudice tutelare può negare l'autorizzazione solo qualora ritenga che la minore non abbia effettiva consapevolezza nella valutazione dei beni in gioco; nello stesso senso si veda anche Trib. Catania, 7 novembre 2002, in *Giur. mer.*, 2002, pp. 1674 e ss., con nota di PICCALUGA, *Aborto della minore e limiti di intervento del giudice tutelare*.

<sup>15</sup> Ha un identico contenuto l'art. 120 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza".

<sup>16</sup> Così P. VERCELLONE, *Il Corpo del minorenni: i trattamenti sanitari*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, cit., pp. 992 ss.

#### 4. Segue. Ruolo del minore capace di discernimento nelle decisioni prese dai rappresentanti legali sui trattamenti sanitari che lo riguardano.

Al di là dei sopra citati casi in cui il consenso è direttamente prestato dal minore età, ci si chiede se ed in quale misura il minore capace di discernimento possa avere un ruolo nelle decisioni dei rappresentanti legali concernenti i trattamenti sanitari che lo riguardano.

A livello normativo esistono delle fonti che espressamente prevedono un suo coinvolgimento; significativo al riguardo è il dlgs. n. 211/2003 "Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico" che all'art. 4 stabilisce che il consenso alla sperimentazione terapeutica spettante ai genitori debba comunque rispecchiare la volontà del minore e che quest'ultimo debba ricevere una adeguata informazione. Non solo. Lo sperimentatore ha il dovere di tenere in considerazione la volontà esplicita del minore di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento allorché il minore sia capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni ricevute.

Se si prescinde da dette fattispecie normative in cui sono espressamente concessi al minore spazi di autodeterminazione, la questione si presenta però particolarmente complessa rimessa com'è alle opinioni dottrinali ed alle applicazioni giurisprudenziali.

Anzitutto può dirsi che il minore capace di discernimento ha senz'altro il diritto di essere informato relativamente al trattamento sanitario al quale si intende sottoporlo nonché ai *pro* ed ai *contro* dello stesso.

Ma pare altresì pienamente condivisibile quella diffusa opinione dottrinale secondo la quale il minore non deve essere solo informato ma anche ascoltato<sup>17</sup>, come del resto previsto dal Codice di deontologia medica del 2006 e dal Codice deontologico dell'infermiere del 2009<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> L. NANNIPIERI, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà e autodeterminazione*, in *Minorigiustizia*, 2009, 2, 149 e ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico - paziente*, cit., 2008, pp. 148 ss.; F. GIARDINA, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl. al n. 3, pp. 95 ss.

<sup>18</sup> L'art. 38, 2° comma del Codice di deontologia medica prevede che "Il medico, compatibilmente con l'età e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà"; l'art. 31 del Codice deontologico dell'infermiere che questi "si adopera affinché sia presa in considerazione l'opinione del minore rispetto alle scel-

I vari contratti che si erano susseguiti nel corso degli anni tra la C. S. e la S. dovevano essere considerati come un unico contratto, rinnovatosi nel corso degli anni.

La modificazione di alcuni elementi accessori, come la durata o la scadenza della locazione e la misura del canone, non configuravano la novazione della obbligazione originaria (ex art. 1231 c.c.), mancando qualsiasi elemento da quale poter desumere, in modo inequivoco, la volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione e di sostituirla con una nuova.

In questo - unico - contratto era presente la clausola che richiedeva il consenso del locatore per le opere che il conduttore intendesse eseguire nell'immobile locato.

Del tutto irrilevante era dunque la circostanza che l'immobile, nel contratto del 1987, fosse stato locato nello stato di fatto in cui si trovava e l'accertamento dell'epoca dei commessi abusi.

In ogni caso, poiché era espressamente richiesto il consenso scritto del locatore, tale consenso non era ravvisabile nella richiesta di condono né nella stipula del contratto del 1987.

Il rilevante numero e la portata delle opere più volte eseguite dalla conduttrice, sempre senza il consenso della locatrice, inducevano i giudici di appello a ritenere grave l'inadempimento della C. S., con le conseguenze di cui all'art. 1590 c.c.

Avverso tale decisione la C. S. ha proposto ricorso per Cassazione, sorretto da due distinti motivi.

Resiste la S. S.r.l. con controricorso.

#### Motivi della decisione.

Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione degli artt. 1362, 1363 e 1366 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, violazione e falsa applicazione degli artt. 1230 e 1231 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

La Corte territoriale aveva ritenuto che l'ultimo contratto intervenuto tra le parti costituisse rinnovazione di un unico rapporto locatizio, iniziato nel 1975 ed ha considerato, pertanto, irrilevante l'epoca nella quale erano stati effettuati gli interventi sull'immobile, espressamente vietati al conduttore senza il consenso della locatore (ritenendo pertanto irrilevante la circostanza che nell'ultimo contratto figurasse la clausola dalla quale risultava che l'immobile fosse "locato nello stato di fatto in cui si trova").

In tal modo, i giudici di appello avevano violato le regole ermeneutiche dettate dagli articoli richiamati, incorrendo nella falsa applicazione delle norme relative alla novazione.

Il senso letterale delle parole contenute nel contratto del 1987 non consentiva di giungere a conclusioni diverse da quelle indicate dalla ricorrente.

Numerosi elementi (quali la misura del canone) dovevano portare alla conclusione che il nuovo contratto non conteneva solo una diversa misura del canone ma intendeva "azzerare" il contratto pregresso, portando ad una diversa regolazione del rapporto. Tra l'altro, sottolineava la ricorrente, le parti non avrebbero avuto bisogno di pattuire una durata ulteriore del contratto, considerato

che quello immediatamente precedente (1981) si sarebbe rinnovato automaticamente in mancanza di disdetta.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 115 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5.

