

Ott/2018



CAMMINO DIRITTO

Articoli Scientifici

ISSN 2532-9871

Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessandra INCHINGOLO, Angela CUOFANO, Francesco ORABONA, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Luigi KALB, Marco NIGRO, Saverio SETTI, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Ilaria MOLA, Ilaria TACCOLA, Ilaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA, Salvatore AROMANDO

Redazione: Giuseppe FERLISI, Ilaria FERRARA, Salvatore AROMANDO

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**

ISSN: 2421-7123

Codice CINECA: E243140

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)

Editore: CAMMINO DIRITTO di Arianna Rotella

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it/index.asp>

Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it

Recapito telefonico: 02 87188451

Indice dei contenuti

1 - LA CAUSA DEL CONTRATTO NEL CODICE CIVILE: COLONNA PORTANTE O FRAGILE MURO D'APPOGGIO?

autore: **Flavia Tringali**, pubblicazione martedì 2 ottobre 2018

2 - INCIDENTI STRADALI: AZIONE GIUDIZIARIA IMPROPONIBILE SE MANCA LA RICHIESTA DANNI PER CONOSCENZA

autore: **Nunziatina Licari**, pubblicazione mercoledì 3 ottobre 2018

3 - IL TRASFERIMENTO FRAUDOLENTO DI VALORI DEL CONCORRENTE EVENTUALE: DIFFICOLTÀ APPLICATIVE E DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ

autore: **Ivano Ragnacci**, pubblicazione mercoledì 17 ottobre 2018

4 - AFFIDAMENTO IN PROVA: L'EVOLUZIONE POSITIVA DELLA PERSONALITÀ VA PREMIATA ANCHE SE IL REATO È GRAVE

autore: **Mariangela Miceli**, pubblicazione venerdì 19 ottobre 2018

5 - LE SEZIONI UNITE DI NUOVO SULLE CLAUSOLE CLAIMS MADE

autore: **Angela Cuofano**, pubblicazione mercoledì 24 ottobre 2018

6 - RESPONSABILITÀ MEDICA: LA PERDITA DI CHANCE PER OMESSA DIAGNOSI DÀ DIRITTO AL RISARCIMENTO DEL DANNO

autore: **Lorenzo Mariani**, pubblicazione giovedì 25 ottobre 2018

7 - RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE: È CONFIGURABILE IL CONCORSO FORMALE OMOGENEO DI REATI

autore: **Massimiliano Pace**, pubblicazione venerdì 26 ottobre 2018

8 - È VALIDA LA DONAZIONE DI UN BENE DELLA COMUNIONE LEGALE DA PARTE DI UN SOLO CONIUGE

autore: **Maria Avossa**, pubblicazione domenica 28 ottobre 2018

LA CAUSA DEL CONTRATTO NEL CODICE CIVILE: COLONNA PORTANTE O FRAGILE MURO D'APPOGGIO?

Il Codice Civile inserisce la causa tra gli elementi essenziali del contratto, senza delinearne i contorni e fornirne una definizione. Che cos'è allora la causa? Soluzioni diverse vengono ampiamente offerte, seppur non agevolmente e in maniera alle volte confusa, dalle teorie della dottrina e dalle pronunce della giurisprudenza.

Flavia Tringali - Pubblicazione, martedì 2 ottobre 2018
Redattore: **Angela Cuofano**

Sommario: 1. Le norme sulla causa nel codice civile; 2. Le definizioni e le funzioni della causa del contratto; 2.1 La causa quale limite all'autonomia privata; 3. La crisi della causa: critiche e criticità.

1. Le norme sulla causa nel codice civile

Prima di analizzare le funzioni e le concezioni della causa del contratto così come elaborate da dottrina e giurisprudenza, è opportuno dare uno sguardo alle norme che fanno riferimento a tale istituto.

Il Codice Civile menziona espressamente la causa, nel Titolo II del Libro IV, in tre articoli: l'art.1325, l'art.1343 e l'art.1345.

L'art. 1325 dispone: *“I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.”*

In tale articolo la causa si mostra come una colonna portante deputata a “sorreggere” l'esistenza stessa del contratto; qualora, infatti, dovesse mancare, il contratto sarebbe nullo ai sensi del comma 2 dell'art. 1418 c.c.[1]. La causa, dunque, è un elemento essenziale del contratto che in quanto tale deve tenersi distinta dagli elementi accidentali (la condizione, il modo, il termine), i quali sono degli strumenti che le parti possono utilizzare per orientare gli effetti del contratto, ma non sono indispensabili per la validità del medesimo, non attengono alla sua essenza.

L'art. 1343 dispone: *“La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume”*. Occorre specificare cosa il legislatore abbia voluto intendere con le espressioni “ordine pubblico” e “buon costume”. Il concetto di ordine pubblico comprende tutti i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e tutti i valori espressi dalla Costituzione[2]; il buon costume può definirsi, invece, come un insieme di principi etico-morali che possiede la società in un dato momento storico, esso è tradizionalmente collegato all'onore e al pudore sessuale.

Anche l'illiceità della causa comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 del Codice Civile.

-L'art 1344 prevede: *“Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa”*. Tale articolo configura l'ipotesi del contratto in frode alla legge, ovvero quel contratto che, pur rispettando la lettera della legge, costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, raggiungendo così un risultato praticamente equivalente a quello vietato.

Per comprendere tali norme e la conseguente implicazione pratica delle medesime, occorre procedere a definire la causa, provando a delinearne i contorni attraverso una disamina delle varie funzioni e dei significati affidatele dalle più influenti dottrine e dalle pronunce giurisprudenziali. Sicuramente è un'impresa non facile quella della definizione della causa, volendo riportare le parole di M. Giorgianni, *“chi si soffermi ad esaminare il panorama offerto dalla dottrina italiana contemporanea della causa, ne ricava l'impressione di un cantiere in fecondo movimento, nel quale nuovi materiali affluiscono incessantemente per alimentare lo sforzo di costruzione di un edificio, che, pur poggiando su vetuste e solide fondamenta, non riesce ad assumere ancora un netto contorno, malgrado la maestria degli architetti e la pregiatezza dei materiali.”*[3]

2. Le definizioni e le funzioni della causa del contratto

La causa del contratto è un istituto che, sin dal suo inserimento nel Codice Civile del 1942, ha destato l'attenzione dei giuristi e dei cultori del diritto, un concetto che suscita *“al tempo stesso venerazione e sconcerto: venerazione, come tutti gli istituti che vantano una storia tanto risalente, sconcerto per l'impossibilità di ridurlo ad una soglia di intellegibilità e fruibilità accettabile, per la difficoltà di individuare un comune denominatore di significati, per la ambiguità degli usi promossi da dottrina e giurisprudenza..”*[4]

Un punto di partenza per delineare la causa del contratto è sicuramente la Relazione del Ministro Guardasigilli al codice del 1942 il cui paragrafo 613 riporta: “...*un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione di causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto. (...) la causa è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica*” [5]

La causa come funzione economico-sociale, così come descritta nella Relazione al Codice Civile, trova esplicito riconoscimento ed esplicazione nella dottrina del giurista Emilio Betti, la cui elaborazione, si ritiene abbia ispirato lo stesso legislatore del 42.[6]

Secondo Betti l'autonomia privata, intesa come quel potere che l'ordinamento attribuisce a ciascun individuo di regolare i propri rapporti con gli altri, è riconosciuta in quanto assolve una funzione economica e sociale, e non un interesse particolare dell'individuo. L'esercizio dell'autonomia privata avviene attraverso lo strumento del contratto e deve soddisfare l'interesse collettivo della circolazione dei beni e delle risorse. La causa corrisponde allora alla funzione economico-sociale del contratto, cioè la sua virtuale proiezione a soddisfare un interesse oggettivo, sociale e tipico, e, più esattamente, si identifica nella alla conformità dell'atto di autonomia privata ad un modello di relazioni già definito e apprezzato dalla prassi sociale.[7]

In questa accezione la causa viene utilizzata per verificare che il contratto presenti una funzione degna di protezione, utile, sufficiente a giustificare la tutela giuridica.[8]

