
GIURISPRUDENZA E DOTTRINA

a cura di
LAURA VASSELLI

Ancora una nuova rubrica e, per completare questo numero doppio, la nuova iniziativa del "Massimario": la prima, diritto previdenziale, si caratterizza anche per l'approfondimento di tematiche - preziose per gli avvocati - come quelle di cui al commento di una sentenza del giudice di legittimità inerente la questione sulla ripetibilità dei contributi previdenziali per chi si cancella dall'albo; il secondo, denominato, appunto, massimario di giurisprudenza penale tributaria, raccoglie una fitta serie di massime di decisioni ordinate sulla base della specifica materia dei reati tributari come recentemente modificata del D.Lgs. del 10 marzo 2003 n. 74.

La scelta di inserire anche quest'ultima formula è stata dettata dall'esigenza di offrire ai lettori l'ulteriore opportunità di avere la visione più ampia possibile degli importanti fenomeni innovativi in campo legislativo e, conseguentemente, interpretativo su tematiche altamente specialistiche.

Le consuete rubriche di diritto civile, fallimentare e processuale civile ospitano argomenti di indiscusso interesse generale: dalla responsabilità del medico al disconoscimento della paternità del figlio concepito artificialmente; dalla revocabilità degli atti gratuiti ultrabiennale tra coniugi nel fallimento alla provvisoria esecutività della sentenza di revocatoria fallimentare; dalla riforma del diritto processuale societario, all'imposta di registro sulle sentenze.

Non posso che esprimere grande soddisfazione ed augurarmi che questa avventura editoriale continui ancora.

TEMI ROMANA 2002

DIRITTO CIVILE

a cura di

Paola Bartolini

Un caso importante in tema
di responsabilità del medico,
sotto diversi profili, nel riesame
del giudice di merito in secondo grado;
in dottrina si va dalle garanzie atipiche,
come la lettera di *patronage*, alle dibattute
questioni sulla sorte dei figli concepiti
artificialmente e disconosciuti dal padre
che ha autorizzato l'inseminazione
della madre.

CORTE DI APPELLO DI ROMA	
SEZIONE	I
SENTENZA	18 MARZO 2002, n. 1123
PRESIDENTE	Bonavitacola
RELATORE	Celotti
PARTI	F.G. ed altri Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica Università degli studi "La Sapienza" di Roma ed altri

La responsabilità dell'ente pubblico e quella del medico dipendente, per i danni cagionati al paziente, sono entrambe di tipo professionale contrattuale (1) (2).

Ai fini dell'accertamento della responsabilità medica, trovano applicazione diretta gli artt. 2236 e 1176 a seconda che si tratti di interventi di "difficile" o di "facile esecuzione" (3)

Anche ai fini della ripartizione dell'onere probatorio occorre distinguere tra interventi di "difficile esecuzione" e interventi di "facile esecuzione" (4).

Con riguardo al fatto illecito che abbia colpito il congiunto senza causarne la morte, è stato ritenuta ammissibile la richiesta di risarcimento della lesione dei c.d. diritti riflessi, di cui sono portatori soggetti diversi dalla vittima del fatto ingiusto, quando la lesione di tali diritti sia eziologicamente collegata con il fatto illecito (5) (6).

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 12 ed il 20 giugno 1991 i sig.r F. G. e M. S., in proprio e quali esercenti la potestà sulla figlia minore, convenivano in giudizio il Ministero dell'Università e la U.S.L. RM2 e, in seguito, l'Università "La Sapienza" di Roma e la U.S.L. RM3, e ne chiedevano la condanna al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della errata assistenza loro prestata, in occasione della nascita della figlia.

Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 11053 del 31.7.1996, riconosciuta la responsabilità dell'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma nella produzione di un danno cerebrale irreversibile alla minore, per la condotta negligente prestata dai sanitari dipendenti della II Clinica di ostetricia e ginecologia del Policlinico Umberto I nell'assistenza della madre durante il parto, condannava l'Università medesima, e solo essa, al risarcimento di lire 1.800.000.000, con gli interessi dalla liquidazione al saldo. La somma liquidata riguardava i soli danni patiti dalla figlia degli attori e comprendeva il danno biologico, il danno patrimoniale, consistente nelle previste spese future, e il danno morale.

Il Giudice di primo grado dichiarava il difetto di legittimazione passiva delle Aziende Sanitarie succedute nel frattempo alle Ex UU.SS.LL - in quanto all'epoca dei fatti il Policlinico, come previsto dal DL 30.10.1992 n. 502, era azienda dell'Università.

Avverso la sentenza proponevano appello, soltanto in proprio, i sig.ri F. G. e M. S., lamentando che il Tribunale non aveva riconosciuto l'esistenza di un loro danno patrimoniale e di un danno alla loro vita di relazione, alla carriera, alla vita sessuale ecc.

Si costituivano i convenuti, chiedendo il rigetto dell'appello, e il Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e l'Università "La Sapienza" proponendo appello incidentale.

La Corte di Appello di Roma, sez. I, con la sentenza n. 1123, depositata in cancelleria il 18 marzo 2002, accoglieva in parte l'appello proposto dai signori F. G. e M. S, riconoscendo l'esistenza del danno biologico e del danno morale cagionato dall'evento lesivo direttamente a genitori della minore; dichiarava inammissibile l'appello incidentale proposto dal Ministero, e respingeva nel merito quello incidentale proposto dall'Università.

**Motivi
della decisione***(omissis)*

Rileva il Collegio - facendo proprie le considerazioni svolte dai consulenti tecnici nella loro relazione - che allo stato attuale della scienza medica, pur essendo i medici ostetrici preparati ad affrontare l'assistenza ad un parto in cui il feto si presenti in posizione podalica o di spalla, in nessun modo si deve consentire l'espletamento del parto naturale in quelle condizioni, imponendosi in quei casi l'intervento operatorio.

La scelta di differimento dell'intervento operatorio poteva avere giustificazione solo in presenza di due condizioni: la volontà della paziente orientata verso il parto naturale, e la massima vigilanza clinica e strumentale.

Nella fattispecie non risulta una scelta "astensionistica" della partoriente ed in quanto alla vigilanza, la sola rilevazione del battito cardiaco fetale appare inadeguata a quella situazione, la quale invece avrebbe imposto rilievi ecografici ed cardiocografici. *(omissis)*

Il differimento della scelta operativa fu determinato - concludono i periti - da negligenza ed imprudenza, e da qualche aspetto di imperizia nella interpretazione dei dati.

Tali conclusioni non possono che essere condivise.

L'asfissia perinatale di cui ha sofferto il feto deve essere, pertanto, pienamente riconosciuta, secondo il Collegio, come causa idonea a produrre il danno cerebrale. Il fatto che possono esistere altre ipotesi eziologiche si propone come un'esercitazione accademica, in presenza di una riconosciuta causa adeguata.

Il motivo di appello proposto dall'Università è perciò infondato, e deve essere confermato il giudizio dato nella sentenza impugnata circa il comportamento omissivo, imprudente, adottato dai sanitari che assisterono al parto.

L'ipotesi di reato che va astrattamente riconosciuta - non precisata dal Tribunale - è quella di lesioni gravissime colpose.

L'Università degli studi "La Sapienza" di Roma censura, altresì, la sentenza di primo grado per aver essa riconosciuto il diritto al risarcimento del danno morale in favore della minore in quanto l'ordinamento prevede la tutela dei diritti del nascituro soltanto con disposizioni di carattere eccezionale e come tali di stretta interpretazione.

Tale tesi aberrante, la quale, se accolta, condurrebbe a negare non soltanto il riconoscimento del danno morale, ma proprio il diritto stesso al risarcimento del danno, nelle sue varie estrinsecazioni, deve essere respinta.

Osserva, infatti, il Collegio che il danno, di natura permanente, perdura per tutta la vita dell'infelice vittima di quel reato: esso non si è esaurito nella vita intrauterina del feto, ma si è sviluppato con la nascita dell'essere umano; poiché si tratta di "un danno che incide immediatamente e direttamente su un soggetto venuto ad esistenza, sia pure per effetto di un fatto colposo commesso anteriormente alla nascita" si è al di fuori della previsione dell'art.1, 2° comma, c.c." (Cass.11503/1993). La conseguenza giuridica di tale principio è espressa in Cass.11503/1993 con le seguenti nette parole: "Una volta accertata...l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, e il danno che sia derivato al soggetto che, con la nascita, abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e deve essere riconosciuto, in capo a quest'ultimo, il diritto al risarcimento del danno".

Il motivo è pertanto infondato e deve essere respinto.

Si viene ora all'esame dell'appello principale.

Con il primo motivo gli appellanti si dolgono del fatto che il Tribunale non abbia riconosciuto l'esistenza di un loro danno patrimoniale, per gli obblighi su di loro incumbenti, per le spese di cure mediche e assistenziali che gravano su di essi, e di un danno alla vita di relazione, alla carriera, alla loro sfera sessuale.

Si tratta di una richiesta di risarcimento danni a contenuto patrimoniale, e del danno biologico.

Quanto al danno a contenuto strettamente patrimoniale, rileva il Collegio che (*omissis*) il Tribunale ha già liquidato a favore del minore una cospicua somma di denaro che dovrà essere destinata a sostenere le spese per cure mediche che saranno necessarie, che non fossero coperte dal servizio sanitario nazionale.

Diversa situazione è invece quella concernente tutti quegli aspetti di pregiudizio che vanno ricondotti al concetto di danno biologico.

Si deve considerare, infatti, che l'ordinamento appresta la tutela aquiliana non soltanto alla persona direttamente colpita dal fatto ingiusto altrui, ma anche a soggetto diversi da questa. Sebbene unico sia il fatto genetico dell'illecito, la lesione ingiusta di una posizione giuridica può riflettersi su altra posizione giuridica, vulnerando l'integrità di questa (c.d. effetto rimbalzo). In tali casi la tutela è condizionata non tanto alla condizione che il pregiudizio arrecato alla seconda posizione sia effetto immediato e diretto del comportamento dell'agente, ma piuttosto all'esistenza di una regolarità causale che sia idonea a correlare l'effetto considerato con l'azione originaria (principio della causalità adeguata) (Cass. 60/1991; Cass. 8305/1996; Cass. 12195/1998). (*omissis*)

Con il secondo motivo gli appellanti si dolgono che il Tribunale abbia ommesso di pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento del danno morale a loro favore.

L'opinione che riconosce la risarcibilità del danno morale ai congiunti della vittima poggia sostanzialmente sui seguenti fondamenti: il principio, in precedenza richiamato della regolarità causale, per il quale sono considerati risarcibili i danni che rientrano nel novero delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto; l'osservazione che "né l'art. 185 c.p., né l'art. 74 c.p.c. stabiliscono una diversa legittimazione attiva per la richiesta di risarcimento nel caso in cui il danno sia patrimoniale o non patrimoniale, ma richiedono solo che il danno sia stato cagionato dal reato, riportando quindi tutta la questione esclusivamente nell'ambito del nesso causale tra reato e danno".