La prova testimoniale, già formulata in primo grado e reiterata nel giudizio di appello, diretta ad accertare l'epoca degli interventi effettuati dalla conduttrice sull'immobile, era necessaria al fine di escludere l'inadempimento grave lamentato dalla società locatrice.

La prova per testi tendeva ad accertare che nessun intervento era stato eseguito dopo la stipulazione del nuovo contratto del 1987. I testi indicati, tutti dipendenti della società C. S. fino dal 1975, erano perfettamente a conoscenza dei singoli interventi edili realizzati nell'immobile locato e dell'epoca di realizzazione degli stessi.

I giudici di appello, sull'erroneo presupposto della irrilevanza dell'epoca di realizzazione dei lavori, avevano rigettato la richiesta di ammissione di tale prova, senza alcuna motivazione, in tal modo impedendo alla attuale ricorrente la possibilità di provare la verità dei fatti dedotti.

Osserva il Collegio: i due motivi, da esaminare congiuntamente in quanto connessi tra di loro, non sono fondati.

La Corte territoriale ha accolto l'appello incidentale della S. (avverso la sentenza di primo grado che aveva ritenuto che le opere concretanti il grave inadempimento fossero state effettuate esclusivamente nella vigenza dell'ultimo del contratto del 1987) sottolineando che le numerose opere abusivamente eseguite dalla C. S. durante l'intero arco dell'unico rapporto di locazione dovevano considerarsi rilevanti ai fini dell'inadempimento della conduttrice, in considerazione del loro numero e della loro importanza, e del fatto che la esecuzione di ogni modifica dell'immobile, secondo l'originario contratto (ma anche in quelli successivi) era consentita solo previo consenso scritto della locatrice.

La valutazione circa la gravità dell'inadempimento della società conduttrice non è stata sottoposta a censure da parte della ricorrente.

La decisione cui sono pervenuti i giudici di appello è in tutto conforme ai principi espressi dalla giurisprudenza di questa Corte... - *Omissis*.

In particolare, i giudici di appello hanno rilevato che: 1) il contratto di locazione vietava espressamente ogni modifica dell'immobile locato senza il consenso del locatore: non vi era alcuna prova dalla quale desumere la esistenza del consenso della locatrice al compimento delle opere eseguite dalla conduttrice; 2) in particolare, non era possibile ravvisare una prova di questo genere nella richiesta di condono presentata dalla locatrice né nella stipula del contratto del 1987 (anche nella ipotesi in cui si volesse riconoscere a questo la natura di nuovo contratto); 3) non poteva neppure condividersi la tesi della conduttrice secondo la quale, essendo state alcune opere effettuate prima della stipula del contratto del 1987 ed essendo stato, in questo ultimo contratto, locato l'immobile "nello stato di fatto in cui si trovava" la locatrice avrebbe approvato l'abuso e ratificato la autorizzazione tacita già

# NOTE IN TEMA DI NEGOZIO MODIFICATIVO

di Niccolò Stefanelli

Dottorando in Diritto privato

| 220

**SOMMARIO:** 1. Il caso. – 2. Ripetizione del negozio e modificazioni del regolamento. – 3. L'analisi della figura del contratto modificativo. – 4. Il rapporto tra art. 1230 e art. 1231 c.c. – 5. Il collegamento tra contratto originario e contratto modificativo.

## LA SENTENZA

Cassazione civile, sezione III, 9 marzo 2010, n. 5665  
(Pres. Varrone – Est. Filadoro)

**Obbligazioni e contratti – Novazione oggettiva – Elementi caratterizzanti – Aliquid novi, animus novandi e causa novandi – Accertamento del giudice di merito – Insussistenza – Modificazioni accessorie – Configurabilità del negozio modificativo – Censurabilità in sede di legittimità – Limiti – Fattispecie in tema di contratto di locazione.**

## Massima.

Le variazioni di misura del canone e la modificazione del termine di scadenza non sono in sé indice della novazione di un rapporto di locazione, trattandosi di modificazioni accessorie della correlativa obbligazione che non rilevano ai fini della configurabilità della novazione oggettiva del rapporto obbligatorio, la quale postula, oltre all'aliquid novi, l'animus novandi (inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo) e la causa novandi (intesa come interesse comune delle parti

all'effetto novativo). L'accertamento che su tali tre elementi compia il giudice di merito è incensurabile in casazione se adeguatamente motivato.

## Svolgimento del processo.

Con sentenza del 14 gennaio – 16 febbraio 2005 la Corte d'Appello di Napoli rigettava l'appello principale proposto dalla C. S. di S. A. S.a.s. con atto notificato il 23 maggio 2003, avverso la decisione del locale Tribunale n. 3895 del 2003, ed in accoglimento dell'appello incidentale della S. S.r.l., condannava la C. S. al ripristino dell'immobile come sin dall'origine locato, a sue cure e spese, nonché al risarcimento del danno – per tutti i lavori eseguiti senza il consenso del locatore – da liquidarsi in separata sede.

La Corte territoriale osservava, preliminarmente, che nel caso di specie non vi era stata novazione oggettiva dell'originario contratto di locazione del 1975, avente ad oggetto un capannone e antistante spiazzo in (*Omissis*).

Il problema fondamentale è allora quello di stabilire quale peso possa avere la volontà manifestata dal minore informato ed ascoltato, in particolare allorché rifiuti il trattamento sanitario consigliato dal medico.