Viene posto, dunque, un freno alla libertà contrattuale del singolo, che viene limitata nella scelta dei tipi di negozio offerti dall'ordinamento[9]: un contratto è valido se riconducibile al modello astratto delineato dal legislatore. Siamo dinanzi alla teoria definita “dirigistica” della causa, essa non esiste o non è approvata se non corrisponde ad una funzione di utilità sociale[10]. Per quanto riguarda i contratti atipici, detti anche innominati poiché non espressamente regolati dal legislatore, essi soddisfano il requisito causale se, ai sensi dell'art 1322 del codice civile, risultano diretti a realizzare “interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

La causa intesa come funzione economico-sociale viene adoperata a lungo dalla Giurisprudenza. A testimonianza di ciò, si rinvencono molte sentenze della Corte di Cassazione. Per fornire alcuni esempi è opportuno, dunque, menzionarne qualcuna[11]. Nella sentenza n° 2213 del 1957 la Sezione I enuncia che “la causa del negozio giuridico è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell’autonomia privata; essa ha un fondamento obiettivo, caratterizza i negozi giuridici e ne differenzia ciascun tipo”[12]. Con sentenza n° 2218 del 1962 la Cassazione prevede che “la causa di un determinato contratto consiste nello scopo tipico che le parti si propongono di conseguire e costituisce la ragione ultima della loro determinazione volitiva; essa si concreta nella funzione economico-sociale del negozio ed ha una propria configurazione giuridica rispetto ai motivi soggettivi delle parti, i quali ad essa non equivalgono, anche se comuni ai contraenti”[13]. La Cassazione ha inoltre delineato la causa nei singoli contratti tipici, enunciando per esempio che “la causa del contratto di lavoro, che è bilaterale oneroso, consiste nello scambio delle opposte prestazioni lavorative e della retribuzione”[14]; o per quanto riguarda la causa nel contratto di società, questa consiste “nella produzione e divisione di utili, cui mira la complessiva attività sociale” [15].

La causa intesa tradizionalmente come funzione economico-sociale del contratto, viene rielaborata nel 1966 dal giurista Giovan Battista Ferri che nella sua monografia “Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico”, definisce tale istituto come la funzione economico-individuale del contratto. Tale teoria della causa parte dal presupposto che il contratto è un atto individuale, espressione dell’autonomia privata, “*esso viene valutato dall’ordinamento, per essere accolto o respinto, non sulla base della sua idoneità a realizzare interessi generali, ma prettamente individuali*” [16]. La causa diventa dunque “*l’indice di come tale regola privata sia l’espressione oggettivata delle finalità soggettive che l’autore o gli autori del negozio intendono perseguire*”; “*l’elemento che tecnicamente collega l’operazione economica, cui il negozio dà vita, intesa nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori*”, “*la dimensione razionale e ragionevole (...) della specifica regola negoziale, attraverso cui le parti hanno disciplinato i loro specifici e concreti interessi*”[17].

Per quanto riguarda la teoria economico-individuale della causa si nota come questa venga spesso assimilata con un’altra teoria, quella della causa concreta; non di rado la dottrina e la giurisprudenza dimostrano di ignorare la distinzione tra le due, non tenendo conto delle differenze. In realtà occorre evidenziare che la teoria della causa concreta,

così come elaborata dalla dottrina di C.M Bianca [18], non è un sinonimo, un altro nome con cui viene indicata la teoria economico-individuale (così come spesso viene erroneamente percepito), ma deve porsi come una rivisitazione della stessa, da cui differisce, ma a cui certamente deve farsi risalire. Un'opinione della dottrina sostiene che *“al fine di evidenziare le differenze tra la nozione di causa del contratto quale funzione economico-individuale o quale causa concreta, si deve rilevare che nella prima accezione l'interesse sotteso all'operazione negoziale è unicamente soggettivo, attenendo solo a ciò che è in concreto perseguito dalle parti con una valutazione che non risulta condizionata da elementi di ordine sociale; al contrario, nella causa concreta l'interesse delle parti è interesse soggettivo e oggettivo al contempo, oggettivo in quanto socialmente rilevante e soggettivo in quanto afferente allo scopo programmatico e relazionale delle parti.”* [19]

Occorre ora procedere con il menzionare alcune delle sentenze della Giurisprudenza che hanno attribuito tali significati alla causa del contratto. Una delle prime e più significative pronunce sul tema si rinviene in un passo della Sentenza n° 10490 dell'8 Maggio del 2006 della Corte di Cassazione in cui si legge: *“Si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale”* [20].

In questa sentenza la Corte ha ammesso la possibilità di nullità di un contratto tipico per mancanza di causa concreta [21]

Il concetto di causa concreta viene ancora messo in risalto da successive sentenze della Corte di Cassazione, pronunciatasi in merito alla responsabilità da vacanza rovinata per quanto riguarda in particolare il cosiddetto pacchetto turistico, la cui *“finalità turistica di vacanza richiede servizi di vario genere (trasporto, alloggio, visite, guide turistiche, ecc), i quali ne connotano la causa concreta e risultano perciò essenziali”*. [22]

Si nota come oggi la teoria della causa come funzione concreta del contratto sia quella più adoperata dalla Giurisprudenza *“essa compare in modo sempre più pervasivo in moltissime sentenze di merito e di legittimità. (...) tanto da indurre le stesse sezioni Unite della Corte di Cassazione a esibirla come un fiore all’occhiello anche in contesti nei quali il suo richiamo non appare particolarmente necessario ai fini della decisione”* [23].

2.1 La causa quale limite all’autonomia privata

In termini generali, si può affermare che l’istituto della causa sia stato inserito nel Codice Civile con il fine di porre un limite alla libertà contrattuale, assumendo da un lato una funzione di garanzia sulla ragionevolezza dello scambio, in quanto *ratio* del contratto, dall’altro assumendo una funzione di controllo sulla liceità del medesimo.

Se la causa è la ragione che sottende il contratto, occorre considerare che, nel nostro ordinamento, il “nudo patto”, inteso come la mera volontà delle parti di impegnarsi, non è idoneo ad essere fonte dell’obbligazione[24], occorrendo appunto una causa che giustifichi lo spostamento patrimoniale.

Questa concezione trae origine [25] dal Diritto Romano il quale, in termini ancor più rigorosi, sanciva che un “nudo patto”, per essere valido, doveva necessariamente essere “vestito”, ovvero doveva essere conforme a schemi tipici e forme predeterminate dalla legge. Soltanto in questo modo il contratto poteva avere una validità e produrre effetti legali.

Una concezione completamente opposta si rinviene nel XVI secolo, con l’affermarsi del giusnaturalismo, epoca della massima esaltazione della volontà individuale, per cui l’impegno assunto, purché assunto volontariamente, si considerava valido senza limitazioni e a prescindere da forme particolari.

In tale periodo storico, la mera volontà, il nudo patto erano sufficienti a creare il vincolo giuridico, non occorrendo alcuna causa[26], alcuna ragione idonea a giustificarlo.

Un cambio di prospettiva si ebbe con i progenitori del Code Napoleon, Domat e Pothier, i quali consideravano la semplice volontà di impegnarsi irrilevante, richiedendo invece che questa venisse accompagnata da una causa [27] “*honnête*”(onesta). Tale causa doveva consistere per i contratti sinallagmatici, in cui “*nulla è gratuito e l’impegno dell’uno è il fondamento di quello dell’altro*” [28], nel corrispettivo dato o promesso a chi si impegna e per la donazione in “*quelque motif raisonnable et juste*” [29].