Scendendo, a questo punto, alla questione della concreta esistenza di tale tipo di danno, è palese il carico di sofferenza, di ansie, di patimenti, che debbono portare i genitori della sfortunata minore.

È equo, a parere del Collegio, liquidare anche tale danno al valore attuale.

**1) Diretta
responsabilità
contrattuale
dell'ente
pubblico per
danni cagionati
dai propri
sanitari**

La sentenza in epigrafe offre lo spunto per svolgere alcune brevi considerazioni in tema di responsabilità medica e dei conseguenti danni risarcibili, in particolare il danno biologico e il danno morale.

Nel caso di specie la prestazione sanitaria è stata fornita nell'ambito di una struttura ospedaliera pubblica e, dunque, i danni sono stati cagionati nell'ambito della gestione del servizio pubblico nazionale. La Corte di Appello, confermando sul punto la sentenza del Tribunale Civile, ha ritenuto responsabile direttamente l'ente pubblico per il comportamento negligente dei suoi sanitari

In passato, si riteneva che "*quando l'ospedale è pubblico ... il rapporto con la persona ricoverata non deriva mai da contratto ..., ma ha origine invece da un atto amministrativo*".

Oggi, invece, non si dubita più che, a prescindere dalla natura dell'ente, tra la struttura e il paziente si concluda un vero e proprio contratto: "*l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale. Contratto, questo che viene concluso tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura*" (Cass. 24.3.79, n. 1716; conf. Cass. 21.12.1978 n.

6141; Cass. 24.3.1979 n.1716; Cass. 26. 3. 1990, n. 2428; Cass. 13. 3. 1998, n. 2750; Cass. 8.5.01 n. 6386).

Alla luce di tale indirizzo giurisprudenziale viene, pertanto, generalmente riconosciuta una diretta responsabilità contrattuale dell'ente pubblico per i danni cagionati dai propri sanitari ad un paziente ricoverato in una struttura ospedaliera. L'ente, infatti, conclude con il ricoverato un contratto d'opera intellettuale, obbligandosi ad eseguire le prestazioni mediche necessarie a mezzo dei sanitari suoi dipendenti; pertanto la sua responsabilità discende dall'inesatto adempimento, ed è quella tipica del professionista. Ovviamente il positivo accertamento della responsabilità dell'ente postula, la colpa del medico esecutore dell'attività che si assume illecita, non potendo detta responsabilità affermarsi in assenza di tale colpa.

Controversa, piuttosto, è rimasta a lungo la natura della responsabilità del sanitario nei confronti del paziente.

2) La responsabilità del medico dipendente è come quella dell'ente pubblico di tipo professionale contrattuale

La giurisprudenza, in un primo tempo, ha costantemente affermato la natura extracontrattuale di tale responsabilità e ciò sull'assunto per cui al rapporto contrattuale che intercorre tra il paziente e la struttura non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero (cfr. Cass., III, 24 marzo 1979, n. 1716; Cass. 5.4.84, n. 2222; Cass. 7.5.88, n. 3389; Cass. 11.8.90, n. 8218).

Il richiamo al regime aquiliano piuttosto che a quello contrattuale (nonostante gli ovvi risvolti che ne derivano essenzialmente in tema di prescrizione), non ha però comportato alcuna deviazione rispetto ai consueti criteri di valutazione della responsabilità medica, ritenendosi, in particolare, comunque, applicabile la disposizione di cui all'art. 2236 c.c.

Proprio in conseguenza di una tale assimilazione - evidente espressione di quell'indirizzo volto, in materia di responsabilità medica, a superare i tradizionali steccati tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale -, attualmente la giurisprudenza propende per una configurazione in termini contrattuali della responsabilità del medico dipendente.

In realtà l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente, nell'ambito di un preesistente rapporto, sia dall'ente ospedaliero sia dal medico dipendente, ma da ciascuno di questi sotto un diverso profilo e nei confronti di un diverso soggetto. Quanto all'ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente quale prestazione che l'ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale. Quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere. Un recente, ma sempre, comunque, più consistente orientamento della giurisprudenza ha ritenuto che, anche nei confronti del medico dipendente ospedaliero, si configurerebbe, rispetto al paziente, una responsabilità contrattuale nascente da *"un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto"*. Infatti sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa ed il vincolo con il paziente esiste nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, per cui la violazione di esso si configura come colpa in non facendo, la quale da origine a responsabilità contrattuale.

Dunque, la pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in contatto con lui (Cass. 1.3.1988 n. 2144; Cass. 27.5.93, n. 5939; Cass. 11. 4. 95, n. 4152; Cass. 27.7.1998 n. 7336; Cass. 22.1.1999, n. 589).

Da tutto ciò consegue, pertanto, che la responsabilità diretta dell'ente e quella del medico, inserito organicamente nella organizzazione del servizio, hanno natura omogenea e sono disciplinate entrambe dalle norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale, senza che possa trovare applicazione nei confronti del medico la normativa prevista dagli art. 22 e 23 del D.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3 con riguardo alla responsabilità degli impiegati civili dello Stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini.

Acclarata, dunque, la natura della responsabilità della struttura ospedaliera e del medico dipendente, in base a quello che è l'orientamento giurisprudenziale oggi dominante, è opportuno a questo punto, soffermarsi sull'analisi della relativa disciplina.

3) Disciplina applicabile: artt. 2236 e 1176 c.c., a seconda che si tratti di interventi di "difficile" o di "facile esecuzione".

La sentenza in commento, confermando la sentenza di primo grado, ha ritenuto l'intervento medico lesivo di mera routine e, quindi, di facile esecuzione.

A questo punto è importante precisare che in materia di responsabilità medica va applicato il disposto dell'art. 2236 c.c., a norma del quale il sanitario risponde del danno soltanto per dolo o colpa grave, nell'ipotesi in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, mentre quando si tratti di interventi definiti di facile esecuzione, occorre riportarsi alla disciplina generale dell'art. 1176 c.c. per l'esercizio di una attività professionale, ed in tale ipotesi il sanitario risponde del danno, anche per colpa lieve, da presumere sussistente ogni volta venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente.

Va, inoltre, rilevato che la limitazione di responsabilità professionale ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza (come ricorda da ultimo Cass., 10.5.00, n. 5945).

Imprudenza si ha quando il medico agisce con avventatezza, eccessiva precipitazione, ingiustificata fretta, senza adottare cioè quelle cautele consigliate dall'ordinaria esperienza o dettate da regole d'arte. L'imperizia consiste nel difetto di esperienza o carenza di nozioni scientifiche e pratiche richieste - sotto un profilo tecnico - per l'esercizio dell'attività medica. La negligenza si traduce, invece, nella disattenzione, dimenticanza, disaccortezza, superficialità e così via.

Occorre tener presente che, in tema di responsabilità medica, la sussistenza della negligenza va valutata in relazione alla specifica diligenza richiesta al debitore qualificato dall'art. 1176 comma 2, c.c.: *"Il medico chirurgo, nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali inerenti alla propria attività professionale, è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia ex art. 1176, comma 1, c.c., ma è quella specifica del debitore qualificato, come prescritto dall'art. 1176, 2 comma, c.c., la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica, ivi compreso l'obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato anche nella fase postoperatoria"* (Cass. 11.3.02 n. 3942).

4) Ripartizione dell'onere probatorio

Tornando, alla sentenza in commento, sia il Giudice di primo grado che la Corte di appello, hanno ritenuto provata la non difficoltà dell'intervento, la negligenza e l'imprudenza dei sanitari, nonché qualche aspetto di imperizia.

Le decisioni sono in linea con l'attuale giurisprudenza che ha cercato di temperare il rigore probatorio dell'onere gravante sul paziente rifacendosi in sostanza all'esperienza, in materia, di altri ordinamenti, in particolare quelli anglosassoni,

che impiegano formule quali quella della *res ipsa loquitur*, intesa come "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza".

Questa linea di minore rigore nei confronti del paziente è stata, in particolare, inaugurata dalla sentenza della Cassazione 21 dicembre 1978, n. 6141, la quale ha affermato che "*quando l'intervento operatorio non sia di difficile esecuzione ed il risultato conseguito sia peggiorativo delle condizioni finali del paziente, il cliente adempie l'onere probatorio a suo carico provando che l'intervento operatorio era di facile esecuzione e che ne è conseguito un risultato peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale da parte del chirurgo; spetta poi a quest'ultimo fornire la prova contraria, e cioè che la prestazione professionale era stata eseguita idoneamente, e che l'esito peggiorativo era stato causato dal sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile o dall'esistenza di una particolare condizione fisica del paziente non acceratabile con l'ordinaria diligenza*".

Dunque distinguere tra prestazione che implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà ed interventi al di fuori di tale ipotesi, è determinante ai fini probatori, sia per quanto concerne la posizione del paziente parte lesa, il quale dovrà limitarsi a provare il peggioramento delle proprie condizioni perché sussista la presunzione di colpa, o sobbarcarsi il maggior onere probatorio in caso di intervento di speciale difficoltà, sia per quanto concerne la posizione del sanitario, anch'egli da porre di fronte ad un'alternativa opposta a seconda della sussistenza di una delle due ipotesi.

Comunque la maggior parte dei casi trattati in sede giudiziaria riguardano interventi di mera routine, perché la speciale difficoltà si ha solamente allorché si tratti di un caso straordinario ed eccezionale, non studiato adeguatamente né sperimentato o che dia luogo a contrasto circa i rimedi diagnostici, terapeutici, chirurgici.

Riassumendo, in tema di responsabilità professionale del medico è onere di colui che assume aver subito un danno ingiusto dall'attività professionale del sanitario fornire la prova:

a) della patologia o dello status antecedente che intendeva modificare, b) del trattamento sanitario praticato, c) della non corrispondenza del risultato finale a quello programmato, d) del nesso di causalità tra la prestazione professionale ed il danno lamentato, e) ove eccepito, della non speciale difficoltà dell'intervento ex art. 2236 c.c. In presenza di tali elementi è, infatti, consentito argomentare in via presuntiva (*res ipsa loquitur*) la imputabilità dell'evento pregiudizievole alla condotta colposa del sanitario sul quale, pertanto, ricade l'onere della prova liberatoria di aver seguito la prestazione con diligenza ovvero che l'esito negativo è derivato da un evento impreveduto ed imprevedibile o comunque non accertabile secondo l'ordinaria diligenza professionale (Cass. 21. 12.78, n. 6141; Cass. 1.2.91, n. 977; Cass. 18.10.94 n. 8470; Cass. 11.4.95, n. 4152; Cass. 4.2.98, n. 1127; Cass. 23.2.2000, n. 2044).

5) Danni risarcibili

La sentenza in commento si segnala, peraltro, per aver condannato l'ente pubblico gestore della struttura sanitaria (nella specie l'Università La Sapienza di Roma, in quanto all'epoca dei fatti il Policlinico era sprovvisto di personalità) non soltanto al risarcimento dei danni cagionati alla vittima dell'illecito, compresi per l'appunto del danno biologico, del danno patrimoniale e del danno morale, ma altresì per aver riconosciuto la possibilità del risarcimento di autonome voci di danno, in via mediata, in favore dei congiunti del danneggiato.