Al riguardo si ritiene che nessuna persona capace di discernimento, ancorché minorenni, possa essere sottoposta con coercizione alle cure mediche, salvi i casi previsti dalla legge di trattamento sanitario obbligatorio<sup>19</sup>. Se il d.l.g.s n. 211/2003 attribuisce rilievo al rifiuto del minore nell'ambito della delicata materia della sperimentazione clinica dei farmaci, ove la valutazione della opportunità o meno del trattamento sanitario è particolarmente complessa, a maggior ragione tale rifiuto deve essere rispettato in tutti gli altri casi<sup>20</sup>.

Contrariamente si incorrerebbe in una inammissibile violazione del diritto alla autodeterminazione del minore nella gestione del proprio corpo e nella tutela della propria salute<sup>21</sup>, tanto più ingiustificata ma anche inutile qualora si tratti di una terapia invasiva, dolorosa e prolungata nel tempo.

Il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza riguardo ai trattamenti oncologici invasivi, come la chemioterapia.

Si tratta invero di poche pronunce, ma assai significative, perché dimostrano come nelle rare occasioni in cui i giudici si sono trovati di fronte ad un minore capace di discernimento che opponeva un categorico rifiuto al trattamento terapeutico, sia prevalsa l'esigenza di tutelare la sua libertà di autodeterminazione a discapito della salute.

E' noto il caso della piccola Ketha Berardi, una bambina di dieci anni affetta da una grave forma di leucemia acuta. Sottoposta alla chemioterapia, che stava dando ottimi risultati, i genitori decidevano di sospendere il trattamento per seguire il c.d. metodo Di Bella.

Su iniziativa del p.m., il tribunale per i minorenni di Brescia ordinava ai genitori di riprendere la

te assistenziali, diagnostico – terapeutiche e sperimentali, tenuto conto dell'età e del suo grado di maturità". Nello stesso senso si è espresso il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Bioetica con l'infanzia*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1994.

<sup>19</sup> L'art. 32, 2° comma Cost. pone una riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori, subordinando in ogni caso la validità costituzionale della legge che prescrive il trattamento ai limiti imposti dal rispetto della persona umana. Gli unici casi in cui una persona capace di agire può essere sottoposta ai trattamenti sanitari obbligatori sono quelli previsti dalla legge 180/1978 (riforma dell'assistenza psichiatrica) e dalla legge 833/1978 (istitutiva del servizio sanitario nazionale).

<sup>20</sup> Così M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 314.

<sup>21</sup> L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., p. 453.

chemioterapia, decisione poi confermata dalla Corte di appello di Brescia. Stante l'inottemperanza da parte dei genitori alle prescrizioni loro impartite, il tribunale di Brescia riapriva d'ufficio il caso e disponeva una consulenza tecnica per valutare la possibilità di sottoporre coattivamente Ketha alla chemioterapia. Durante la consulenza tecnica la bambina risultava particolarmente matura per la sua età ed opponeva un lucido rifiuto alla terapia ufficiale. Il tribunale, davanti al rifiuto apposto non solo dai genitori ma anche dalla stessa minore, constatava l'impossibilità di procedere alla attuazione coattiva del trattamento chemioterapico, disponendo l'archiviazione del caso<sup>22</sup>.

In altri casi il tribunale per i minorenni ha invece addirittura rinunciato *a priori* ad entrare nel merito della decisione di interrompere il trattamento chemioterapico presa dai genitori assieme al figlio<sup>23</sup>.

Insomma, dinanzi al rifiuto opposto da un minore capace di discernimento, pare che il tribunale non possa andare oltre la sospensione dei genitori dalla potestà attuata prescrivendo loro di astenersi dal rifiutare il consenso. Ma non può spingersi fino ad ordinare l'esecuzione della prestazione medica, dovendosi riconoscere al "grande minore" un vero e proprio potere di veto rispetto a qualsiasi forma di esecuzione coattiva del trattamento sanitario sul proprio corpo<sup>24</sup>, analogamente al soggetto capace di agire.

## 5. Il nuovo sistema di protezione della persona adulta priva in tutto o in parte di autonomia: il ruolo centrale dell'amministrazione di sostegno.

Nell'originaria stesura del codice civile italiano del 1942, la protezione della persona maggiore d'età incapace – in tutto o in parte – di provvedere a se

<sup>22</sup> V. Trib. min. Brescia, decr. 28 dicembre 1998; Corte app. Brescia, decr. 13.02.1999; Trib. min. Brescia, decr. 22 maggio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, pp. 204 e ss.

<sup>23</sup> V. Trib. min. Venezia, decreto 2 giugno 1998, in *Dir. fam. pers.*, 1999, II, pp. 689 e ss.

<sup>24</sup> Così testualmente L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., p. 453. Nello stesso senso si segnala altresì una nota decisione straniera, la sentenza 18 luglio 2002 n. 154 del tribunale costituzionale spagnolo che, nel caso di un minore che aveva rifiutato, assieme ai genitori Testimoni di Geova, le trasfusioni di sangue in maniera così ferma, vivendo con terrore tale intervento al punto da convincere i giudici della impossibilità di eseguirlo coercitivamente, arrivando poi alla morte, afferma che al di là delle ragioni religiose, riveste particolare interesse il fatto che il minore, opponendosi ad un'ingerenza estranea sul proprio corpo, eserciti il proprio diritto alla autodeterminazione. Il caso è commentato da V. SELLAROLI, *Autodeterminazione, libertà di cura, libertà di coscienza e consenso informato*, in *Minorigiustizia*, 2009, II, pp. 147 e ss., in part. pp. 152 ss.

| 213

stessa gravitava intorno ai due istituti "classici" dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione.