La concezione di Domat e Pothier, nel nostro ordinamento, permane ancora oggi. Il nostro Codice Civile pretende, infatti, che il contratto, strumento attraverso il quale circola la ricchezza, debba avere, ai fini della sua validità, una causa e questa si pone come un punto di incontro tra le “due logiche: quella simbolica della volontà individuale e quella funzionale del mercato”[30]. Mario Barcellona, a tal proposito, sostiene : “La necessità, che il contratto sia sorretto da una causa o – meglio - che la sua coercibilità sia subordinata al(giudizio sul)la sua virtuale “ragionevolezza”, ha la funzione generale di assicurare che, di regola, allo scambio del consenso si accompagni uno scambio economico o, più in generale, si accompagnino spostamenti di ricchezza riducibili ad una logica essenzialmente mercantile: la causa sta a garantire che ad ogni contrat corrisponda un commerce.” [31]

Alla luce di ciò, dunque, se per esempio due soggetti A e B fossero concordi per la stipulazione di un contratto per cui A si obbliga a dare a B una somma di 100000 euro, questo spostamento di ricchezza da A a B non sarebbe valido perché manca una giustificazione, non sarebbe “economicamente razionale” [32], manca lo scambio tra prestazione e controprestazione, manca la causa. Tale trasferimento sarebbe possibile e valido solo se riconducibile alla donazione di cui all’art. 769 del codice civile. Nella donazione però occorre, ai fini della validità del contratto, il c. d. animus donandi, ovvero lo spirito di liberalità di A nei confronti di B, che ne costituisca la ragione giustificativa, la causa appunto. Tale causa viene definita “debole” poiché “si riduce alla volontà del contraente” ed ha bisogno, dunque, di “elementi di sostegno e di elementi massimamente oggettivi, per bilanciare la soggettività” [33] che ne costituisce la debolezza. A tal fine nella donazione la debolezza della causa è compensata dalla solennità della forma, per cui la volontà deve manifestarsi attraverso l’atto pubblico e con la presenza di due testimoni.

3. La crisi della causa: critiche e criticità

Sono innumerevoli le critiche che ruotano attorno alla causa del contratto. molte si

concentrano, in generale, sul significato della parola, altre riguardano le funzioni attribuitele, alcune si basano sull'utilizzo di tale concetto nella Giurisprudenza, ed infine, altre riguardano la sua effettiva utilità, mettendone in discussione la stessa permanenza all'interno del Codice Civile.

Un primo filone critico sulla causa concerne la sua polisemia. Lungi da voler analizzare ogni singola argomentazione al riguardo, si nota come questa costituisca “un piccolo arcipelago di significati” [34], come la sua indeterminatezza abbia portato la dottrina ad attribuirle innumerevoli definizioni [35], come sia un concetto “vago e misterioso” pervaso di “fatale malia”[36]; come abbia stimolato “la fantasia dei giuristi trasformandoli in autentici prestigiatori. Perché la causa (...) è proprio una formula magica” [37], la quale, restando in tema, non è riuscita a “trasformarsi” in un concetto unanimemente condiviso, né per quanto riguarda il significato, né, soprattutto, per quanto riguarda il ruolo ad essa conferitole.

Procedendo con una disamina delle critiche mosse alla causa, si evince come questa venga messa in discussione dalla dottrina italiana anticausalista per quanto riguarda soprattutto il ruolo che ha assunto. In particolare, nel rispetto della libertà contrattuale e dell'autonomia privata, “*si è respinto il ruolo che i redattori del codice civile avevano inteso attribuire alla causa quale criterio di controllo della rilevanza sociale degli interessi delle parti*” [38]. Tale ruolo della causa, si argomenta, è frutto della politica del fascismo, pertanto oggi non “avrebbe più ragion d'essere in un sistema di libero mercato”[39]. Oltre alla causa come criterio di controllo della autonomia privata, si è altresì criticata la causa quale funzione economico-sociale del contratto proprio perché connessa a quel criterio. Così intesa, la causa viene discussa da Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova sotto un'altra angolazione: “*la concezione oggettiva della causa non può spiegare cosa sia questa 'funzione', se si intende tenerla distinta ad un tempo dal voluto e dagli effetti*”[40]. Gli autori in questione contestano la concezione per cui “la donazione ha come causa il donare, l'alienazione ha come causa il trasferire, il patto di prelazione ha come causa il far nascere la prelazione, la procura ha come causa la costituzione del potere rappresentativo. Il giurista che parla così vede il contenuto del negozio come causa di sé stesso! E proprio questo esito invoglia a ricordare una volta di più che la funzione dell'atto, misurata nel momento della stipulazione, è ciò che le parti dichiarano di volere; e, misurata a negozio avvenuto, è l'effetto giuridico della fattispecie.” [41] Oltre alle ambiguità e alle contraddizioni che sorgono dal momento in cui si intende la causa quale “funzione” del contratto, viene evidenziata un'altra

problematica: “dove c’è l’atto - qualunque atto! - la causa è in re ipsa, c’è in ogni caso. Ma allora non si comprende perché la causa si menzioni come requisito autonomo del contratto, in aggiunta dell’accordo” [42].

La concezione della causa quale funzione economico-sociale, oramai superata per quanto riguarda la dottrina ma richiamata ancora oggi dalla giurisprudenza, comporta che questa debba perseguire, appunto, una funzione socialmente utile. Vincenzo Roppo è di tutt’altra opinione al riguardo, mostrandosi contrario all’idea “*che il contratto privo di una positiva, specifica utilità sociale vada disapprovato e represso*”. Certo è, sostiene l’autore, “*che i contratti socialmente dannosi vanno certamente disapprovati e repressi; che i contratti socialmente utili vanno certamente approvati e lodati; ma che fra gli uni e gli altri possono esistere contratti socialmente indifferenti (né utili, né dannosi) che, se non meritano di essere lodati, neppure meritano di essere repressi, ma certamente meritano di essere tollerati. L’ordinamento non può negare loro il riconoscimento e la protezione che si dà ai contratti leciti: anche se perseguono interessi e finalità socialmente futili. Anch’essi possono avere una causa idonea a sorreggerli e giustificarli (...).*” [43]

Per quanto riguarda la funzione economico- individuale della causa questa viene sottoposta a critiche poiché, a differenza della funzione economico-sociale, le parti avrebbero la libertà di stipulare qualsiasi contratto a prescindere dal giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti, trovando il solo limite nel fatto che il contratto non deve essere illecito, ovvero non deve essere contrario a norme imperative, all’ordine pubblico e al buon costume. Allora, si nota, “*risulterebbe la totale inutilità di ogni riferimento alla causa quale autonomo requisito del contratto: la causa sarebbe la quinta ruota del carro*” [44].

La causa del contratto così come intesa nella recente concezione di “causa concreta”, ovvero come l’interesse che l’operazione è concretamente diretto a realizzare, si pone attualmente come la soluzione più accettata dalla Giurisprudenza, trovando sempre più spazio nelle sentenze degli ultimi anni.

Il celebre giurista Cesare Massimo Bianca ha analizzato però tutte quelle argomentazioni critiche adoperate dalla dottrina nei confronti della Giurisprudenza, la quale “avrebbe errato nell’applicare il principio della causa concreta o ne avrebbe fatto un uso superfluo”, decretando in tal modo “il fallimento del principio della causa concreta” che “risulterebbe falso o sterile in quanto suscettibile di dare fondamento a decisioni

sbagliate o insuscettibile di dare fondamento a decisioni giuste”[45].

Nelle pronunce giurisprudenziali in cui viene menzionata la causa si nota come questa sembra ricoprire “il ruolo di un escamotage pratico, che il giudice riscopre e utilizza ad libitum per riportare l’equità nel caso concreto” [46].

La confusione che suscita il concetto di causa e le critiche mosse alla stessa sono davvero tantissime e si spingono sino a decretarne l’inutilità del concetto stesso.

Oggi una ventata anticausalista soffia sempre più forte per l’esigenza di adeguare il nostro codice civile ai progetti che, a livello europeo, sono stati elaborati al fine di una regolamentazione uniforme del contratto e anche alla luce della recente scomparsa dell’istituto dal Codice Civile della Repubblica Ceca e, da ultimo, dal Codice Civile francese.