La sentenza si pone, pertanto, in linea con quell'indirizzo giurisprudenziale che considera ormai acquisito il dato della ammissibilità, sulla base del disposto dell'art. 1223 cui rinvia l'art. 2056 c.c., del risarcimento della lesione dei cosiddetti

“diritti riflessi”, cui siano portatori soggetti diversi dalla vittima iniziale del fatto ingiusto.

6) Risarcibilità dei danni c.d. riflessi

L'esclusione di detto danno del congiunto, non colpito direttamente dalla lesione al bene della salute, era stato, in generale, motivato sul rilievo che lo stesso non era conseguenza immediata e diretta del fatto dell'agente e quindi sotto il profilo della mancanza del nesso di causalità di cui agli artt. 1223 e 2056 c.c. La giurisprudenza ha ritenuto, invece, che il criterio in base al quale sono risarcibili i danni conseguiti dal fatto illecito (o dall'inadempimento in tema di responsabilità contrattuale), deve intendersi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, in modo da comprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati che si presentano come effetto normale, secondo il principio della *c.d.* regolarità causale (Cass 2009/1997; Cass. 11087/1993; Cass. 65/89; Cass. 6325/1987). Pertanto, se in presenza di un unico fatto genetico dell'illecito, la lesione ingiusta di una posizione giuridica si riflette su altra posizione giuridica, vulnerando l'integrità di questa (*c.d.* effetto rimbalzo), la tutela è condizionata non tanto dal presupposto che il pregiudizio arrecato alla seconda posizione sia effetto immediato e diretto del comportamento dell'agente, ma piuttosto all'esistenza di una regolarità causale che sia idonea a correlare l'effetto considerato con l'azione originaria. Ritenuto, quindi, che ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il nesso di causalità fra fatto illecito ed evento, può essere anche indiretto e mediato, purché con le caratteristiche suddette, non è sufficiente fare riferimento al disposto dell'art. 1223, per escludere il risarcimento del danno in favore dei congiunti del soggetto leso.

La giurisprudenza, pertanto, riconosce la risarcibilità dei cosiddetti “danni riflessi”, ossia delle lesioni di diritti, conseguenti al fatto illecito altrui, di cui siano portatori soggetti diversi dall'originario danneggiato, ma in significativo rapporto con lui (Cass. 60/1991; Cass. 8305/96; Cass. 12195/98)

Il principio applicato è sempre quello della regolarità causale, in quanto sono considerati risarcibili i danni che rientrano nel novero delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto.

Motivatamente nel contesto di tali principi - pienamente condivisibili - si pone la sentenza in commento allorché, in base ad un criterio di normalità (o regolarità) causale, individua tra le possibili posizioni giuridiche lese dall'evento dannoso quelle dei familiari della vittima che subiscono direttamente, anche se mediatamente attraverso il rapporto di parentela, le conseguenze di un danno apportato al familiare.

In particolare, in siffatta ipotesi, il Collegio ha riconosciuto la legittimazione dei prossimi congiunti ad agire nei confronti dell'autore del fatto per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza delle lesioni patite dal congiunto con riferimento al danno biologico, comprensivo del danno alla vita di relazione.

Il Collegio ha poi riconosciuto, sempre sotto il profilo del danno riflesso, la possibilità che i congiunti del soggetto leso richiedano anche il risarcimento del danno morale di cui all'art. 2059 c.c., conformandosi sul punto all'orientamento espresso dalla più recente giurisprudenza della S.C. (sent. n. 4186/98; n. 4852/99; n. 13358/99; n. 1516/01; S.U. n. 9556/02; sent. n. 8827/03).

La Corte di Cassazione, infatti, innovando il precedente restrittivo orientamento secondo il quale solo in caso di morte del soggetto leso è configurabile un danno morale risarcibile a favore degli stretti congiunti (cfr., *ex plurimis*, Cass., n. 1421/98; n. 11396/97; n. 11414/92; n. 6854/88), ha recentemente affermato che non sussistono ostacoli teorici ad ammettere il risarcimento a loro favore anche in caso di sopravvivenza alle lesioni del soggetto direttamente colpito, purché la sofferenza si presenti come effetto normale dell'illecito secondo un criterio di regolarità causale (Cass., 23/4/98, n. 4186).

Si è in particolare ritenuto che la struttura della norma che prevede il danno morale (art. 2059 c.c.) non è di ostacolo all'applicazione anche a tale ambito dei principi elaborati a proposito dei cosiddetti "danni riflessi" (o "di rimbalzo", secondo la definizione della giurisprudenza d'oltralpe), che avevano già indotto a ravvisare la risarcibilità del danno biologico a favore degli stretti congiunti del "soggetto leso e sopravvissuto al fatto" (cfr. Cass. 8305/96; Cass. 12195/98).

Problema paventato è semmai quello di un allargamento a dismisura del risarcimento del danno morale; problema risolto, tuttavia, sul piano probatorio, evitando il disinvolto ricorso alle presunzioni e considerando le peculiarità del caso (nella specie, caratterizzato, come abbiamo visto, dalla richiesta di danno morale da parte dei genitori di una bambina che aveva subito lesioni gravemente invalidanti e deturpanti).

Tali rilievi - ribaditi anche da Cass., 1/12/1999 n.13358, 19/5/1999 n. 4852 e 2/272001 n. 1516 (esclusa solo Cass., n. 2037 del 2000) - sono stati da ultimo condivisi dalle Sezioni Unite che, componendo il contrasto che si andava di nuovo profilando, hanno enunciato il seguente principio di diritto, che va qui riaffermato: *"ai prossimi congiunti della persona che abbia subito, a causa del fatto illecito costituente reato, lesioni personali, spetta anche il risarcimento del danno morale concretamente accertato in relazione ad una particolare situazione affettiva con la vittima, non essendo ostativo il disposto dell'art. 1223 c.c., in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso, con conseguente legittimazione del congiunto ad agire iure proprio contro il responsabile"* (Cass., sez. un., 22 maggio 1002, n. 9556 e conf. Cass. 7-31 maggio 2003 n. 8827). Non sussistono, dunque, più ostacoli al risarcimento del danno morale a favore dei prossimi congiunti del soggetto che sia sopravvissuto alle lesioni seriamente invalidanti ad agire *iure proprio* contro il responsabile" (Cass., sez. un., 22 maggio 1002, n. 9556 e conf. Cass. 7-31 maggio 2003 n. 8827).

Vincenza Di Martino

OTTAVIO CALEO

PATRONAGE E ART. 1333 C.C.: GLI SVILUPPI DELLA QUESTIONE NEI RECENTI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

Nate nell'ambiente bancario statunitense e rapidamente impostesi nella prassi dei rapporti finanziari tra gruppi di società ed istituti di credito di larga parte dei Paesi europei, le lettere di *patronage*¹ rappresentano senz'altro una delle forme più significative di garanzia "atipica" dell'odierna realtà economica.

Ancorchè la versatilità dello strumento abbia reso tutt'altro che agevole per gli interpreti² l'opera di comprensione e definizione del fenomeno, pressochè pacifica è l'idea che la locuzione *lettres de patronage* abbracci dichiarazioni di diversa natura e svariato tenore rilasciate da una società controllante (*patronnant*) appannaggio di un istituto bancario, per propiziare l'apertura di un credito o anche una semplice proroga/rinnovo dell'erogazione a favore di una "società satellite" su cui la capogruppo, in virtù della detenzione del pacchetto di maggioranza o di altro legame funzionale che giustifichi la comunanza di dati obiettivi economici, sia in grado di esplicare la propria influenza. Si tratta, dunque, di nuove forme di garanzia che, facendo leva sull'*autorevolezza* e sullo spessore economico della società capogruppo, cercano di agevolare la concessione del credito, rafforzando, nel destinatario-creditore, la convinzione che la società patrocinata, sensibile all'*influenza* del *patronnant*, farà fronte ai propri impegni. Trovano, così, adeguata soddisfazione le aspettative di entrambe le parti dal momento che la banca avrà precise garanzie in ordine al recupero del credito e, d'altro canto, la capogruppo potrà svolgere proficuamente la propria attività di assistenza finanziaria delle società "controllate", scongiurando l'assunzione della responsabilità in solido col debitore principale, tipica degli ordinari strumenti di garanzia personale di stampo fideiussorio, e maturando, altresì, una serie di agevolazioni di tipo economico, prima fra tutte il mancato assoggettamento ad iscrizione obbligatoria nel bilancio d'esercizio.³

L'attuale diffusione pratica delle lettere di *patronage* ha tolto interesse al problema del valore giuridico o meramente sociale da attribuire alle stesse.

Si può, considerare, infatti, superato quell'orientamento dottrinale

dottrinale e "risveglio" giurisprudenziale, in Contratti, 2001, I, p. 87 s. Sugli aspetti di diritto internazionale privato della questione v. LO GULLO, Se le lettere di patronage siano da qualificare come promesse di garanzia atipiche o come contratti ai fini della scelta della legge applicabile, in Studium iuris, 2001, p. 202 ss. Per una efficace sintesi degli attuali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla tematica v. CIACCA, Le lettere di

patronage, in Nuova giur. civ. comm., 2002, I, p. 86 ss.

³ A questo proposito, CIACCA, op. cit., p. 88, in nota, rileva come la mancata iscrizione nei conti d'ordine della società non solo eviti "un appesantimento del passivo", ma anche "una pubblicità non sempre gradita sullo stato finanziario del gruppo", a garanzia, dunque, della trasparenza degli interessi della capogruppo sulle società da essa monitorate.

¹ Si parla variamente di lettere di "gradimento" o di "intenti", od anche, negli ordinamenti di Common law, di comfort letters e letters of awareness.

² A dispetto dell'origine recente del fenomeno, già cospicua è la letteratura in materia.