La condizione giuridica dell'interdetto era (ed in larga misura continua ad essere), assai triste ed amara. Di fatti: per effetto della pronuncia d'interdizione, la persona che versava in una situazione d'infermità mentale grave ed abituale era sempre del tutto privata della capacità di agire; e quindi, di necessità, si doveva nominare un tutore con il compito invariabile di sostituire l'interdetto nel compimento di tutti gli atti che tollerassero il meccanismo della rappresentanza.

Meno pesante, ma affatto lieve, era (e in buona parte è) la condizione giuridica dell'inabilitato. In seguito alla dichiarazione giudiziale d'inabilitazione, infatti, la persona con ridotta attitudine a curare i propri interessi subiva una considerevole limitazione della capacità di agire: ella poteva compiere da sola gli atti di ordinaria amministrazione del suo patrimonio, mentre doveva - senza possibilità d'eccezione - farsi assistere da un curatore per gli atti patrimoniali di straordinaria amministrazione.

Semplificando e stilizzando, si può dire che l'interdetto era sempre incapace a trecentosessanta gradi, l'inabilitato a centottanta. *Tertium non datur*.

Questo quadro normativo è stato il bersaglio di acute critiche. Con buone ragioni, e da tempo, una parte autorevole della dottrina italiana<sup>25</sup> ne aveva messo in luce l'insufficienza e i limiti. In particolare, denunciandone la rigidità, che non consentiva di graduare la misura di protezione sulla base delle effettive esigenze di tutela del sofferente psichico.

Ed è così che nel 2004, dietro la spinta di suggestioni dottrinali e nel solco di esperienze maturate in altri Paesi europei, il legislatore italiano è giunto a ridisegnare lo statuto giuridico della persona adulta priva in tutto od in parte di autonomia. Più precisamente, la legge 9 gennaio 2004, n. 6 ha inciso su due aspetti: da un lato, introducendo elementi di flessibilità nell'anelastica disciplina dell'interdizione giudiziale e dell'inabilitazione<sup>26</sup>; e,

dall'altro lato, inserendo nel corpo del codice civile il nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto, merita almeno accennare alla modifica apportata all'art. 427 cod. civ., il cui comma d'esordio attualmente così recita: «Nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione [...] può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore».

Quanto al secondo aspetto (primo per importanza), non ci si può esimere dal fornire le principali coordinate della nuova misura di protezione dei soggetti deboli, che, nella *mens legis*, dovrebbe essere quella di generale applicazione. Da privilegiarsi, quindi, rispetto all'interdizione e all'inabilitazione.

La platea dei possibili destinatari dell'amministrazione di sostegno è pressoché sterminata: ne possono beneficiare tutte le persone che «per effetto di una infermità, fisica o psichica», si trovano «nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi» (art. 404 cod. civ.). Stando alla lettera della legge, quindi, l'istituto si presta ad essere impiegato in una vasta gamma d'ipotesi che spaziano dalle forme più serie di disagio mentale fino a situazioni di mero impedimento fisico. Ma, è da sottolineare, il "luogo strategico" per la comprensione della *quidditas* dell'amministrazione di sostegno è idealmente posizionato nella norma di cui all'art. 409 cod. civ., a mente della quale il «beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che», secondo quanto stabilito nel provvedimento del giudice in considerazione delle peculiarità del caso concreto, «non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno». All'evidenza, è questa la regola operativa che traduce il proposito di tutelare chi si trova in difficoltà nell'esercizio dei propri diritti, ma in modo tale che ne derivi la minore limitazione possibile della sua capacità di agire. Ed infatti, il beneficiario può compiere autonomamente tutti gli atti che non gli sono specificatamente preclusi; quelli, cioè, che non debbono essere fatti per il tramite dell'amministratore di sostegno in qualità di rappresentante legale, o con la sua assistenza. Volendo

<sup>27</sup> Per una trattazione sistematica della novellata disciplina: P. CENDON e R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino, Utet, 2009; G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno* (artt. 404 - 413), in *Commentario Schlesinger*, diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2008, ove (tra l'altro) ampi riferimenti bibliografici.

Ebbene, quantomeno in relazione alle ipotesi in cui il tutore non è legato all'interdetto da particolari vincoli affettivi e di familiarità, pare plausibile sostenere che egli debba coinvolgere nel processo decisionale anche i protettori naturali dell'incapace, al fine di individuare, assieme a costoro, quale sia la decisione più rispondente al suo interesse ma anche, ove possibile, alla sua volontà<sup>50</sup>.

E' bene però subito precisare che, non prevedendo l'attuale disciplina della interdizione alcun ruolo per i protettori naturali dell'interdetto, non commette un illecito il medico che sia stato autorizzato al trattamento sanitario dal tutore che abbia estromesso dalla decisione i protettori naturali, purché la decisione assunta possa essere considerata rispondente all'interesse dell'interdetto nonché, ove vi sia spazio per una tale valutazione, alla sua volontà. In caso contrario, il medico, pur non potendo superare la determinazione posta in essere dal tutore, dovrebbe sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria<sup>51</sup>.

## 8. Il consenso al trattamento sanitario dell'incapace di intendere o di volere.

E' d'altro canto possibile che a necessitare di una prestazione sanitaria sia un soggetto legalmente capace ma di fatto non in grado di intendere o di volere (si tratta della c.d. incapacità naturale).