Note e riferimenti bibliografici

[1] L’art. 1418 dispone: “Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall’articolo 1325, l’illiceità della causa, l’illiceità dei motivi nel caso indicato dall’articolo 1345 e la mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’articolo 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge”

[2] G. Amadio- F.Macario, *Diritto Civile. Norme, questioni, concetti*, 2014; questa dottrina nota come “l’ordine pubblico sia una clausola generale soggetta a continue evoluzioni e a condizionamenti storici” e aggiunge, per quanto riguarda il concetto di ordine pubblico come comprensivo dei valori della Costituzione, che questa non è un parametro esclusivo ma devono essere considerati anche i Principi dell’Unione Europea e quelli desumibili dagli obblighi internazionali.

[3] M.Giorgianni, voce Causa (Diritto Privato), in *Enciclopedia del Diritto*, 1960.

[4] G. Alpa e altri, *Diritto privato comparato Istituti e problemi*, 2008, p. 207.

[5] Testo della Relazione [consultabile online](#).

[6] Così riporta M.Barcellona in “*Della Causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*”, 2015, p. 80 nota 38.

[7] *ibidem*.

[8] G. Amadio-F.Macario, *Diritto Civile, norme, questioni, concetti*, 2014, p. 600.

[9] “quali, ad esempio, la compravendita, la locazione, la società, il mutuo, il comodato- la causa è siffattamente incorporata col negozio stesso da non sembrarne discernibile in via di analisi” così scrive Betti in *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1943, come riportato in *ibidem* a p. 601

[10] V. Roppo, *Trattato di diritto privato. Il contratto*, 2011, p. 345.

[11] Le sentenze menzionate si trovano esaminate in A. Brancaccio-Corte Suprema di Cassazione- Consiglio Nazionale Forense, *L’evoluzione giurisprudenziale delle decisioni della Corte di Cassazione*, V.7, 2013, p.33 e ss e in N. Scuro-U. Scuro, *Il contratto a formazione progressiva: struttura, casistica e tecniche di redazione*, 2009, pp 74 e ss.

[12] Cass. Sez. I, 13 Giugno 1957, n° 2213.

[13] Cass. Sez. I, 28 Luglio 1962, n° 2218.

[14] Cass. Sez.II, 22 Maggio 1963, n° 1330.

- [15] Cass. Sez III, 10 Agosto 1968, n° 1921.
- [16] N. Stefanelli, *La parabola della causa*, in Riv. on-line Persona e mercato materiali e commenti, pag. 231.
- [17] Citazioni di G.B.Ferri, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico* (dal codice civile 1865 al codice civile 1942) e G.B. Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, estratte da *ibidem*
- [18] M.Barcellona in “*Della Causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*” riporta le parole di M. Bianca: “ Il riferimento alla nozione di causa tipica porta a trascurare la realtà viva di ogni singolo contratto, e cioè gli interessi reali che di volta in volta il contratto è diretto a realizzare al di là del modello tipico adoperato...occorre..perciò riconoscere nella causa la ragione concreta del contratto... ma la nozione di causa quale funzione pratica del contratto può avere una sua rilevanza solo in quanto si accerti la funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare...la quale richiede di ricercare l’interesse concretamente perseguito”.
- [19] D.Achille, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2017.
- [20] Tale parte della sentenza riportata in F. Amelio, *La causa del contratto: elaborazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali*, in Riv. on-line Salvis Juribus.
- [21] Così M. Golia, *la teoria della causa concreta: spunti della recente giurisprudenza in materia di causa contrattuale*, in Riv. on-line filodiritto.
- [22] Sentenze riportate da A. Brancaccio-Corte Suprema di Cassazione- Consiglio Nazionale Forense, *L’evoluzione giurisprudenziale delle decisioni della Corte di Cassazione*, V.7, 2013, pag. 59 nota 73.
- [23] F. Amelio, *La causa del contratto: elaborazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali*, in Riv. on-line Salvis Juribus.
- [24] Secondo il tradizionale principio per cui “*ex nudo pacto non oritur actio*”.
- [25] L’evoluzione storica è trattata da V. Roppo, *Il contratto*, Milano, p. 342.
- [26] Grozio sosteneva che “una promessa, anche se fatta senza causa, è vincolante per legge di natura”, come riportato in *ibidem*.
- [27] Questa espressione viene utilizzata da Pothier nel suo “*Traité des obligations*”.
- [28] Così J. Domat in *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1703.
- [29] *ibidem*.
- [30] M. Barcellona, *Della Causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015.
- [31] *ibidem*.
- [32] *ibidem*.
- [33] V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 354.
- [34] R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, Ed. IV, 2016, p. 783.
- [35] “Ancora negli anni Settanta M. Bessone ed E. Roppo avevano catalogato, esaminando gli apporti dottrinali a quel momento fruibili, un centinaio di opinioni sulla causa; e da allora il numero di opinioni è aumentato.” Così G. Alpa e altri, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi.*, 2008, p. 207-208.
- [36] L’attribuzione di concetto “vago e misterioso” risale a F. Ferrara, mentre il tema della causa come pervaso di “fatale malia” risale a P. Bonfante, come riporta P. Franceschetti, *Causa del contratto*, articolo consultabile in riv. on line altalex.
- [37] G. Alpa e altri, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 2008, p. 208.
- [38] C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in Rivista di Diritto Civile, 2014, p. 252.
- [39] *ibidem*
- [40] R. Sacco-G. De nova, *Il contratto*, IV edizione, 2016, p.794, 795, 796.
- [41] *ibidem*.
- [42] *ibidem*.
- [43] V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, IV edizione.
- [44] C.M. Bianca, *Causa Concreta e diritto effettivo*, Rivista di Diritto Civile, 2014, p. 252.

[45] Ibidem, pag. 256.

[46] M. Girolami, *L'artificio della causa contractus*, 2012

INCIDENTI STRADALI: AZIONE GIUDIZIARIA IMPROPONIBILE SE MANCA LA RICHIESTA DANNI PER CONOSCENZA

Commento alla sentenza del Tribunale di Firenze dell'8 maggio 2018 in tema di risarcimento danni da sinistro stradale. La condizione di proponibilità ex art. 145, secondo comma, c.d.a. sarà assolta solo con il duplice invio della richiesta di risarcimento: alla propria compagnia assicurativa per prima e a quella dell'altro veicolo "per conoscenza".

Nunziatina Licari - Pubblicazione, mercoledì 3 ottobre 2018

Redattore: **Iaria Valentino**

Sommario: 1. Il caso; - 2. Le procedure di risarcimento dei danni derivanti da incidente stradale; - 3. L'art 145 c.d.a.: condizione di procedibilità o proponibilità? - 3.1 La richiesta di risarcimento e il decorso dello *spatium deliberandi* - 3.2 Il contenuto della lettera raccomandata: richiamo agli artt. 148, 149 e 150 c.d.a. - 3.3 La natura giuridica e la *ratio* dell'art 145 c.d.a.; - 4. Il significato dell'espressione "per conoscenza" di cui all'art. 145 c.d.a.; - 5. Tra litisconsorzio necessario preprocessuale ed intervento volontario; - 6. Considerazioni conclusive.

1. Il caso.

Il Tribunale di Firenze con la **sentenza dell'8 maggio 2018** è stato chiamato a pronunciarsi, in veste di Giudice di secondo grado, in una vertenza avente ad oggetto una richiesta di risarcimento per i danni patiti a seguito di incidente stradale.

La controversia ebbe origine dall'urto dello sportello di un'automobile da parte di un secondo veicolo. A seguito dello scontro, l'auto veniva portata in un'autocarrozzeria affinché fosse riparata e, *medio tempore*, il danneggiato noleggiava un'altra auto, per il cui prezzo veniva rilasciata ricevuta fiscale. Sicché, il credito vantato dal danneggiato veniva ceduto dapprima al Consorzio Servizi Automobilistici che, a sua volta, lo cedeva all'autocarrozzeria che si era occupata della riparazione e del noleggio. Tuttavia, al momento del pagamento del debito, la compagnia assicurativa corrispondeva unicamente l'importo necessario per riparare il danno dell'auto non includendovi la somma sborsata per il noleggio dell'auto, per la quale l'autocarrozzeria non trovava soddisfazione.