Limitandosi a segnalare solo i contributi più significativi cfr.:

CHIOMENTI, Lettere di conforto, in Riv. dir. comm., 1974, I, p. 346 ss.;

SEGGI M., La "lettres de patronage" come garanzia personale impropria, in Riv. dir. civ., 1975, I, p. 126 ss.;

CHECCHINI, Rapporti non vincolanti e regole di correttezza, Padova, 1977;

PROSPERI, "Lettres de patronage" e mendacio bancario, in Banca, borsa, tit. cred., 1979, I, p. 152;

ALLEGRI, Brevi note sulla lettera di patronage, in Banca, borsa, tit. cred., 1983, I, pp. 316 ss.;

DI GIOVANNI, Le lettere di "patronage", Padova, 1984;

MAZZONI A., Le lettere di "patronage", Milano, 1986;

DELI-GIARDINA, Le lettere di "patronage", in Dir. comm. internaz., 1987, pp. 273 e 577;

SEVERINI, Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa di fatto del terzo, in Dir. fall., 1991, p. 41 ss.;

VANONI S., Interpretazione e qualificazione delle lettere di "patronage": conferme e sviluppi in alcune recenti sentenze, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, II, p. 396;

SEVERI, Lettere di "patronage": responsabilità per inesatte informazioni economiche, ibidem, p. 538. In tempi più recenti cfr. BOZZI, Le garanzie atipiche, I, Milano, 1999;

TARTAGLIA P., I negozi atipici di garanzia personale, Milano, 1999;

SICA, Gentlemen's agreements e intento giuridico negativo: elaborazione

negativo: elaborazione

negativo: elaborazione

negativo: elaborazione

negativo: elaborazione

negativo: elaborazione

negativo: elaborazione

negativo: elaborazione

- ⁴ CHECCHINI, op. cit., p. 102; MONTAGNANI, Le garanzie prese sul serio: cortesia, pratiche generali interpretative e controlli nelle lettere di patronage, in Banca, borsa e tit. cred., 1986, II, p. 450.
- ⁵ VANONI, Le lettere di patronage deboli e responsabilità del patronnant, in Banca borsa, tit. cred., 1994, II, p. 47.
- ⁶ COSTANZA, Contratti e negozi unilaterali, in Vita notarile, 1993, I, p. 54; SEGNI, op. cit., p. 135; DELI-GIARDINA, op. cit., p. 280 ss. È rimasto, invece, minoritario quell'orientamento (PROSPERETTI, op. cit., p. 76 ss.; RUFFOLO, Lettres de patronage e responsabilità aquiliana, in Dir. impr., 1984, p. 459), pur seguito, talora, dalla giurisprudenza di merito (cfr. App. Roma, 17 ottobre 1989 in Giust. civ., 1989, I, 2652 e Trib. Firenze, ivi, 1994, I, 1405) che riconduceva le false dichiarazioni rilasciate dal patronnant allo schema del dolo del terzo ex art. 1439, II comma, fondandone una responsabilità per danni a titolo extracontrattuale nei casi in cui, secondo la regola generale, la dichiarazione fosse stata conosciuta dalla società patrocinata che ne avesse tratto un personale vantaggio.
- ⁷ Trib. Milano, 22 giugno 1995, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, II, 396, con nota di Vanoni; Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, in Giur. it., 1996, I, 1, 738, con nota di CHINÉ, e in Nuova giur. civ. comment., 1996, I, p. 278 con nota di CAVANNA, e in Giust. civ., 1996, II, p. 3007, con nota di CALICETI, e in Società, 1996, p. 288, cit., con nota di FIGONE; implicitamente in tal senso App. Roma, 15 giugno 1998, in Contratti, 1999, I, p. 234, con nota di ACERBIS e Trib. Reggio Emilia, 12 febbraio 1998, in Dir. fall., 1998, III, 986.
- ⁸ Questo, in sintesi, il pensiero della Corte in Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, cit.

minoritario⁴ che attribuiva rilievo al fenomeno esclusivamente sotto un profilo di *fair play*, correttezza ed etica professionale, negando vincolatività alle dichiarazioni del *patronnant*, il cui mancato rispetto poteva esclusivamente comportare una perdita di affidabilità nelle relazioni commerciali: il problema sembra oggi superato quantomeno nel senso di una “presunzione di giuridicità”⁵ delle lettere di *patronage*, chè può essere vinta dalla prova dell'intenzione delle parti di aver voluto sottrarre il rapporto alla sfera del giuridicamente rilevante per mantenerlo su quello dei c.d. *gentlemen's agreements*.

Una volta ammessa la rilevanza giuridica del fenomeno, si è posto, però, inevitabilmente, il problema della qualificazione giuridica delle stesse, alla luce del grado di “impegnatività” che si voglia riconoscere alle dichiarazioni del *patronnant*.

A riguardo, determinante è senz'altro la *summa divisio*, all'interno del variegato mondo del *patronage*, tra lettere deboli (c.d. *soft comfort letters*) e lettere forti (c.d. *hard comfort letters*), incentrata sulle maggiori o minori garanzie fornite dalla “società madre” in ordine alla solvibilità della patrocinata.

Le prime presentano un contenuto prevalentemente informativo-assertivo: si tratta, cioè, di una serie di dichiarazioni di scienza con cui la capogruppo si limita a confermare la propria posizione di controllo nei confronti della patrocinata, ne attesta la regolare gestione, escludendo mutamenti dell'assetto di controllo o del *management*, ovvero sostiene di essere a conoscenza del rapporto di credito intercorrente tra l'istituto e la società satellite.

Ben più pregnante, invece, il contenuto delle lettere “forti”, con le quali si cerca di rassicurare la banca sui rischi economici del finanziamento, coinvolgendo lo stesso *patronnant* nell'alea connessa alla operazione di credito: sovente, dunque, il *patronnant* si impegna a non cedere la propria partecipazione sociale senza il consenso della banca per tutto il periodo di durata del contratto di finanziamento, o, addirittura, ad adottare tutte le misure necessarie affinché il raccomandato adempia puntualmente alle obbligazioni assunte nei confronti della banca.

Dottrina⁶ e giurisprudenza⁷ hanno raggiunto una sostanziale convergenza in ordine al grado di impegnatività delle lettere “deboli”: escluso che esse possano comportare l'assunzione di una specifica obbligazione negoziale da parte del *patronnant*, si ritiene che, stante l'inserimento della dichiarazione all'interno della trattativa tra la banca e la società patrocinata, ne sia possibile la rilevanza ex art. 1337 c.c. che impone alle parti un dovere di buona fede nelle trattative.

Il patrocinante, in parole povere, può avere ingenerato, col suo intervento, delle aspettative sul buon esito dell'operazione, non potendo, chiaramente, essere considerato alla stregua di un qualunque terzo che s'inserisca in una trattativa a lui estranea: legittima è, pertanto, la configurabilità di una responsabilità in presenza

di dichiarazioni mendaci o comportamenti negligenti lesivi degli altrui affidamenti.⁸

Notevoli difficoltà ha, invece, creato, alla nostra giurisprudenza, l'indagine sulla natura giuridica delle lettere “forti” e sulle conseguenze che possano derivare alla capogruppo della loro emissione.

Ad un approccio iniziale che, animato dal desiderio di sgomberare il campo da

⁹ Cfr. App. Roma, 4 dicembre 1979, in Banca, borsa, tit. cred., 1981, II, p. 88, secondo cui "dalla lettera di patronage con la quale la società controllante assicura il puntuale adempimento degli impegni da parte della società controllata, non può desumersi alcun elemento che consenta la configurazione di una obbligazione fideiussoria, la quale postula una manifestazione di volontà chiara ed univoca", con evidente allusione al disposto dell'art. 1937 a norma del quale la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa.

¹⁰ Così, Trib. Milano, 10 maggio 1979, in Banca, borsa, tit. cred., 1981, II, p. 88; Trib. Milano, 1 dicembre 1983, ivi, 1984, I, p. 383; Trib. Milano, 12 novembre 1992, in Giur. it., 1994, I, 2, 154. La migliore dottrina (BIANCA M., Diritto civile, V, La responsabilità, Milano, 1994, p. 529) tende ad abbandonare questa chiave di lettura del fenomeno, rilevando come il raccomandante non prometta l'adempimento del raccomandato, ma si limiti a garantire un "fatto proprio", ossia il proprio impegno personale affinché l'obbligato adempia.

¹¹ Così, in dottrina, fra gli altri, SEGNI, op. cit., p. 135; DI GIOVANNI, op. cit., p. 36 ss.; MAZZONI, op. cit., p. 117; SPINGONE, Lettera di patronage: dichiarazione a contenuto impegnativo e qualificazione contrattuale della fattispecie, in Corr. giur., 1996, p. 301 ss.

¹² L'art.1333 presenta, invero, una struttura davvero inconsueta. Nella norma, difatti, si fa riferimento ad una proposta con obbligazioni a carico del solo proponente che diventa irrevocabile appena giunta a conoscenza dell'oblato e, ove non sia rifiutata dal destinatario nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, dà luogo alla conclusione del contratto. L'impostazione tradizionale, (ex multis TAMBURRINO, I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto,

"pericolosi" accostamenti con la fideiussione,⁹ tendeva a far rientrare le lettere "forti" nell'alveo della promessa di fatto del terzo ex art. 1381 c.c.,¹⁰ ha fatto seguito, finendo col prevalere, l'idea che vede nelle lettere "forti" delle fonti di obbligazioni ex art. 1333 c.c.,¹¹ legando l'interpretazione del fenomeno alla *vexata questio* della natura del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente.¹² Secondo la tesi sposata nel 1995 dalla Suprema Corte,¹³ il *patron-*

Milano, 1954, 70 ss.; OSTI, voce Contratto, in Noviss. Dig. It., IV, Torino, 1959, 515; SCOGNAMIGLIO R., Dei contratti in generale, in Commentario al cod. civ. diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, pp.161 ss., sub art. 1333; in giurisprudenza, cfr. Cass., 16 marzo 1951, n. 672, in Giur. it., 1952, I, 1, 858, con nota di CASTELLANI) ancora prevalente, tende a rinvenire nel meccanismo dell'art.1333 un procedimento di formazione del contratto, seppur atipico. Avremmo, cioè, un singolare congegno, fondato su una proposta e un semplice contegno omissivo (il mancato rifiuto) da parte del destinatario che andrebbe qualificato come accettazione tacita. Sono state avanzate, però, altre ricostruzioni della fattispecie. Una delle più significative (SACCO, Contratto e negozio a formazione bilaterale, in Studi in onore di Paolo Greco, II, Padova, 1965, pp. 953 ss; CARRESI, Il contratto con obbligazioni del solo proponente, in Riv. dir. civ., 1974, I, pp. 393 ss.) è espressa al culmine di un processo di revisione del valore della bilateralità nella formazione dell'accordo, che viene reputata indispensabile solo per i contratti sinallagmatici, con obbligazioni, cioè, a carico di entrambe le parti. Visto che nell'art.1333 non è richiesta alcuna accettazione da parte del destinatario e che la legge parla pur sempre di contratto, l'autore ritiene che quella dell'art.1333 sia un'ipotesi di "contratto a formazione unilaterale", formato, cioè, da un'unica dichiarazione, quella del proponente, e caratterizzato, comunque, dal rispetto delle prerogative dell'oblato, tramite il riconoscimento di un potere di rifiuto degli effetti dell'atto. Questa posizione, pur aspramente criticata, ha aperto la strada ad una lettura in chiave unilaterale della norma (BENEDETTI, Dal contratto al negozio unilaterale, Milano, 1969, seguito, in tempi recenti, fra gli altri, da BIANCA, Diritto civile, III, Il contratto, Milano, 1987, p. 266 ss.; CHINE G., La Cassazione sul patronage: una voce

fuori dal coro, in Giur. it., 1996, I, 1, pp.737 ss.). Prendendo spunto da un'analisi della tecnica procedimentale usata dalla norma (dall'anomalia di una proposta irrevocabile ex lege e senza fissazione di un termine di durata, al riconoscimento di un potere di rifiuto in capo all'oblato), passando attraverso un'indagine sulle ragioni di politica legislativa sottese al dato normativo, si arriva a concludere che la proposta di cui all'art.1333 non coincide con l'abituale atto prenegoziale, ma sia un negozio unilaterale che fissa già ex se un determinato assetto d'interessi tra le parti. L'art. 1333 sarebbe, così, situato a metà strada tra il contratto e il negozio unilaterale (tanto che si parla di "negozio unilaterale con struttura a rilievo bilaterale") e sarebbe emblematico di una tendenza generale del nostro ordinamento (rinvenibile, ad esempio, anche nella remissione del debito e nel contratto a favore di terzo), volta a consentire la possibilità di produrre effetti favorevoli nella sfera giuridica di terzi, salvo il potere di rifiuto dei medesimi. Si parla, così, di "negozio unilaterale soggetto a rifiuto", categoria che dà ampio spazio alle odierne esigenze di celerità dei traffici, facendo comunque salva la libertà di apprezzamento del destinatario, anche in relazione ad effetti giuridici favorevoli.