Se in tal caso pare indubbio che l'incapace naturale non possa validamente esprimere il consenso al trattamento sanitario (v. anche l'art. 428 cod. civ.),

interpretazione in via analogica. Di qui il dubbio che il potere di rappresentanza legale attribuito ai genitori anche per le decisioni concernenti la salute del figlio possa essere automaticamente ed incondizionatamente esteso al tutore dell'interdetto.

<sup>50</sup> Sempre nel caso Englaro, la Corte di Cassazione, in relazione al tema specifico della interruzione dei mezzi di sostegno vitale della persona in stato vegetativo permanente, ha affermato che il potere di sostituzione del tutore all'interdetto nelle decisioni mediche è sottoposto al duplice vincolo della corrispondenza della decisione all'interesse ed alla volontà dell'interdetto medesimo (Cass., 16 ottobre 2007, n. 2178, in *Foro it.*, cc. 3025 e ss.). Tale duplice vincolo, secondo M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., pp. 361 e ss., p. 382 può ritenersi operante per tutte le decisioni sanitarie da prendere nell'interesse di persone non in grado di decidere da sé. E' però evidente che il limite del rispetto della volontà può trovare applicazione solo quando, per le peculiarità del caso di specie, vi siano elementi su cui basare una siffatta indagine come può accadere nel caso di infermità sopravvenuta oppure allorché l'interdetto sia comunque in possesso di facoltà mentali, ancorché indebolite.

<sup>51</sup> Ai sensi dell'art. 384 cod. civ. il giudice tutelare può rimuovere o sospendere il tutore che si sia reso colpevole di negligenza, abbia abusato dei propri poteri, si sia dimostrato inetto nell'adempimento di essi o sia divenuto immeritevole dell'ufficio per atti anche estranei alla tutela.

al contempo non è normativamente previsto chi possa ad esso sostituirsi.

In mancanza di una espressa regolamentazione da parte del legislatore, si ritiene che la decisione, anche al di là dello stato di necessità, spetti al medico, pur avendo costui l'obbligo di coinvolgere nel processo decisionale i protettori naturali dell'incapace<sup>52</sup>.

Tuttavia, poiché i protettori naturali non sono titolari di poteri sostitutivi<sup>53</sup>, essendo il loro coinvolgimento esclusivamente finalizzato a garantire che la decisione venga presa nell'interesse del paziente ma anche nel rispetto della sua volontà quando essa sia appurabile<sup>54</sup>, sembra anche qui da escludere la responsabilità del medico allorché, pur avendo estromesso i protettori naturali, abbia effettuato una scelta rispettosa della suddetta duplice limitazione.

<sup>52</sup> Così M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, cit., p. 386. Di diversa opinione G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico - paziente*, cit., p. 165, secondo il quale l'attribuzione al medico dell'obbligo di rivolgersi ai parenti è una soluzione troppo gravosa per il medico, che potrebbe pericolosamente ritardare l'intervento terapeutico.

<sup>53</sup> Così Trib. Milano, 14 maggio 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, pp. 1623 e ss.; Trib. Milano, 4 dicembre 1997, in *Danno resp.*, 1998, pp. 1030 e ss.; App. Firenze, 8 novembre 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, pp. 978 e ss.

<sup>54</sup> Attribuisce tale specifico significato all'intervento dei protettori naturali U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, cit., p. 349.

## 7. Il consenso al trattamento sanitario dell'interdetto.

L'applicabilità delle disposizioni sulla tutela dei minori all'interdetto (art. 424, 1° comma, cod. civ.) sembra attribuire al tutore il potere di dare il consenso al trattamento sanitario che riguardi la persona sottoposta alla sua tutela<sup>45</sup>.

Non sussistono particolari dubbi circa il potere del tutore di sostituirsi all'interdetto nelle scelte mediche allorché questi sia, sul piano naturalistico, completamente incapace di intendere o di volere<sup>46</sup>.

Va però affermandosi, in linea con i sempre maggiori spazi di autonomia riconosciuti all'incapace legale capace di discernimento, la tendenza ad attribuire rilevanza alla volontà manifestata dall'interdetto quando risulti possedere un equilibrio ed una maturità sufficienti per comprendere il significato delle proprie decisioni.

Secondo un indirizzo dottrinale, addirittura, nel caso in cui l'interdetto risulti nella fattispecie concreta pienamente capace di intendere e di volere, ogni decisione riguardante la sua salute dovrebbe spettare esclusivamente a lui<sup>47</sup>.

In tal modo si riconosce all'interdetto capace di discernimento una autonomia maggiore rispetto a quella accordata al "grande minore", che potrebbe

giustificarsi tenendo conto del diverso ruolo rivestito dal tutore rispetto ai genitori.

Infatti, se è vero che il tutore non provvede soltanto alla gestione del patrimonio dell'incapace, dovendo curare anche la sua persona, è altrettanto vero che, diversamente dai genitori del minore, egli non è, fisiologicamente, il suo protettore naturale.

Per protettore naturale si intende infatti quel soggetto con il quale l'incapace ha un particolare rapporto affettivo e di fiducia, alimentato dalla convivenza o comunque da una effettiva condivisione della quotidianità che legittima, sul piano sostanziale, il potere di sostituzione all'incapace medesimo<sup>48</sup>.

Se è per tale ragione, e non solo per l'elemento formale della rappresentanza legale, che i genitori conservano un ruolo importante nelle decisioni che riguardano i trattamenti sanitari dei "grandi minori", il diverso rapporto che lega il tutore all'interdetto potrebbe legittimare la sua completa estromissione dalle decisioni concernenti la salute dell'interdetto pienamente capace di autodeterminazione.