Pertanto, l'autocarrozzeria conveniva di fronte al Giudice di Pace sia il danneggiante che la compagnia assicurativa presso la quale aveva assicurato la propria auto, al fine di

ottenere l'accertamento della responsabilità del primo, nonché la condanna in solido per la parte di credito non ancora soddisfatto. L'impresa di assicurazione si costituiva in giudizio affermando, in via preliminare, l'inammissibilità della domanda di risarcimento dell'autocarrozzeria rivolta direttamente all'assicurazione, non essendo tale possibilità prevista né all'art 153, né all'art 154 c.d.a, che riconosce la sola legittimazione attiva del danneggiato. Difatti, secondo il convenuto, la cessione del credito avrebbe ad oggetto unicamente la posizione di diritto di credito e non anche dei diritti nascenti dal contratto assicurativo, per il quale è terzo, o le relative posizioni processuali. Invero, la compagnia assicurativa affermava che la cessione del credito non ha ad oggetto l'azione diretta prevista dal Codice delle Assicurazioni Private e che, in ogni caso, affinché il credito sia esigibile deve essere certo, cioè deve esistere. Difatti, il convenuto sosteneva di non aver ricevuto, prima dell'azione in giudizio, alcuna lettera raccomandata che lo informasse dell'esistenza di un costo di noleggio. Nel merito, infine, la compagnia assicurativa sosteneva che tale spesa fosse priva di alcuna giustificazione.

Il Giudice di prime cure - accogliendo le eccezioni di parte convenuta - in via preliminare, dichiarava la carenza di legittimazione attiva dell'autocarrozzeria, sostenendo che l'azione diretta di risarcimento danni *ex art 144 c.d.a.* è riconosciuta al solo danneggiato nei casi di sinistri causati dalla circolazione di un veicolo o di un natante, e non anche ad un soggetto terzo, come l'autocarrozzeria, così come sancito dal codice delle assicurazioni private.

Ciononostante, l'autocarrozzeria proponeva appello di fronte al Tribunale di Firenze, affermando che una interpretazione così restrittiva della legittimazione attiva dell'azione diretta di risarcimento nei confronti della compagnia assicurativa non trovasse giustificazione né nel dato letterale dell'art 144 c.d.a., né nella *ratio* che sottende l'intero codice delle assicurazioni. La compagnia assicurativa, dal canto suo, si costituiva in giudizio, riproponendo in via incidentale le eccezioni già proposte in primo grado e non esaminate dal giudice di prime cure.

Il Tribunale di Firenze, con la sentenza in commento, accoglieva l'appello incidentale della compagnia assicurativa del danneggiante, affermando l'improponibilità della domanda di risarcimento danni in ragione della mancanza dell'intimazione in mora nei termini previsti dall'art 145, secondo comma, c.d.a. Invero, il Giudice di secondo grado ha colto l'occasione per delineare con chiarezza chi debbano essere i destinatari della richiesta di risarcimento, nonché i motivi per i quali tale intimazione sia necessaria cioè.

Nello specifico, nei casi di proposizione di azione di risarcimento diretto dei danni, la condizione è assolta solo nel momento in cui venga inviata una **duplice lettera raccomandata**, sia ad un primo destinatario, che deve essere necessariamente la propria compagnia assicurativa del danneggiato, che ad un secondo destinatario, o per conoscenza, ovvero la compagnia assicurativa del danneggiante. Ciò in conformità con la *ratio* dell'istituto che è quella di promuovere forme collaborative di risoluzione delle controversie in via stragiudiziale.

2. Le procedure di risarcimento dei danni derivanti da incidente stradale

Preliminarmente, è necessario porre chiarezza circa le procedure che un soggetto può intraprendere per riparare danni patiti a seguito di un incidente stradale. Bisogna ricordare che nelle vertenze aventi ad oggetto sinistri stradali, oltre che al danneggiato e al danneggiante, rinveniamo anche la presenza delle rispettive imprese di assicurazione, in ragione dell'obbligatorietà dell'assicurazione per la responsabilità civile auto previsto per questa specifica attività. Invero, ogni conducente di un veicolo a motore o natante ha l'obbligo di assicurare il proprio veicolo avverso i danni eventuali e futuri che potrebbero produrre durante la circolazione^[1]. Ciò mediante la stipula di un contratto di assicurazione della responsabilità civile con un'impresa di assicurazione. Invero, l'assicurazione della responsabilità civile è quel contratto mediante il quale l'assicuratore si obbliga *a tener indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto* (art 1917 c.c.).

L'assicurazione rappresenta un atto di cautela per chi decide di assicurare il proprio patrimonio da future ed eventuali responsabilità, essendo vantaggioso anche per il danneggiato che potrà sempre rinvenire una copertura patrimoniale per soddisfare le proprie ragioni, anche qualora il danneggiante fosse nullatenente. Per tali ragioni, la legge ha previsto un obbligo di assicurarsi per le attività suscettibili di creare rischi a danni di terzi, come nel caso di **assicurazione obbligatoria della responsabilità derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dai natanti**. Questo obbligo, dapprima, è stato introdotto con L. 24 dicembre 1969 n. 990, poi ribadito nel *Codice delle assicurazioni*, approvato con decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209, emanato con lo scopo di riunire tutti i provvedimenti legislativi che regolavano il settore delle assicurazioni private, abrogandoli e sostituendoli, con il fine di semplificazione

legislativa. Il nuovo testo, oltre a riordinare tutta la materia, ha disciplinato le norme per la costituzione delle imprese assicuratrici e soprattutto le norme relative ai controlli e alle sanzioni, al fine di delineare una più ampia tutela del consumatore.

Ritornando ai mezzi di tutela esperibili dal danneggiato^[2] coinvolto in un sinistro stradale, la legge gli offre la possibilità di percorrere due strade. Difatti, colui il quale ha subito un danno a seguito di un sinistro stradale potrà esperire l'azione di risarcimento danni per responsabilità aquiliana nei confronti del danneggiante ai sensi dell'art 2043 c.c. e 2054 c.c. . Alternativamente, l'art 144 d.lgs. n. 209/2005^[3] consente al danneggiato di rivolgersi per il risarcimento dei danni subiti direttamente al proprio assicuratore, il quale è obbligato contrattualmente a provvedere alla liquidazione dei danni per conto dell'impresa di assicurazione del veicolo responsabile, ferma la successiva regolazione dei rapporti fra imprese assicuratrici^[4].

Senonché, la legge ha previsto che, prima di poter adire le vie giudiziarie, il danneggiato ha l'obbligo di avviare delle procedure stragiudiziali amichevoli con le relative compagnie assicurative con finalità squisitamente deflattive della controversia, così da rendere più rapide le procedure che assistono le richieste di risarcimenti danni conseguenti a sinistri stradali.

3. L'art 145 c.d.a.: condizione di procedibilità o proponibilità?

Il Giudice di secondo grado nella sua sentenza si è soffermato su una questione preliminare poiché riscontrava che la domanda di risarcimento danni era stata avanzata senza che fosse stata soddisfatta la condizione di proponibilità di cui all'art. 145 c.d.a. A tal fine, Il Tribunale di Firenze, in primo luogo, valutava la portata letterale dell'articolo in questione, dal quale emerge a chiare lettere, quale sanzione all'omesso assolvimento della condizione, l'improponibilità della domanda risarcitoria. Improponibilità che scaturisce dal momento in cui l'azione venga esperita prima che siano spirati i termini indicati dalla legge, decorrenti dal momento in cui la richiesta di risarcimento danni sia inviata a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento, anche se *per conoscenza*, secondo le modalità ed i contenuti di cui all'art 148, 149 e 150 c.d.a.