¹³ Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, cit. Non si tratta, peraltro, della prima pronuncia che si esprima a favore dell'unilateralità della fattispecie di cui all'art. 1333: cfr., seppur indirettamente, Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in Giur. it., 1988, I, 1, 1560 ss., e in Corr. giur., 1988, p. 144 ss., con nota di MARICONDA, e in Giust. civ., 1988, I, p. 1237 ss., con nota di COSTANZA, che nel sancire, per la prima volta, l'applicabilità dell'art. 1333 anche ai contratti ad effetto reale, configurando delle vere e proprie forme di "pagamento traslativo", ritiene soddisfatto l'eventuale requisito di forma richiesto con la stesura in forma scritta della sola proposta,

considerando, così, implicitamente irrilevante la sussistenza di una qualche forma di accettazione, anche solo tacita. Ancora, Cass., 22 febbraio 1995, n. 2021, in Riv. notar., 1996, p. 914, che, nel confermare la natura di negozio unilaterale recettizio della remissione del debito, la riconduce allo schema generale dell'art. 1333, prendendo, così, indirettamente posizione anche sulla struttura di quest'ultima fattispecie.

¹⁴ Sul punto cfr. GALGANO, Lettere di patronage e promesse unilaterali atipiche, in Contr. impr., 1996, p. 9ss.

¹⁵ Limite che la Corte, forte delle elaborazioni dottrinali sul punto (v. CASTIGLIA, Promesse unilaterali atipiche, in Riv. dir. comm., 1983, I, p. 327 ss.; GRAZIANI, Promesse unilaterali, in Enc. giur., XXIV, Roma, 1991) mostra di intendere come semplicemente rivolto ad evitare l'assunzione di impegni astratti, non sorretti da un'adeguata giustificazione causale, e non come generale preclusione a promesse unilaterali atipiche, ammissibili nei limiti in cui superino il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi dell'art. 1322 c.c., II comma.

¹⁶ Trib. Torino, 11 aprile 2000, in Giur. it., 2001, II, I, p. 1445 ss., con nota di DI BRACCIO.

¹⁷ Sul punto critica DI BRACCIO, op. cit., p. 1446, che parla di "illegittima inversione dell'onere della prova" a danno del creditore.

¹⁸ Cass., 3 aprile 2001, n. 4888, in Giur. it., 2001, III, I, p. 2254 ss., con nota di MUSY; Id., 25 settembre 2001, n. 11987, in Studium iuris, 2002, p. 393 ss., con nota di BOLOGNINI.

¹⁹ Cass., 25 settembre 2001, n. 11987, cit., che richiama, tuttavia, per il patronage "forte", l'applicazione, nell'indagine sul contenuto effettivo della dichiarazione del patronnant, delle regole di ermeneutica contrattuale degli artt. 1362 e 1366, in quanto, però, compatibili con la sua natura di "atto unilaterale", ai sensi dell'art. 1324 c.c., lasciando intravedere ancora, almeno per le lettere di patronage, una certa

nant si esporrebbe ad una responsabilità di tipo contrattuale in quanto le dichiarazioni contenute nelle lettere "forti" rappresenterebbero negozi unilaterali che producono effetti senza che sia necessaria l'accettazione della controparte ex art. 1333, norma "dalla quale è possibile arguire che, nel nostro ordinamento, i rapporti giuridici con obbligazioni a carico di una sola delle parti possono costituirsi per effetto della sola volontà dell'obbligato, salvo il potere di rifiuto del destinatario... e, quindi, in definitiva, per effetto di un atto unilaterale".

Nonostante le obiezioni che subito furono mosse a tale ricostruzione, sia in ordine all'opportunità di utilizzarla per le lettere di *patronage* nelle quali l'assunzione di un obbligo da parte della capogruppo non avviene gratuitamente,¹⁴ ma allo scopo di indurre la banca a finanziare la patrocinata e, più in generale, sul limite della tipicità che l'art. 1987 c.c. pone all'efficacia obbligatoria delle promesse unilaterali,¹⁵ il suddetto intervento della Corte sembrava aver finalmente gettato luce non solo sull'impegnatività delle lettere "forti", ma anche in ordine alla bontà di una lettura in chiave unilaterale del meccanismo dell'art. 1333.

I recenti interventi della Cassazione non sembrano, invece, animati dalla stessa convinzione.

Confermata l'idea¹⁶ che le lettere "deboli" siano fonte di responsabilità in base agli artt. 1337-1338 c.c. laddove le informazioni fornite siano "false, reticenti, fuorvianti", si ribadisce la riconducibilità delle lettere con cui si garantisce la solvibilità della società controllata *sub* art. 1333, caratterizzandole, però, come fonte di obbligazioni di mezzi e di responsabilità per la società controllante, pertanto, solo ove sia provato un suo comportamento negligente ai sensi dell'art. 1176 c.c., con tutte le perplessità che tale soluzione solleva rispetto alle obbligazioni di risultato, per le quali opererebbe la regola ordinaria dell'art. 1218 c.c.¹⁷

Le maggiori incertezze e contraddizioni si sono, però, registrate in ordine alla spiegazione dell'art. 1333.

In due recentissime pronunce¹⁸ viene infatti riproposta l'ipotesi ricostruttiva delle lettere "forti" come fattispecie negoziali con causa di garanzia che si perfezionano secondo lo schema dell'art. 1333, ma si evita accuratamente di prendere posizione sulla natura della fattispecie "prescindendo dal fatto che si aderisca o meno all'orientamento dottrinale che configura la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. come un negozio unilaterale e che nega, pertanto, natura negoziale al mancato rifiuto del destinatario, o che, al contrario, si propenda per quell'orientamento che qualifica il contratto con obbligazioni del solo proponente come un contratto vero e proprio pur se costituito in forza della sola proposta";¹⁹ quando non si ritenga, addirittura, che "un'accettazione non è necessaria nello schema negoziale delineato dall'art. 1333 c.c., il quale prevede che, intervenuta la proposta..., la conclusione del contratto è impedita solo dal rifiuto".²⁰

predilezione per la tesi del negozio unilaterale. Cfr., però, Cass., 4 settembre 2001, n. 11391, inedita, che ritiene la fattispecie del contratto unilaterale una semplice variante atipica allo schema generale di formazione del contratto, imperniato

sull'incontro della volontà delle parti, per il fatto che la sequenza si perfeziona i virtù del mancato rifiuto della proposta entro il termine previsto dalla natura dell'affare o dagli usi.

²⁰ Cass., 3 aprile 2001, n. 4888, cit.

Una rapida analisi delle recenti tendenze della giurisprudenza in materia di *patronage* rende evidente come, anche a causa della poliedricità del fenomeno, si sia ancora lontani dal maturare soluzioni univoche e appaganti.

Nonostante, in buona sostanza, riscuota sempre più consensi l'orientamento che considera le lettere "forti" proposte di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, le incertezze sulla ricostruzione dogmatica del meccanismo dell'art. 1333 si riverberano inevitabilmente sulla loro qualificazione giuridica,²¹ rendendo precari i risultati ad oggi acquisiti.

²¹ A seconda della tesi che si ritenga preferibile, infatti, si dovrà considerare la lettera "forte" come un negozio unilaterale o come un contratto frutto dell'accordo tra patrocinante e destinatario, con le relative, diverse conseguenze in ordine al momento di produzione dell'effetto e alla disciplina applicabile.

LINDA GENTILI

IL DISCONOSCIMENTO DELLA PATERNITÀ A SEGUITO DELLA FECONDAZIONE ARTIFICIALE

1. La procreazione medicalmente assistita: a fronte di tanti problemi una materia ancora priva di regolamentazione

È ammissibile che un marito, il quale abbia prestato il proprio consenso all'inseminazione eterologa della moglie, possa successivamente agire per il disconoscimento della paternità? In merito, il giudice di legittimità,¹ con

una sentenza molto coraggiosa, ha statuito che l'azione di disconoscimento non sia esperibile. Tale decisione pone termine ad una vicenda processuale le cui sentenze di merito,² ora cassate, hanno dato origine a serrate dispute dottrinarie,³ ravviate da poche altre pronunce di merito,⁴ da una decisione della Corte Costituzionale⁵ e da accessi dibattiti parlamentari. La scienza medica, infatti, si è fatta sì interpretare del desiderio di genitorialità di molte coppie, riportando, attraverso la separazione tra atto sessuale e concepimento, nel dominio della volontà decisioni che prima non vi appartenevano, ma, allo stesso tempo, ha messo in crisi non solo i valori morali, che possono essere comunque lasciati alla coscienza di ciascuno, ma gli stessi "pilastri" sui quali si fonda l'istituto della famiglia: si può, per esempio, ritenere ancora applicabile in via analogica l'art. 231 c.c. nella fattispecie procreativa in questione, non potendosi in tal caso parlare di presunzione di paternità, dal momento che il nato non è oggettivamente figlio genetico del marito della madre? L'ampliamento delle possibilità di scelta ha reso necessario la configurazione di regole specifiche, che attengano a questa particolare situazione, regole che, da un lato, selezionino le decisioni socialmente accettabili e, dall'altro, garantiscano che le scelte non ledano i diritti fondamentali.⁶

Eppure, nonostante la questione attenga a diritti tra i più fondamentali della persona, costituzionalmente tutelati, nel nostro ordinamento non è ancora prevista una regolamentazione delle pur invalse e applicate tecniche di procreazione medicalmente assistita, il che pone il nostro Paese in una posizione di drammatico ritardo rispetto a quelli stranieri, sia europei che extraeuropei, i quali sulla stessa materia hanno già più volte legiferato, non permettendo in linea di massima il disconoscimento della paternità.⁷ Il panorama italiano,

¹ Cass. civ. sez. I, 16.3.1999 n. 2315, in *Famiglia e diritto*, 1999, pp. 233 ss., con commento di M. Sesta, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*.

² App. Brescia, 10.5.1995, in *Dir. famiglia*, 1996, p. 116; Trib. Cremona 17.2.1994, in *Giur. it.*, I, 2, 1994, p. 995.