V'è da dire, però, che un'eventualità del genere è scarsamente probabile nella prassi, posto che l'art. 414 cod. civ. subordina la pronuncia di interdizione alla esistenza di una infermità mentale grave e duratura, che impedisce completamente al soggetto di provvedere ai propri interessi.

Ciò che invece in concreto può verificarsi è che l'interdetto sia in possesso di facoltà intellettive e cognitive deboli ed affievolite, tali da non consentirgli di prendere autonomamente delle decisioni ma, al contempo, tali da non impedirgli di comprendere il significato del trattamento sanitario al quale si intende sottoporlo.

In tali casi, pur essendo indiscutibile che l'interdetto debba essere informato ed ascoltato, pare difficile dubitare che spetti al tutore prestare il consenso, analogamente a quanto avviene allorché l'interdetto sia invece completamente incapace di intendere o di volere.

V'è da chiedersi, semmai, in relazione a tutte le ipotesi in cui il consenso al trattamento sanitario deve essere prestato dal tutore, se costui, stante la peculiarità del proprio ruolo, possa esercitare il potere di sostituzione di cui è titolare in piena autonomia<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Sulla figura del protettore naturale v. U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici ed applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania ed Italia*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 364 e ss.

<sup>46</sup> Ad avviso di A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in *I diritti in medicina, Tratt. biodiritto*, cit., pp. 817 e ss., in part. 836 - 837, il potere sostitutivo dell'incapace in relazione agli "atti personalissimi" si configura a carattere eccezionale; pertanto le disposizioni che lo prevedono non si presterebbero, tendenzialmente, a forme di

adoperare una formula riassuntiva, l'incapacità da regola è divenuta eccezione<sup>28</sup>.

In linea di principio, chiunque potrebbe essere chiamato a svolgere l'ufficio di amministratore di sostegno. Alla stregua dell'art. 808 cod. civ., infatti, la scelta del giudice deve avvenire «con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario». Ed è agevole osservare che si tratta di una bussola interpretativa atta ad orientare in tutte le direzioni. Detto questo, però, bisogna aggiungere che la disposizione da ultimo richiamata prosegue stabilendo che l'amministratore di sostegno possa «essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata»<sup>29</sup> da un notaio e che, in mancanza di tale designazione, il giudice debba preferire (s'intende: purché ciò corrisponda all'interesse del beneficiario) «il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado».

Ai fini della nostra particolare indagine, taluni aspetti meritano di essere evidenziati. Anzitutto, che la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno può ricadere su qualsiasi persona, anche se estranea al nucleo familiare<sup>30</sup>. In secondo luogo, che

la legge menziona «la persona stabilmente convivente» (*per incidens*, subito dopo il coniuge non legalmente separato) tra quelle da prediligersi nella nomina all'ufficio di amministratore di sostegno. Orbene, l'espressione impiegata è sufficientemente generica per comprendere nel suo ambito semantico tanto il convivente eterosessuale, quanto quello omosessuale. Cosa che, in assenza di una disciplina generale sulle unioni familiari non fondate sul matrimonio, costituisce comunque un'apertura del legislatore italiano – timida sì, ma significativa – all'universo mondo delle realtà affettive. Vien semmai da chiedersi, in chiusura di paragrafo, se la locuzione «persona stabilmente convivente» sia idonea ad abbracciare situazioni di coabitazione diverse da quelle di tipo "para-coniugale"<sup>31</sup>; basti qui segnalare il caso di chi vive all'interno di una comunità monastica o di una comune.

## 6. Segue. I poteri dell'amministratore di sostegno riguardo alla cura della persona beneficiaria.

In accordo alle considerazioni sopra svolte, pare potersi affermare che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno conserva la piena capacità di consentire/dissentire alle cure mediche, ove il provvedimento del giudice non disponga diversamente. Ed anzi, si può fondatamente ritenere che in ambito sanitario nessuna limitazione possa essere tollerata nell'ipotesi di beneficiario affetto da una menomazione soltanto fisica: senza riflessi, cioè, sulla capacità di discernimento. Ma può ben darsi, ed in concreto spesso accade, che il paziente non abbia le occorrenti abilità mentali per esprimere autonomamente un valido consenso/dissenso informato<sup>32</sup> in ordine ad una determinata proposta terapeutica. Nel qual caso, l'istituto dell'amministrazione di sostegno si rivela particolarmente versato nella risoluzione di problemi inerenti alla scelta di un trattamento sanitario. Così, in ragione delle effettive esigenze di tutela della singo-

comma 4, cod. civ.). Si pensi, in via esemplificativa, all'ipotesi di sopravvenuta incapacità del soggetto designato o a quella in cui lo stesso si sia reso responsabile di comportamenti pregiudizievoli a danno della persona divenuta incapace.

<sup>31</sup> Sul punto, cfr. G. BONILINI, in G. BONILINI e A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2007, p. 155 ss.

<sup>32</sup> Sulla complessità della nozione di "capacità di consentire alle cure" e sulla possibilità di disarticolargli in ulteriori e più specifiche abilità mentali (capacità di valutare criticamente la situazione nella quale ci si trova e di riferire a sé la malattia, capacità di ragionare sulle possibili opzioni terapeutiche e sulle conseguenze derivabili da ognuna di esse, etc.), si veda il recente contributo di E. SALVATERRA, *Capacità e competenze*, in AA. VV., *I diritti in medicina*, cit., p. 341 ss.

la persona sofferente, l'amministratore di sostegno può essere autorizzato ad esprimere consensi (o rifiuti) in sostituzione del beneficiario<sup>33</sup> oppure ad intervenire nel processo decisionale ponendosi al suo fianco<sup>34</sup>. Non solo. Rappresentanza esclusiva ed assistenza necessaria possono variamente combinarsi. Si pensi, ma è solo uno fra i molti possibili esempi, all'ipotesi in cui all'amministratore di sostegno sia richiesto di affiancare il paziente nella scelta cruciale sul se curarsi e, nell'eventualità di una decisione positiva, di sostituirsi al medesimo nella scelta del percorso terapeutico da seguire tra quelli proposti dai sanitari.