La formulazione dei due commi dell'art.145 c.d.a. rappresenta una grande novità rispetto a ciò che era previsto nel regime precedente, sia per la previsione dell'intimazione in mora nelle due procedure alternative (la procedura ordinaria di risarcimento ex art 2054 c.c. e quella diretta ex art 144 c.d.a.), sia per l'indicazione di un termine più lungo nei

casi di danni alla persona rispetto a quanto previsto nel precedente art. 22 l. 990/1969. Il nuovo art 145 c.d.a. ha avuto anche il pregio di delineare con maggior rigore la portata ed i contenuti di tale condizione, mediante il richiamo degli artt. 148 o 149 e 159 c.d.a. Ciò a differenza del precedente regime che definiva la condizione di procedibilità in termini generici, facendola coincidere con il mero assolvimento di un incombente formale, quale l'invio della lettera raccomandata.

Ebbene, dal punto di vista processuale, la richiesta preventiva di risarcimento mediante lettera raccomandata è da considerarsi **condizione di proponibilità della domanda giudiziale**, dovendo tale requisito sussistere al momento dell'introduzione della domanda.

La giurisprudenza, riferendosi a questa condizione, ha parlato di “proponibilità” della domanda e non “procedibilità”. Difatti, a differenza di quanto previsto dall'art 5 del d.lgs 28/2010 che impone quale condizione di procedibilità il previo esperimento della procedura di mediazione obbligatoria, l'art 145 c.d.a. integra una vera e propria condizione di proponibilità.

Proponibilità e procedibilità sono due istituti differenti, detenendo un diverso rapporto con il processo. Difatti, la condizione di proponibilità è quel presupposto che deve sussistere affinché possa essere instaurato validamente un processo, trattandosi di una condizione dell'azione, al pari dell'interesse ad agire. Da ciò ne deriva che un giudizio promosso in assenza del requisito di cui all'art 145 c.d.a. verrà sanzionato con una radicale pronuncia di improponibilità. L'omissione potrà essere rilevata sia dal giudice *ex officio* che su eccezione di parte, in ogni stato e grado del processo. Differentemente, la condizione di procedibilità si riferisce a quegli elementi che devono necessariamente sussistere prima della proposizione della domanda, quali requisiti richiesti affinché sorga il potere del giudice a pronunciarsi. Nel caso in cui tale elemento manchi, il rapporto processuale non verrebbe invalidato, venendo comunque in esistenza. Ad esempio, la condizione di procedibilità prevista dall'art 5 del D.Lgs. 28/2010 non vizia in maniera radicale l'azione, costituendo solo una condizione processuale, un ostacolo temporaneo al proseguimento dell'iter processuale, tanto da non essere rilevabile oltre la prima udienza. Se la mancanza della condizione viene eccepita in prima udienza, il giudice opera un semplice rinvio alla successiva udienza, assegnando alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Quindi nel caso di mancanza di una condizione di procedibilità si realizza un semplice differimento

dell'attività da svolgersi nel giudizio pendente, senza che possa parlarsi di nullità delle attività già svolte. Nel caso in cui venga superata la prima udienza senza che la carenza di mediazione venga sollevata, la domanda rimane proponibile e il processo continua il suo corso anche in assenza dell'espletamento del procedimento di mediazione.

3.1. La richiesta di risarcimento e il decorso dello *spatium deliberandi*

L'art 145 c.d.a. prescrive la formale intimazione in mora mediante la spedizione di una lettera raccomandata alla compagnia assicurativa del danneggiante e/o del danneggiato, secondo un ordine prioritario che varia a seconda della procedura di risarcimento scelta dal danneggiato. Invero, solo se decorso il termine di sessanta giorni per i danni a cose o novanta giorni per danni alle persone dal momento dell'invio della raccomandata senza che sia stata avanzata congrua offerta per il risarcimento (oppure dal momento in cui vengano comunicati i motivi per i quali non ritiene di fare l'offerta), il danneggiato potrà legittimamente proporre azione di risarcimento danni di fronte all'autorità giudiziaria competente. Nei casi di danni alle cose, il termine di sessanta giorni potrà essere ridotto a trenta nel caso in cui il modulo di denuncia sia stato sottoscritto da entrambi i conducenti coinvolti nel sinistro, così come previsto all'art. 148, primo comma, c.d.a. Lo stesso deve dirsi per la procedura di risarcimento diretto: in presenza di un *Modello CAI (ex modello CID)* firmato da entrambi l'iter del risarcimento dovrà essere completato entro trenta giorni, poiché ciò equivale ad una piena prova di responsabilità.

L'art. 11, comma 3, del d.P.R. 254/2005 dispone che i termini iniziano a decorrere dal momento in cui l'impresa del responsabile del sinistro riceva la comunicazione costituita dalla richiesta con i documenti corredati. L'individuazione dello *spatium deliberandi* ha lo scopo di facilitare la soluzione stragiudiziale delle controversie ed evitare disparità di trattamento fra l'originario convenuto e gli altri chiamati in causa, dovendo essere osservato non solo nei confronti dell'originario convenuto, ma anche nei confronti di tutte le altre parti in causa tutte le volte in cui vengano avanzate pretese risarcitorie, salvo il caso in cui il danneggiato abbia fornito la prova materiale di non poter identificare l'istituto assicuratore del danneggiante^[5]. Difatti, affinché la condizione possa operare sarà necessario che il danneggiato abbia la concreta possibilità di individuare il responsabile civile del sinistro. Da ciò ne consegue che il principio dell'improponibilità della domanda di risarcimento del danneggiato non trova applicazione quando il danneggiato si sia trovato nell'incolpevole impossibilità di identificare l'assicuratore o quando il responsabile civile abbia rifiutato di indicare

l'assicuratore al danneggiato, nonostante gliel'abbia chiesto con lettera raccomandata.

Entro il termine indicato dalla legge la compagnia assicurativa deve proporre una offerta risarcitoria, che sia motivata e congrua (così come disposto dall'art. 148 c.d.a.), dovendo essere commisurata al ristoro del danno patrimoniale o fisico subito dal danneggiato. La proposizione di una offerta al danneggiato, che sia congrua e motivata configura una obbligazione, anche se alternativa, in quanto la compagnia assicurativa se lo riterrà, potrà semplicemente inoltrare i motivi specifici in base ai quali ritiene di non dover proporre alcuna offerta[6]. Bisogna, inoltre, evidenziare che nel caso in cui l'impresa assicuratrice pur avendo attivato la procedura non abbia pagato nei termini, pur non contestando o comunicando alcun rifiuto, il danneggiato sarà legittimato, una volta decorsi i termini, ad adire l'autorità giudiziaria[7].

Una volta che il danneggiato abbia inviato la richiesta risarcitoria ed atteso lo *spatium deliberandi* potrà esperire l'azione di risarcimento, senza che sia previsto alcun termine di decadenza (si veda Cassazione Civile, Sez III, 25.11.2010 n. 23907). L'eventuale previsione del legislatore di collegare temporalmente la richiesta e l'esercizio dell'azione in giudizio entro un certo termine avrebbe potuto far intendere una volontà del legislatore di limitare nel tempo la durata dell'efficacia della richiesta risarcitoria. L'assenza di una simile previsione impedisce, invece, di sostenere che quando l'azione sia stata esercitata in giudizio, l'esaurimento di quest'ultimo in modo non soddisfacente della pretesa risarcitoria, per ragioni che non precludano la possibilità di esercitare nuovamente l'azione, comporti la necessità di inviare nuovamente una richiesta ai sensi dell'art 145 c.d.a.

3.2 Il contenuto della lettera raccomandata: richiamo agli artt. 148, 149 e 150 c.d.a.

Come abbiamo già detto, l'art. 145 c.d.a. consta di due commi: il primo comma richiama l'art 148 c.d.a., mentre il secondo comma fa riferimento all'art.149 c.d.a., sancendo il rispetto della condizione di proponibilità per entrambe le procedure. L'art. 149 c.d.a. è rubricato "*procedura di risarcimento diretto*"[8] sia per distinguere questa procedura da quella di cui all'art 148 c.d.a., sia per indicare l'esistenza di un rapporto diretto in cui, sostanzialmente, il danneggiato si rivolge per la liquidazione danno al proprio assicuratore, anziché all'assicuratore del danneggiante[9].