³ M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Famiglia e diritto*, 1994, p. 179; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993; G. FERRANDO, *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, Padova, 1989; M. MORI, *La fecondazione artificiale*, Bari, 1995; G. Manera, *Osservazioni in tema di procreazione assistita*, in *Giust. civ.*, 1996, II, pp. 11 ss.;

⁴ Trib. Rimini, 24.3.1995, in *Famiglia e diritto*, 1996, p. 39; Trib. Napoli, ord., 14.3.1997, in *Famiglia e diritto*, 1997, pp. 261 ss.;

⁵ Corte Costituzionale, 26.9.1998 n. 347, in *Dir. famiglia*, 1999, p. 505, con nota di G.M. UDA, *Sulla pretesa inapplicabilità dell'art. 235 c.c., nei confronti dei figli legittimi nati a seguito di fecondazione artificiale eterologa*, e E. PRANDINI, *Il disconoscimento di paternità nel caso di fecondazione eterologa consentita dal marito: permanenza del vuoto normative e prospettive giurisprudenziali*.

⁶ G. FERRANDO, *Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento della*

procreazione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 347; P. IAGULLI, *Riproduzione artificiale eterologa e disconoscimento di paternità*, in *Iustitia*, 2000, pp. 102-104; C.M. SCISO, *Ancora in tema di fecondazione assistita eterologa e disconoscimento di paternità*, in *Giur. it.*, I, 2000, p. 276; F. D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 571; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999, p. 74; S. CHIESSI, *La fecondazione artificiale*

eterologa: verità biologica e verità giuridica, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, n. 5, pp. 522 ss. ;
⁷ Per il contenuto dei testi normativi e maggiori approfondimenti, C.M. SCISO, *Procreazione assistita e filiazione: esperienze europee a confronto*, Bari, 1995; D. VETRI, *Le tecnologie riproduttive nell'esperienza degli Stati Uniti d'America*, in *Politica del diritto*, 1988, pp. 91-117. In sintesi, i Paesi europei quali Francia, Austria, Germania, Gran Bretagna, Spagna, Svezia, Norvegia, Svizzera, Olanda,

Belgio, Portogallo, così come quelli extraeuropei, quali Australia e Stati Uniti d'America, hanno consentito l'accesso all'inseminazione artificiale eterologa, sia che ne faccia richiesta la coppia coniugata, sia che ne faccia richiesta la coppia di conviventi in modo stabile. Solo la legge non contempla le coppie di conviventi. In ogni caso, per quanto concerne l'attribuzione della paternità, lo *status* di genitore viene attribuito al coniuge o al convivente, che ha acconsentito a che la moglie o *partner* fosse inseminata con seme di donatore, purché non si provi la sua contrarietà alla procedura. Proprio a questi fini, entrambi i coniugi o conviventi debbono preventivamente sottoscrivere un documento, che attesti la volontà dell'uomo di riconoscere alla nascita il bambino partorito dalla moglie o dalla convivente.

⁸ Trib. Roma, 30.4.1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, p. 217, con nota di A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*.

⁹ A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in AA.VV., *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, p. 15.

¹⁰ P. D'ADDINO SERRAVALLE, *L'individuazione della madre e del padre con riferimento all'inseminazione artificiale eterologa*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 604.

¹¹ A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 621.

¹² Trib. Cremona 17.2.1994, *cit.*, p. 995. In tale ipotesi il Tribunale aveva dichiarato l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento a seguito di inseminazione artificiale proprio partendo dall'assunto che la paternità si determina sulla base della sola derivazione biologica.

¹³ In giurisprudenza si sono pronunciate nel senso dell'esperibilità dell'azione di disconoscimento: App. Brescia, 10.5.1995, *cit.*; Trib. Rimini, 24.3.1995, *cit.*; Trib.

invece, è dominato da un impressionante vuoto legislativo, in cui da anni si susseguono varie proposte legislative, che, però, rimangono tali. L'ultimo disegno legge approvato dalla Camera, Norme in materia di procreazione assistita, risale al 18 giugno del 2002 ed attualmente è, ancora, all'esame del Senato. Tale disegno legge propone un divieto assoluto del ricorso alla procreazione assistita di tipo eterologo (art. 4), non senza prevedere che, qualora il figlio nasca da madre coniugata e, quindi, in violazione di tale divieto, il marito non possa esercitare l'azione di disconoscimento ex art. 235 c.c., quando il consenso di quest'ultimo sia ricavabile da un atto concludente (art. 9). Allo stesso modo, nel caso di nascita da coppia non coniugata, l'uomo (evidentemente sul presupposto di un suo riconoscimento del nato) non potrebbe procedere con l'impugnazione ex art. 263 c.c. Lo *status* del figlio sarebbe condizionato dall'esistenza del rapporto di coniugio tra le persone che hanno determinato la nascita, coerentemente, pertanto, con la disciplina codicistica, che così dispone quando la procreazione avviene mediante un congiungimento fisico; il figlio, quindi, acquisirebbe lo *status* di figlio legittimo, qualora la coppia fosse unita in matrimonio e quello di figlio naturale in caso diverso.

Se tale disegno diventasse legge si porrebbe fine ad una situazione di incertezza in cui i figli "artificiali" continuano ad essere una categoria discriminata o, peggio ancora, una categoria non prevista. È opportuno ricordare, per sottolineare quanto sia grave la "latitanza" del legislatore, che a tale problematica si tenta di dare una soluzione da più di quarant'anni, tanto che la prima sentenza in materia risale al 1956, quando il Tribunale di Roma ammise l'azione di disconoscimento.⁸ E così, dal momento che solo la legge "... può creare il riconoscimento di una forma di filiazione, con tutta la forza vincolante di un rapporto, pur senza il presupposto di una derivazione naturale",⁹ i giudici hanno tentato di arginare il più possibile il problema, problema che sicuramente non può essere risolto da regole che si muovono sul piano della morale o della deontologia.

2. Definizione del concetto di paternità: paternità biologica o paternità sociale?

La possibilità di procreare indipendentemente dal congiungimento fisico ha imposto di chiarire, prima di tutto, quale sia il fondamento del rapporto di filiazione e di vedere se, relativamente alla posizione del padre, possano venire in rilievo, oltre al dato biologico, anche fattori volitivi. È, quindi, lo stesso concetto di paternità a dover essere ridefinito; la questione è se, all'interno delle regole vigenti, possa trovare spazio il riconoscimento di un nuovo e più ampio concetto di paternità derivante non da un legame naturale, ma da un atto di assunzione di responsabilità.¹⁰ L'ammissibilità o meno dell'azione ex art. 235 c.c. in seguito ad inseminazione artificiale eterologa dipende, infatti, dalla risposta che si da al seguente quesito: è per la sola esistenza del fattore biologico che esiste la ragione giuridica del rapporto di paternità?¹¹ Qualora si dovesse ritenere che lo *status* di padre possa essere acquisito assegnando esclusivo rilievo a "... quel rapporto di sangue che costituisce l'imprescindibile presupposto di ogni rapporto di filiazione",¹² nulla, in teoria, impedirebbe l'esperibilità dell'azione di disconoscimento nell'ipotesi in questione.¹³

Cremona, 17.2.1994, *cit.*; Trib. Napoli, ord., 14.3.1997, *cit.*; In dottrina, tra gli autori favorevoli all'applicabilità dell'art. 235 c.c. nel caso di specie, si ricordano: P. VERCELLONE, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, III, 2, Torino, 1987, pp. 321 ss.; G. PONZANELLI, *La "forza e la purezza" degli status: disconoscimento di paternità e inseminazione artificiale*, in *Famiglia e diritto*, 1994, pp. 186-189; G. CATTANEO, *Filiazione legittima*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 98; G. MILAN, *Consenso del marito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie, successivo disconoscimento di paternità e interesse del minore*, in *Dir. famiglia*, 1999, pp. 942 ss.; G. MILAN, *La procreazione assistita*, Padova, 1997, 255; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, p. 73; M. GORGONI, *Fecondazione artificiale eterologa e rapporti parentali*, in *Giust. civ.*, 1994, pp. 1690, ss.; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Menoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993.

¹⁴ G. FERRANDO, *L'interesse del minore nella procreazione assistita*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. Tarello, Bologna, 1994, p. 130; G. BALDINI, *Prevalenza del fattore volitivo su quello biologico. Il "padre sociale"*, in *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999, pp. 82 ss.

¹⁵ M. CALOGERO, *Inseminazione artificiale eterologa*, in *La procreazione artificiale*, Milano, 1989, p. 137, il quale ritiene che accanto all'esercizio della libertà sessuale orientato alla generazione, nei rapporti tra marito e moglie, si va, instaurando un nuovo modo di procreare, che da luogo ad un nuovo rapporto di paternità, che si potrebbe denominare "paternità civile", in quanto fondato esclusivamente sulla volontà

Qualora, invece, si ritenga, da un lato, di essere in presenza di una paternità che ha le sue radici non nei geni, ma nella volontaria assunzione di una responsabilità, a cui non può non attribuirsi un valore ed un significato,¹⁴ in presenza, insomma, di quella che è stata definita una "paternità civile",¹⁵ e, dall'altro di dover porre a carico del padre responsabilità peculiari, in linea con il più generale "principio di auto-responsabilità per la procreazione",¹⁶ non si può che escludere l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento di paternità.¹⁷ Ed è proprio in questo senso che si è pronunciata recentemente la Corte di Cassazione nella suddetta sentenza così configurando un diritto del nato da fecondazione artificiale eterologa ad una paternità certa ed esclusiva, quella del padre sociale, e non un diritto assoluto del padre sociale sul figlio nato da fecondazione eterologa.¹⁸

3. Il principio dell'indisponibilità degli status e il divieto di venire contra factum proprium

Per poter arrivare ad una tale affermazione non ci si può certamente esimere dal tenere in considerazione altri principi portanti del nostro ordinamento giuridico, principi che non potendosi ritenere in assoluto non operativi nel caso concreto, mancando una norma che disponga in tal senso, vanno interpretati ed adattati il più possibile alla fattispecie in questione. L'affermazione che pur restando unico lo status di figlio, oggi esso possa essere acquisito non solo per generazione naturale e per adozione, ma anche in conseguenza di un preciso atto di volontà, il consenso, atto che è alla base del ricorso alla fecondazione eterologa, sembra porsi in contrasto con il principio di indisponibilità degli status. Sulla base di tale principio il giudice di primo grado ha affermato che "*consensus non facit filium*" e che ad esso non possa certamente essere attribuito il significato di rinuncia all'azione di disconoscimento, dal momento che il vigente ordinamento, fatta eccezione per l'istituto speciale dell'adozione, non

del marito di accogliere il figlio concepito.

¹⁶ Per un approfondimento del contenuto del principio di responsabilità per la procreazione, si vedano: G. FERRANDO, *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 995; P. STANZIONE, *Procreazione assistita e categorie civilistiche*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 862.

¹⁷ In giurisprudenza si sono pronunciate in tal senso: Cass. civ. sez. I, 16.3.1999 n. 2315, *cit.*, con commento di M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*, Trib. Napoli, 24.6.1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2507.