L'amministratore di sostegno, quindi, sostituendosi al beneficiario e/o integrando il suo consenso alle cure mediche, si propone quale figura di riferimento in tutte quelle ipotesi in cui si presentino delle difficoltà nel "dare voce" alla persona malata. Detto questo, però, occorre anche evidenziare che, in assenza di una disciplina *ad hoc* sul testamento biologico<sup>35</sup>, l'istituto dell'amministrazione di soste-

<sup>33</sup> Trib. Trieste, 11 marzo 2009: «nell'amministrazione di sostegno, quando non sussiste uno stato di necessità, il sanitario può richiedere o far richiedere dai familiari la nomina di un legale rappresentante della persona incapace al fine di esprimere un consenso (o un dissenso) informato alle cure, esami diagnostici e interventi chirurgici».

<sup>34</sup> Cfr. M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno*, in AA. VV., *I diritti in medicina*, cit., p. 361 e ss., spec. 372 ss.

<sup>35</sup> Nel momento in cui si scrive (luglio 2011), è stato appena varato dalla Camera dei deputati ed è in attesa di essere approvato in "terza lettura" dal Senato un controverso progetto di legge riguardante "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni di trattamento". Il progetto detta, anzitutto, prescrizioni riguardo al *vestmentum* delle dichiarazioni anticipate prevedendo che esse debbono essere redatte «in forma scritta con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere [...] raccolte esclusivamente dal medico di medicina generale che contestualmente le sottoscrive» (art. 4, comma 1), e, ancora, che «eventuali dichiarazioni di intenti o orientamenti espressi dal soggetto al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto» (art. 4, comma 2); riguardo ai limiti temporali di efficacia si stabilisce che la «dichiarazione anticipata di trattamento ha validità per cinque anni [...] oltre il quale perde ogni efficacia» (art. 4, comma 3); in relazione al *dies a quo* di efficacia si dispone che la «la dichiarazione anticipata di trattamento assume rilievo nel momento in cui il soggetto si trovi nell'incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze per accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale» (art. 4, comma 5); si prevede, inoltre, che l'alimentazione e l'idratazione «nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita» e che esse «non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento» (art. 4, comma 4); si sancisce il carattere non vincolante per il medico delle volontà preve di trattamento (alla stregua dell'art. 7, comma 1, «Gli orientamenti espressi dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono presi in considerazione dal medico

gno è parso a molti come lo strumento giuridico più appropriato per dare rilievo alla volontà manifestata dal paziente in previsione di un futuro ed eventuale stato d'incapacità. Più nel dettaglio, particolarmente adatto allo scopo è sembrato il dettato dell'art. 408 cod. civ. che, come già si è accennato, consente allo stesso interessato di designare «mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata» la persona che il giudice dovrà di regola incardinare nell'ufficio di amministratore di sostegno qualora la situazione potenziale d'incapacità dovesse divenire attuale. Ebbene, muovendo da questo dato legislativo, si è inclini ad ammettere che il contenuto dell'atto di designazione possa essere integrato con l'indicazione di direttive anticipate in merito alle terapie che l'interessato intende o non intende accettare nel caso in cui non fosse più in grado di esprimersi<sup>36</sup>. Ma a fronte di tale convergenza, molti dubbi permangono in ordine all'efficacia di queste direttive nei confronti del giudice, dell'amministratore di sostegno e dell'esercente una professione sanitaria<sup>37</sup>. Dubbi, si chiosa, che la presenza di talune indicazioni normative dagli "angoli smussati" – frequentemente caratterizzate dal generoso impiego di locuzioni come "tener conto" o "prendere in considerazione" – contribuiscono ad alimentare.

Il punto merita di essere approfondito.

È opinione generalmente condivisa che in base al diritto vigente il giudice non sia pienamente vincolato alle direttive precedentemente espresse dall'interessato. Si può discutere, tuttavia, se il giudice possa disattenderle tutte le volte in cui lo ritenga opportuno<sup>38</sup> o soltanto ove ricorrano gravi motivi

curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirli o meno»; infine, si dispone che «In condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica» (art. 4, comma 6). In relazione al testo precedentemente approvato dal Senato (il 26 marzo 2009), cfr. F. D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 153 ss., spec. 158: «Sussiste [...] il timore che una legge che confermasse i contenuti essenziali del Disegno di legge approvato dal Senato nel 2009, ci potrebbe condurre verso un non tanto desiderabile isolamento in Europa con il suo divieto di estendere all'alimentazione e all'idratazione artificiale il contenuto di una "dichiarazione anticipata di trattamento" [...] e con il suo silenzio "ostile" a una ricostruzione di volontà ipotetica o presunta anche in mancanza di una direttiva anticipata».

<sup>36</sup> In questo ordine di idee, tra gli altri, G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in AA. VV., *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffè, Milano, 2011, p. 1865 ss., spec. 1893.

<sup>37</sup> Questo profilo è stato indagato, con speciale approfondimento, da M. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 407 ss.