Bisogna preliminarmente affermare che l'art 148 e 149 c.d.a. si occupano di definire le procedure di risarcimento dei danni, e dunque **il contenuto della richiesta risarcitoria,**

non delineando invece le regole che incidono sulla possibilità di iniziare un giudizio per risarcimento danni, il cui riferimento normativo rimane sempre e comunque l'art 145 c.d.a. Il contenuto della richiesta risarcitoria è improntato ad una serie di comportamenti attivi ed obblighi informativi da rispettare durante lo svolgimento delle trattative che sono volte ad addivenire ad una soluzione conciliativa stragiudiziale.

Pertanto, il legislatore, specularmente per le due procedure, stabilisce il contenuto dell'istanza di risarcimento mediante lettera raccomandata ex art 145 c.d.a. richiamando le modalità ed i contenuti di cui all'art 148 c.d.a. da un lato e art 149 e 150 c.d.a. dall'altro.

L'art 148 c.d.a. prevede che la richiesta di risarcimento deve contenere sia l'indicazione del *codice fiscale degli aventi diritto al risarcimento che la descrizione delle circostanze nelle quali si è verificato il sinistro*. Inoltre, la raccomandata deve esser accompagnata, per i danni relativi alla persona, dai dati relativi *all'età, all'attività del danneggiato, al suo reddito, all'entità delle lesioni subite se trattasi; dall'attestazione medica comprovante l'avvenuta guarigione con o senza postumi permanenti e dalla dichiarazione ex art 142, secondo comma, c.d.a o in caso di decesso, dallo stato di famiglia della vittima*.

Per quanto attiene all'**art 149 c.d.a.** e, conseguentemente, il contenuto che la lettera raccomandata deve avere per poter avanzare una richiesta di risarcimento ossequiosa dei contenuti stabiliti per legge, bisogna guardare all'art 150 c.d.a. Difatti, in forza dell'art 150 c.d.a. la regolamentazione della procedura di risarcimento diretto è affidata al **D.P.R 18 luglio 2006 n. 254**, che, tra le altre, ha specificato anche **il contenuto e le modalità di presentazione della denuncia di sinistro e degli adempimenti necessari per ottenere il risarcimento del danno**. L'art 5 di detto decreto afferma che *il danneggiato che si ritiene non responsabile del sinistro deve rivolgere la richiesta di risarcimento all'impresa che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato. La richiesta è presentata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o con consegna a mano o mezzo telegramma o in via telematica, salvo che nel contratto sia esplicitamente esclusa tale ultima forma di presentazione della richiesta di risarcimento. L'impresa che ha ricevuto la richiesta ne dà immediata comunicazione all'impresa dell'assicurato ritenuto in tutto o in parte responsabile del sinistro, fornendo le sole informazioni necessarie per la verifica della copertura assicurativa e per l'accertamento delle modalità di accadimento del sinistro*. L'art 6, invece, è rubricato **“contenuto della**

richiesta” affermando che nei casi di danni al veicolo alle cose, la richiesta di risarcimento dovrà comprendere *il nome degli assicurati; le targhe dei due veicoli coinvolti; la denominazione delle rispettive imprese, la descrizione delle circostanze e delle modalità di sinistro; le generalità di eventuali testimoni; l’indicazione dell’eventuale intervento degli organi di polizia; il luogo, i giorni e le ore in cui le cose danneggiate sono disponibili per la perizia diretta ad accertare l’entità del danno.* Nel caso di lesioni subite dai conducenti la richiesta deve indicare anche *l’età, l’attività, il reddito del danneggiato; l’entità delle lesioni subite; la dichiarazione di cui all’art 142 del codice circa la spettanza o meno di prestazioni da parte di istituti che gestiscono assicurazioni sociali obbligatorie; l’attestazione medica comprovante l’avvenuta guarigione, con o senza postumi permanenti e l’eventuale consulenza medico legale di parte, corredata dall’indicazione del compenso spettante al professionista.*

3.3 La natura giuridica e la ratio dell’art 145 c.d.a.

Con riguardo alla natura giuridica dell’art 145 c.d.a. in giurisprudenza si sono susseguite due ipotesi interpretative. Una prima soluzione ermeneutica considerava la disposizione come **una regola processuale di natura formale**, tale da onerare il danneggiato al solo invio della raccomandata contenente gli elementi essenziali del sinistro, così da considerare soddisfatta la condizione di proponibilità con il mero decorso del termine. Tuttavia, tale ricostruzione è stata etichettata come riduttiva da gran parte della giurisprudenza, poiché non valorizzava la *ratio* per la quale il legislatore ha introdotto la condizione di proponibilità, ovvero lo scopo di deflazionare il contenzioso giudiziario, soprattutto per le liti bagatellari o quelle con valore irrisorio.

Per tali ragioni, la giurisprudenza ad oggi maggiormente consolidata ritiene che l’art 145 c.c. prescriverebbe qualcosa in più rispetto ad un mero onere formale, imponendo alle parti coinvolte nella vicenda, ovvero il danneggiato e le compagnie assicurative, delle vere e proprie regole di comportamento. Questa ricostruzione sarebbe giustificata anche dal richiamo all’art 148 c.d.a. che prescrive un effettivo dovere di partecipazione attiva e di collaborazione tra le parti nella fase di conciliazione stragiudiziale, mediante l’indicazione da parte del danneggiato di tutte le informazioni necessarie affinché la compagnia assicurativa sia messa nell’effettiva condizione di proporre un’offerta congrua e motivata rispetto alle circostanze e alle peculiarità del sinistro. Per tale ragione la ricostruzione maggioritaria prevede che l’art 145 c.d.a. contempli sia **un requisito formale**, consistente nell’invio di una raccomandata contenente gli elementi di cui all’art

148 c.d.a. tali da permettere all'assicuratore di accertare la responsabilità, stimare il danno, formulare l'offerta, che un **requisito sostanziale**, che prescrive delle regole di comportamento tra le parti finalizzate alla collaborazione tra il danneggiato e l'impresa di assicurazione, in ossequio dei più generali principi di correttezza e buona fede di cui all'**artt. 1175 e 1375 c.c.** Proprio la specificità del contenuto della richiesta di risarcimento contenuta nella lettera raccomandata è volta a consentire alla compagnia assicurativa di effettuare l'accertamento e la valutazione del danno. Ad avvalorare questo orientamento è stata proprio la **Corte Costituzionale, con sentenza del 3 maggio 2012, n. 111**, che ha sottolineato l'importanza dei requisiti formali indicati nell'art 145 c.d.a., in assenza dei quali si produrrebbe un vizio tale da produrre come conseguenza l'improponibilità della domanda giudiziale. Difatti con la predetta sentenza viene ribadita l'importanza dei requisiti formali che si pongono in un *rapporto di funzionalità rispetto all'obbligo della compagnia assicurativa di formulare una congrua offerta risarcitoria, rafforzando la possibilità di soddisfare le pretese del danneggiato*. La Corte Costituzionale ha sostenuto che la presenza di un onere di tal tipo in capo al danneggiato non produce alcun aggravio o restrizioni di tutela sostanziale, poiché questi oneri formali producono i loro effetti solo sul piano processuale. In presenza di una domanda improponibile per mancanza di condizione di proponibilità, il danneggiato potrà avanzare una nuova azione di risarcimento, ricordando che la domanda dichiarata improponibile interrompe i termini di prescrizione che iniziano subito a decorrere nuovamente.

Per ultima, conformemente all'orientamento maggioritario, è intervenuta **la Corte di Cassazione, III Sez. Civile, con sentenza del 25 gennaio 2018 n. 1829**, ad affermare che *in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore, a norma dell'art 145 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 l'azione per il risarcimento non può essere proposta dal danneggiato che, in violazione dei principi di correttezza (art 1175 c.c.) e buona fede (art 1375 c.c.) con la propria condotta abbia impedito all'assicuratore di compiere le attività volte alla formulazione di una congrua offerta ai sensi dell'art 148 C.d.a.*" [\[10\]](#).