In dottrina ritengono inammissibile l'azione di disconoscimento: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *Famiglia e successioni*, Milano, 2001, p. 284; M.

DOGLIOTTI, *Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento*, in *Famiglia e diritto*, 1996, p. 44; G. FERRANDO, *Regole e principi nel disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, p. 185; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 52; G. BALDINI, *Paternità biologica e sociale. Problemi e prospettive nell'ambito della procreazione artificiale eterologa*, in *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999, pp. 62 s.s.; A. TRABUCCHI, *La procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, p. 498.

¹⁸ P. IAGULLI, *op. cit.*, 105-106, secondo il quale tale diritto meriterebbe di trovare spazio in qualsiasi elenco dei "nuovi" diritti bioeticamente rilevanti.

contempla alcun rapporto giuridico di filiazione che sia svincolato dal presupposto di un corrispondente rapporto biologico di sangue, con la conseguenza che il semplice consenso è inidoneo ad instaurare un rapporto di filiazione. Successivamente questo orientamento ha trovato adesione,¹⁹ non mancando una pronuncia²⁰ in cui si è persino giunti all'estrema conseguenza di ritenere che, non solo il consenso sia inefficace, ma che esso costituisca elemento integrante la fattispecie del reato di alterazione di stato di cui all'art. 567 c.p. Partendo dal presupposto che per l'ordinamento i figli sono legittimi solo se il concepimento è avvenuto ad opera del marito e che tale *status* è constatato attraverso la conforme redazione dell'atto di nascita, il giudice ne ha inferito che, qualora venga dichiarato come legittimo il figlio nato da inseminazione eterologa, figlio, quindi, non biologicamente discendente dalla coppia, si ponga in essere il reato di alterazione di stato.

Avverso una posizione così formalista, che non tiene conto delle peculiarità proprie della fecondazione artificiale eterologa, la dottrina è stata discordante. Si è autorevolmente sostenuto che, avendo il marito prestato adesione al progetto riproduttivo, non gli sia più consentito revocare il consenso, restandogli, quindi, inibita la promozione dell'azione di disconoscimento della paternità: una volta, infatti, prestato il consenso, la nascita del figlio sarebbe dovuta ad un suo atto consapevole, atto da qualificarsi come assunzione di responsabilità nei confronti del nascituro, espressione di solidarietà familiare, e, pertanto, non revocabile.²¹

Ulteriormente, sempre a sostegno della tesi dell'irrevocabilità del consenso, si è fatto richiamo alla disciplina dell'adozione, dato le evidenti analogie con l'inseminazione artificiale eterologa, ed in particolare al divieto posto per l'adottante di revocare il proprio consenso una volta perfezionata l'adozione.²² E ancora, è stato sottolineato, che in relazione del consenso del marito debba essere operato un ribaltamento di prospettiva, sottraendolo dall'area del giuridicamente irrilevante per assegnargli il valore di atto libero responsabile, che lega indissolubilmente la decisione del marito allo *status* del figlio. Il suddetto principio potrebbe essere superato dalla circostanza che in questo caso il consenso non rappresenta un inaccettabile atto di disposizione di uno *status*, bensì il presupposto per la sua creazione. In altri termini, il padre non dispone dello *status* del figlio, ma decide di far nascere un figlio; oggetto del consenso, quindi, non è lo *status* del figlio, ma il figlio stesso, nei cui confronti si assumono le responsabilità del genitore proprio nel momento in cui si autorizzano gli atti medici destinati a farlo nascere.²³

Tale problematica sembra, per il momento, aver trovato soluzione nella famigerata sentenza della S. C.,²⁴ la quale, ricordando che l'azione di disconoscimento di paternità ha la natura di un'azione di accertamento costitutivo, ha affermato che essa non possa spettare proprio al soggetto che abbia posto in essere o concorso a porre in essere, con atti o comportamenti non vietati dalla legge la situazione giuridica per cui la modificazione è apprestata. Il difetto di legittimazione del marito deriva, in tal caso, dal criterio generale secondo cui l'azione è strumento di tutela di posizioni soggettive, che hanno subito un'aggressione; di conseguenza "l'azione medesima, ove fosse attribuita, per rimuovere o modificare giudizialmente un rapporto al soggetto che lo ha liberamente determinato, si tradurrebbe in una iniziativa contro lo stesso titolare". D'altra parte, ad avviso del collegio, il ristretto ambito di titolarità dell'azione, la tassatività dei casi in cui essa è esercitabile e la brevità dei termini di decadenza indicherebbero come la prevalenza della realtà sulla presunzione non risponda ad un'esigenza pubblicistica, ma sia demandata ad una valutazione comparativa di opportunità, che può essere effettuata

¹⁹ App. Brescia, 10.5.1995, *cit.*

²⁰ Trib. Rimini, 24.3.1995, *cit.*

²¹ M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*, in *Famiglia e diritto*, 1999, n.3, pp.182-185.

²² D. HENRICH, *Inseminazione eterologa e disconoscimento della paternità*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 349 ss.

²³ G. FERRANDO, *Il disconoscimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa*, in *Dir. famiglia*, 1997, p. 749.

²⁴ Cass. civ. sez. I, 16.3.1999 n. 2315, *cit.*, p. 235.

solo dai soggetti protagonisti nella vicenda procreativa. È evidente che quando il marito concorda con la moglie di ricorrere alla fecondazione artificiale eterologa effettua e consuma tale valutazione. Un successivo ripensamento rinnegherebbe,

per tanto, “una scelta già espressa con l’assunzione di una paternità presunta nonostante la piena certezza della sua non rispondenza alla paternità biologica”.²⁵ La Corte, quindi, si appella al divieto del *venire contra factum proprium*. In dottrina, però, ci si interroga se tale divieto possa essere richiamato anche in materia di filiazione.²⁶ A tal proposito, è stato argomentato che, sino ad ora, in materia di azioni di stato il principio del *venire contra factum proprium* non ha avuto riconoscimento. In primo luogo, in materia di accertamento della filiazione naturale, con riguardo al cosiddetto “riconoscimento per compiacenza”, l’orientamento assolutamente prevalente sia in giurisprudenza,²⁷ che in dottrina,²⁸ rileva che la consapevolezza della non veridicità del riconoscimento non è di ostacolo all’ammissibilità dell’impugnazione, senza limiti di tempo, sul presupposto che l’impugnativa prevista dall’art. 263 c.c. abbia come fondamento la difformità tra la verità apparente risultante dalla dichiarazione di riconoscimento e la verità sostanziale. In materia di filiazione di filiazione legittima, la Corte d’Appello di Milano,²⁹ ha comminato la decadenza dalla patria potestà del marito, presunto padre, il quale si era astenuto dal disconoscimento del figlio notoriamente adulterino. In altri termini, l’abuso del diritto, consistente nell’omesso esercizio dell’azione di disconoscimento di cui il marito, all’epoca, deteneva l’assoluto monopolio, è stato dalla Corte fatto transitare nella decadenza dalla potestà, che in quell’occasione sembrava aver costituito la sanzione al non uso abusivo di non agire in disconoscimento. Da tutto ciò, secondo questa corrente dottrina, non può che dedursi che il principio del *venire contra factum proprium* sia ancor meno invocabile in materia di fecondazione eterologa.

stà del marito, presunto padre, il quale si era astenuto dal disconoscimento del figlio notoriamente adulterino. In altri termini, l’abuso del diritto, consistente nell’omesso esercizio dell’azione di disconoscimento di cui il marito, all’epoca, deteneva l’assoluto monopolio, è stato dalla Corte fatto transitare nella decadenza dalla potestà, che in quell’occasione sembrava aver costituito la sanzione al non uso abusivo di non agire in disconoscimento. Da tutto ciò, secondo questa corrente dottrina, non può che dedursi che il principio del *venire contra factum proprium* sia ancor meno invocabile in materia di fecondazione eterologa.

4. Valenza del principio del *favor veritatis*

L’affermazione che possa esistere una paternità che non trovi nel dato naturalistico il suo elemento fondante può, inoltre, almeno in apparenza, sembrare porsi in contrasto con il principio del *favor veritatis*. È necessario, pertanto, specificarne la portata, chiarire se esso abbia o no una valenza assoluta. In dottrina si è rilevato che la riforma del diritto di famiglia non ha voluto esprimere un astratto omaggio alla verità come valore assoluto, bensì ha voluto attuare il principio di responsabilità per la procreazione enunciato dal primo comma dell’art. 30 della Costituzione. *Favor veritatis* nella filiazione non significa, pertanto, privilegio del rapporto di sangue sopra ogni cosa, ancorando necessariamente la genitorialità ad un fatto biologico, ma, anzi, significa superare ostacoli formali ed ideologici che in passato, in nome del *favor legitimitatis*, hanno impedito che la verità potesse essere accertata.³⁰ Tale principio, alla luce del nuovo diritto di famiglia, ha la funzione di affermare la regola secondo la quale chi ha tenuto un comportamento tale da procurare la nascita di un figlio, è poi responsabile della sua formazione come persona. È, quindi, il principio di responsabilità a dover assumere un ruolo preminente, ma non come principio derogatorio ed eccezionale rispetto a quello generale della verità, ma come suo fondamento.³¹ E tali considerazioni sembrano aver ispirato anche la Suprema Corte che in modo deciso ha affermato che “il bene verità” non ha una priorità assoluta; non bisogna dimenticare, infatti, a detta della Corte, che una visione diversa porterebbe a privare il bambino di una delle due

²⁵ Cass. civ. sez. I, 16.3.1999 n. 2315, *cit.*, p. 236.

²⁶ M. SESTA, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, n. 4, pp. 357 ss.

²⁷ Cass. 24.5.1991 n. 5886, in *Foro it.*, 1992, I, p. 449.

²⁸ G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di P. Rescigno, IV, Torino, 1997, p. 205.

²⁹ App. Milano, 7.1.1961, in *Foro pad.*, 1961, I, p. 748.

³⁰ B. DE FILIPPIS-G. CASABURI, *La filiazione in generale, problemi emergenti*, in *La filiazione nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 2000, p. 39.

³¹ G. FERRANDO, *Il “caso Cremona”: autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 1006, secondo la quale come dal *favor legitimitatis* si è passati al *favor veritatis*, così oggi si assiste ad un ulteriore passaggio verso il *favor affectionis*.

figure genitoriali e del connesso rapporto affettivo ed assistenziale, trasformandolo per atto del giudice in "figlio di nessun padre", data l'insuperabile impossibilità di accertare la paternità reale a fronte dell'impiego del seme di un donatore ignoto. Eludendo i cardini dell'assetto costituzionale e il principio di responsabilità cui gli stessi rispondono, il figlio verrebbe così a perdere il diritto di essere mantenuto, assistito e curato da parte di chi si impegna ad accoglierlo quale padre di "diritto".³²

A conferma della portata non assoluta del *favor veritatis* è sufficiente soffermarsi sulla circostanza che il figlio naturale già riconosciuto dall'altro genitore possa essere riconosciuto solo subordinatamente al consenso di quest'ultimo, sulla possibilità di riconoscere il figlio che abbia compiuto sedici anni, solamente qualora vi consenta, sui limiti posti alla stessa azione di disconoscimento, esperibile solo in ipotesi tassative e con brevi termini di decadenza. In altre parole, se realmente in materia di filiazione si fosse voluto assegnare al valore verità una valenza assoluta si sarebbe, coerentemente, liberalizzato il disconoscimento della paternità così come il riconoscimento, considerato, soprattutto che gli sviluppi delle indagini biologiche consentono oggi di avere quasi una assoluta certezza sulla generazione biologica.