<sup>38</sup> Ferma restando, naturalmente, la facoltà di conformarsi ad esse sia nella confezione del provvedimento istitutivo

(in analogia con quanto previsto per la designazione anticipata dell'amministratore di sostegno *ex art.* 408, comma 3, cod. civ.).

Riguardo all'amministratore di sostegno, viene in primo piano l'art. 410, comma 1, cod. civ., secondo cui: «Nello svolgimento dei suoi compiti [...] deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario». Naturale domandarsi: fino a che punto l'amministratore deve tenerne conto? Il tentativo di soluzione del delicato quesito trascende l'orizzonte di queste rapide note, ma anche qui una cosa si può e si deve dire: alle linee guida palesate nell'atto di designazione deve riconoscersi, quantomeno, il valore di fonte di cognizione privilegiata da cui poter attingere informazioni circa le convinzioni e le aspirazioni dell'amministrato.

Un ordine di considerazioni analoghe vale per il personale sanitario. Al riguardo, sovrviene subito la disposizione dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione»<sup>39</sup>. Cui fa eco l'art. 35, comma 5, del codice di deontologia medica<sup>40</sup>: «Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace [...] tenendo conto delle precedenti volontà del paziente». Come si può constatare, anche in questo caso non si offrono decisivi ragguagli su come sciogliere il nodo gordiano del grado di vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento. Ma tra i due opposti estremi, da un lato, quello dell'(assolutamente) vincolante, e dall'altro, quello del (meramente) orientativo, una posizione intermedia pare preferibile: di regola, il medico deve attenersi alle direttive formulate dal paziente prima di perdere la capacità di consentire alle cure, ma può disattenderle – indicando puntualmente i motivi del-

dell'amministrazione di sostegno sia nei provvedimenti successivi a tale atto.

<sup>39</sup> La Convenzione è stata ratificata dal Parlamento italiano con la legge 28 marzo 2001, n. 145.

<sup>40</sup> Il codice vigente è stato approvato dal Consiglio nazionale della Federazione italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri il 16 dicembre 2006, in sostituzione di quello del 1998. Sulla natura delle norme in esso contenute e, più in generale, sulla possibilità di considerare le regole deontologiche come norme giuridiche cfr.: F. GALGANO, *Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 287 ss.; G. MANFREDI, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, in *Jus*, 2008, p. 565 ss.; G. D. COMPORI, *La deontologia medica nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 855 ss.; E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2002, p. 925 ss.; A. BELLELLI, *Codice di deontologia medica e tutela del paziente*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 577 ss.

la sua decisione – là dove non le ritenga più attuali per il venir meno della situazione di fatto presupposta nel momento in cui furono dichiarate. Può considerarsi esemplare in tal senso il caso in cui sopravvenuti progressi della tecnologia medica e/o della ricerca farmacologica inducano a ritenere superate le volontà antecedentemente manifestate dalla persona malata<sup>41</sup>. Si tratta, in definitiva, di una sorta di "valvola di sicurezza", capace di rendere sensibili le dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario al mutamento delle circostanze che ne accompagnano la genesi.

Resta da fare un accenno, per concludere, ad una questione che tuttora divide la dottrina<sup>42</sup> e la giurisprudenza; e, per la cui comprensione, conviene muovere da una constatazione: in casi d'emergenza la previa designazione dell'amministratore di sostegno (pur se integrata con l'indicazione di direttive anticipate) non esclude il rischio che il medico, mancando il tempo per procedere alla nomina, agisca in forza dello stato di necessità. Tanto premesso, la soluzione accolta da alcuni giudici è stata quella di acconsentire alla nomina «ora per allora» di un amministratore di sostegno con il compito – nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità del beneficiario – di accordare o negare il consenso alle cure in consonanza con le volontà preve di trattamento<sup>43</sup>. In via pretoria, quindi, si è giunti ad attribuire all'amministratore di sostegno il ruolo di esecutore del testamento biologico. Ma a fronte di tale indirizzo, altri giudici hanno propugnato la soluzione opposta, ritenendo che non possa «trovare accoglimento l'istanza di nomina di amministratore di sostegno *pro futuro*, presentata da soggetto sano e capace di intendere e volere, poiché la legge richiede, al fine della nomina, l'attualità del requisito dell'impossibilità del beneficiario di provvedere ai propri interessi»<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Quest'idea è sostanzialmente corrispondente a quella espressa dal Comitato nazionale per la bioetica nel parere del 18 dicembre 2003 sulle dichiarazioni anticipate di trattamento: [http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni\\_anticipate\\_trattamento.pdf](http://www.governo.it/bioetica/testi/Dichiarazioni_anticipate_trattamento.pdf).

<sup>42</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 288 ss.; P. CENDON e G. ROSSI, *Individuato un neo-segno operativo che l'istituto può sostenere a pieno titolo*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 11, p. 41 ss.

<sup>43</sup> In tal senso: Trib. Firenze, 22 dicembre 2010; Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009; Corte App. Cagliari, 16 gennaio 2009; Trib. Modena, 23 dicembre 2008; Trib. Modena, 5 novembre 2008;.

<sup>44</sup> Così, Trib. Roma, 1 aprile 2009. Lungo questa via, altresì: Trib. Verona, 4 gennaio 2011; Trib. Varese, 28 agosto 2010; Trib. Cagliari, 14 dicembre 2009; Trib. Pistoia, 8 giugno 2009; Trib. Firenze, 8 aprile 2009; Trib. Pistoia, 1 aprile 2009; Trib. Catania, 26 aprile 2009; Trib. Mantova, 24 luglio 2008.