5. L'interesse del minore: ogni bambino ha diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato dai propri genitori.

Tra l'altro, bisogna tener presente che l'istituto della filiazione non può essere ricondotto ad un unico principio unificatore, ma a diversi e molteplici principi, i quali devono di volta in volta armonizzarsi a vicenda, così da bilanciare gli interessi coinvolti. Ed è in quest'ottica che la Corte Costituzionale³³ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c., nella parte in cui, se si tratta di minore infrasedicenne, non prevede che l'azione promossa dal genitore che esercita la potestà sia ammissibile solo se rispondente all'interesse del minore; in questo caso, quindi, la verità biologica non va tutelata in via assoluta, ma, al contrario, può considerarsi recessiva in rapporto all'interesse del minore. E non è forse nell'interesse del minore impedire che possa essere disconosciuto proprio da chi volontariamente e coscientemente ha posto in essere nei suoi confronti un processo vitale? O forse si deve ritenere che gli interessi dei figli nati a seguito d'inseminazione artificiale eterologa siano diversi da quelli degli altri minori?!

A tal proposito, prima che il caso di cui sopra giungesse in Cassazione, si è inserita nella vicenda l'ordinanza del Tribunale di Napoli,³⁴ che, in ordine ad una medesima fattispecie, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c., per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione. I giudici napoletani, pur condividendo l'impostazione data fino a quel momento dalla giurisprudenza ed essendo favorevoli all'azione di disconoscimento per l'insussistenza del rapporto biologico di sangue e per l'impossibilità di sostituire alla paternità biologica il consenso del marito, che è un atto negoziale, riconosce tuttavia il rischio che, alla luce della vigente normativa, o meglio alla luce della inesistenza di una normativa, corre il soggetto più debole, in questo caso il figlio, che subisce così la privazione della figura paterna e che diviene, allo stato attuale, "il soggetto meno tutelato nei suoi diritti inviolabili di uomo in quella particolare formazione sociale che è la famiglia".³⁵ La lettura che si è data dell'art. 235 c.c., pur essendo inconfutabile, viola palesemente, ad avviso del

Tribunale, i principi di cui agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione; consentire l'azione di disconoscimento, infatti, vuol dire permettere che venga leso irreversibilmente il minore, il quale verrebbe privato al tempo stesso del padre e della

³² Cass. civ. sez. I, 16.3.1999 n. 2315, *cit.*, pp. 235-236.

³³ Corte Costituzionale, 20.7.1990, n. 341, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2485.

³⁴ Trib. Napoli, ord., 14.3.1997, *cit.*, con nota di M. Dogliotti, *La Corte Costituzionale è chiamata a giudicare sul consenso del marito all'inseminazione.*

³⁵ Trib. Napoli, ord., 14.3.1997, *cit.*, p. 263.

- ³⁶ Trib. Napoli, ord., 14.3.1997, *cit.*, p. 263.
- ³⁷ Corte Costituzionale, 26.9.1998 n. 347, in *Dir. famiglia*, 1999, p. 405.
- ³⁸ Cass. civ. sez. I, 16.3.1999 n. 2315, *cit.*, p. 235. In dottrina hanno espresso, sul punto, opinione conforme a quella della S.C.: S. Chiessi, *La fecondazione artificiale eterologa*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, n. 2, p. 256, nota n. 6; C. M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola alla Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1328; I. CORTI, *Procreazione artificiale, disconoscimento di paternità e interesse del minore*, in *Giur. civ.*, 1995, I, 2, p. 585; P. VERCELLONE, *op. cit.*, p. 316, secondo il quale non è vero che la moglie che abbia accettato di sottoporsi all'inseminazione artificiale abbia fatto un figlio con un altro uomo, in quanto lo ha fatto per il marito che ha scelto di essere padre grazie al seme di un donatore. *Contra*, F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, pp. 31 ss., il quale ha concluso nel senso di far rientrare le pratiche fecondative artificiali in un più ampio concetto di adulterio fondato sulla *turbatio sanguinis*. L'autore osserva, infatti, che con il matrimonio la libertà sessuale si trasforma nel cosiddetto *ius in corpus*, "cioè nel diritto-dovere di non avere rapporti sessuali che con il rispettivo coniuge". Ne deriva che non esiste un diritto del coniuge ad avere una procreazione che non sia conseguenza dei rapporti con il proprio coniuge, con la conseguenza che l'utilizzo dell'inseminazione artificiale non corrisponde ad un diritto, ma anzi, costituisce la violazione del dovere di fedeltà di cui all'art. 143 c.c.; L. Lenti, *op. cit.*, p. 303.
- ³⁹ Cass. civ. sez. I, 16.3.1999 n. 2315, *cit.*, p. 235. Tale considerazione non è stata esente da critiche da parte di chi ha ricordato che il disconoscimento non segue automaticamente, ma è sempre condizionato alle risultanze delle prove

propria identità personale. A ciò si deve aggiungere la considerazione che l'art. 30 Cost., nell'enunciare che è dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, individua in capo ai genitori il principio di responsabilità per la procreazione, escludendo qualsiasi possibilità di esonero, affermando chiaramente il principio per cui ogni bambino ha diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato dai propri genitori.³⁶

6. Ratio dell'art. 235 c.c.

La Corte Costituzionale con sentenza ha dichiarato l'inammissibilità della questione, ma sulla base di un assunto ben preciso e cioè che la fattispecie in esame è estranea alla disciplina codicistica dell'art. 235 c.c. Secondo il pensiero del giudice delle leggi, infatti, in tali ipotesi il ricorso all'azione di disconoscimento dovrebbe ritenersi escluso a priori, in quanto la relativa norma concerne esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino.³⁷ Ed è intorno a tale pronuncia che ruota l'impianto logico argomentativo della sentenza della S.C., la quale, superando anche su questo punto le precedenti pronunce di merito, le quali avevano ritenuto la norma perfettamente aderente al fatto, ha statuito che la fecondazione artificiale eterologa non è riconducibile alle ipotesi tassative di disconoscimento di paternità elencate nell'art. 235 c.c. Tra l'adulterio e l'inseminazione artificiale, a detta della Corte, vi è una notevole differenza, in quanto, la prima, al contrario della seconda, esprime un progetto di maternità basato proprio sul rifiuto di ricorrere all'infedeltà coniugale per procreare.³⁸

Una decisione diversa impedirebbe di affrontare il problema dell'inseminazione eterologa in quanto tale. Infatti, i giudici sino ad oggi, per risolvere la questione in esame, hanno fatto ricorso all'art. 235 n. 2, che riguarda esclusivamente il caso di impotenza del marito, così escludendo tutte le altre situazioni in cui si può decidere di fare ricorso a queste tecniche procreative, come nel caso in cui si voglia evitare la trasmissione di malattie ereditarie. Se si continuasse per questa via, si correrebbe il rischio di determinare discriminazioni tra soggetti nati a seguito di identiche tecniche riproduttive, ma per diverse motivazioni dei genitori.

Secondo la S.C., la circostanza che il legislatore non abbia menzionato l'ipotesi della fecondazione artificiale eterologa nell'art. 235 c.c., nonostante tale pratica fosse all'epoca sconosciuta, non deve necessariamente significare una implicita sussunzione della fecondazione assistita nell'ipotesi normativa dell'impotenza del marito. A ciò rileva che la norma in esame comprende anche la sola impotenza al coito; di conseguenza, in carenza di una disciplina che differenzi le due ipotesi, si potrebbe giungere all'aberrante risultato, sicuramente non in linea con lo spirito della riforma del '75, di permettere anche il disconoscimento del figlio nato con seme del marito affetto da impotenza, negando così la condizione di figlio legittimo anche a chi sia per scientifica certezza frutto della coppia.³⁹ Ed inoltre, per i giudici di legittimità l'art. 235 n. 2 non sarebbe applicabile al caso di specie neanche per via analogica od estensiva. L'interpretazione estensiva, così come la sua applicazione analogica, presupporrebbe, infatti, "omogeneità di elementi essenziali" e "identità di ratio", mancando i quali, essa si tradurrebbe in "un'arbitraria supplenza in compiti riservati al legislatore".

immunogenetiche; a tal proposito si vedano, A. FINOCCHIARO, *La Cassazione non può svolgere una supplenza nelle funzioni riservate al legislatore*, in *Guida al diritto, Il Sole 24 ore*, 1999, n. 12, p. 56;

L. D'AVACK, *Fecondazione assistita eterologa: il S.C. privilegia per la prima volta il principio volontaristico rispetto a quello genetico*, in *Dir. famiglia*, 1999, p. 1099.

⁴⁰ Trib. Napoli, 24.6.1999, *cit.*

⁴¹ G. FERRANDO, *Regole e principi nel disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2000, n. 4, 366.

La sentenza della S.C., che ha segnato la nascita della paternità sociale, dimostra quanto le problematiche attinenti alla fecondazione artificiale eterologa possano essere risolte non eludendo i principi dell'ordinamento giuridico, bensì interpretandoli alla luce del mutato contesto procreativo, andando al di là del dato letterale. Non bisogna dimenticare, però, che tale sentenza resta comunque un precedente giuridico, che come tale può essere interpretato ed anche disatteso. A tal proposito è opportuno ricordare che tale pronuncia è stata recepita dal Tribunale di Napoli che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c.,⁴⁰ il quale pur concludendo per l'innammissibilità del disconoscimento del marito, lo fa seguendo un altro percorso. Il Tribunale, infatti, non abbandona la via intrapresa nell'ordinanza di rimessione, quella dell'applicabilità dell'art. 235 c.c. al caso di specie, sia pure in via estensiva. L'idea chiave è che l'elemento comune su cui si fonda la rilevanza attribuita alle diverse ipotesi contemplate dall'art. 235 non sia l'adulterio della moglie, ma piuttosto l'assenza di paternità del marito. Grazie, quindi, ad una lettura evolutiva della nozione di paternità, legata non solo al dato genetico, ma a valori sociali di responsabilità, è allora possibile concludere che la prova dell'inseminazione eterologa consentita dal marito non dimostri l'assenza di paternità, ma anzi ne confermi l'esistenza in quanto in tal caso la paternità si fonda proprio su quel consenso. Tale interpretazione, però, è stata aspramente criticata dalla dottrina, in quanto potrebbe portare a conseguenze ben più ampie: qualora, si è detto, un marito sterile autorizzi la moglie ad avere rapporti con un altro uomo, anche in questo caso il consenso può fondare la paternità?⁴¹