4. Il significato dell'espressione "per conoscenza" di cui all'art. 145 c.d.a.

Dalla disamina compiuta è possibile affermare che la condizione di proponibilità di cui all'art 145 c.d.a., nonostante la scissione in due commi, si attegga al medesimo modo, sia che debba precedere la domanda ordinaria di risarcimento ex art 148 c.d.a., sia nel

caso di risarcimento diretto ex art 149 c.d.a. Sennonché, alcuni dubbi interpretativi in giurisprudenza, nonché nella vicenda oggetto di commento, sono stati ravvisati in ordine all'espressione “**per conoscenza**” che sembra essere utilizzata in maniera differente nei due commi dell'art 145 c.d.a. Difatti, dal dato letterale della norma emerge che nel primo caso la lettera raccomandata con avviso di ricevimento possa essere inviata **anche per conoscenza** all'impresa di assicurazione dell'altro veicolo, mentre nella seconda ipotesi la raccomandata **deve essere inviata per conoscenza** all'impresa assicuratrice dell'altro veicolo.

Il Tribunale di Firenze, con la presente pronuncia, ha offerto una interpretazione ermeneutica all'espressione oggetto di dibattito, sostenendo che la divergenza tra i due modi di esprimersi va letta tenendo sempre a mente le peculiarità della procedura di risarcimento a cui afferisce. Invero, se nel caso di procedura ordinaria di risarcimento non è importante la scelta del “primo” destinatario della raccomandata, potendo essere indifferentemente o la propria compagnia assicurativa o quella del danneggiante, nell'ipotesi in cui si intenda proporre azione di risarcimento diretto del danno, il primo destinatario dovrà essere necessariamente la propria compagnia assicuratrice, mentre la compagnia assicuratrice del danneggiante sarà il “secondo destinatario” per conoscenza. Secondo il Giudice di seconde cure, dalla differenza terminologica non si deve in alcun modo far conseguire che nell'ipotesi di risarcimento diretto debba escludersi l'imprescindibilità dell'invio della raccomandata alla compagnia assicuratrice dell'altro veicolo, escludendosi così l'operatività della sanzione dell'improponibilità della domanda.

La *ratio* sottesa all'espressione “per conoscenza” è ben diversa. Difatti, se nella procedura ordinaria di risarcimento il primo destinatario della lettera raccomandata, indifferentemente, potrà essere la propria compagnia assicurativa o quella del danneggiante, lo stesso non può dirsi nei confronti della procedura di risarcimento diretto. Difatti, in quest'ultimo caso è essenziale che il primo destinatario della lettera raccomandata sia la compagnia assicurativa del danneggiato, trattandosi di colui il quale deve contrattualmente tenere indenne il danneggiato, ed il secondo destinatario, o per conoscenza, sarà la compagnia dell'altro veicolo, che dovrà regolare i conti nella “stanza di compensazione” nel momento in cui venga accertata la responsabilità civile del danneggiante. Inoltre, secondo un'altra voce in dottrina, è importante che anche la compagnia assicurativa del danneggiante venga a conoscenza del sinistro, in quanto dell'eventuale risarcimento l'assicurazione dovrà tener in conto ai fini dell'applicazione

del *malus* al proprio assicurato.

Da ciò emerge la necessità e l'imprescindibilità dell'invio della raccomandata ad entrambe le compagnie assicurative, la cui mancanza soggiace sempre alla medesima condizione di improponibilità. Ciò in conformità alla *ratio* dell'intera riforma e al rispetto dei principi di buona fede e correttezza, che promuovono tra le parti oggetto di controversia uno spirito partecipativo e collaborativo al fine di risolvere in via stragiudiziale la controversia. Pertanto, affinché ciò sia possibile sarà necessario che tutte le parti siano debitamente informate ed edotte circa gli elementi essenziali del sinistro, tale da poter esercitare le relative contestazioni, se e nel caso in cui dovessero esserci.

Dunque, l'art 145, al secondo comma, c.d.a. va interpretato nel senso che nella procedura di risarcimento diretto del danno, **la condizione di proponibilità della domanda sarà soddisfatta solo nel momento in cui sarà inviata una duplice lettera raccomandata, che sarà indirizzata in primo luogo alla compagnia assicurativa del danneggiato e per conoscenza a quella del danneggiante.** Il Tribunale di Firenze, infine, ribadisce che la condizione verrà rispettata solo nel momento in cui vi sia l'effettivo invio.

In sintesi, come affermato dal Tribunale di Firenze nella presente pronuncia, *l'invio per conoscenza garantisce piena partecipazione alle trattative stragiudiziali alla compagnia assicuratrice del danneggiante, al fine di incentivare il dialogo tra tutte le parti fino a raggiungere la composizione bonaria della controversia. Inoltre, non si tratta di un onere particolarmente gravoso in quanto basterà inviare la medesima lettera raccomandata alla propria compagnia assicuratrice in via principale ed alla compagnia assicuratrice dell'altro veicolo per conoscenza. Lo scopo della disposizione è quello di riequilibrare le posizioni del danneggiato e dell'assicuratore, stimolando le trattative stragiudiziali. Questa ratio si ricomprende nel più ampio rispetto dei principi generali di cui ex art 2 Cost, ma anche i principi genali di buona fede e correttezza, nella prospettiva di cooperazione tra danneggiato – creditore e assicuratore – debitore.*

5. Tra litisconsorzio necessario preprocessuale ed intervento volontario

Come si desume dall'art 145 c.d.a. la richiesta di risarcimento per mezzo di lettera raccomandata deve essere inoltrata sia alla propria compagnia assicurativa che a quella dell'altro veicolo. A partire da questa circostanza, parte della dottrina ha ritenuto che l'impresa assicuratrice dell'altro veicolo possa essere qualificato come **litisconsorte necessario preprocessuale** della compagnia assicurativa del veicolo danneggiato, a

prescindere del tipo di azione che si intenda intraprendere.

Tuttavia, nel momento in cui il danneggiato agisca giudizialmente per richiedere l'indennizzo diretto, potrà proporre la relativa azione solo nei confronti della propria impresa di assicurazione. Ciononostante, ai sensi dell'**art. 149, sesto comma, c.d.a.**, la compagnia assicurativa del responsabile civile ha la **facoltà di intervenire nel giudizio, estromettendo l'altra impresa, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato ed assumendo su di sé l'intera difesa, sia in ordine all'an che al quantum debeatur, nel regolare contraddittorio delle parti.** Secondo parte della dottrina, nell'ipotesi di intervento volontario con conseguente richiesta di estromissione della compagnia assicurativa del danneggiato, dovrebbe essere instaurato il contraddittorio nei confronti del danneggiante. L'impresa interveniente dovrebbe, dunque, formulare la richiesta di chiamare in causa il proprio assicurato responsabile, atteso il litisconsorzio necessario tra assicurato e assicurazione ex art 144, terzo comma, c.d.a. Una volta estromessa l'impresa assicuratrice del danneggiato, l'azione da diretta e contrattuale tornerebbe ad essere quella tradizionale di tipo extracontrattuale ex art 2043 e 2054 c.c.

La possibilità di intervento volontario prevista all'art 149, sesto comma, c.d.a. è giustificata dalla particolarità dell'azione di risarcimento diretto, che rappresenta una deroga al principio del "chi sbaglia paga". Difatti, la facoltà di intervento riconosciuta all'assicuratore dell'altro veicolo è volta a riequilibrare il rapporto nascente dal fatto illecito, liberando la compagnia assicuratrice del mezzo danneggiato che risponde solo in presenza di una norma speciale, salva poi la successiva regolamentazione tra assicurazioni, dopo aver individuato l'effettiva responsabilità.

Proprio in ragione del possibile e legittimo intervento da parte della compagnia assicurativa del responsabile del sinistro, la stessa deve essere messo nella condizione di poter valutare l'interno in causa e ciò sarà possibile solo nel caso in cui sia debitamente informata dal danneggiato circa *la verifica dell'evento, le modalità dell'accadimento dei fatti e la sussistenza di eventuali danni risarcibili.* Queste informazioni devono, quindi, essere desunte dal contenuto dell'istanza di messa in mora, al cui invio il danneggiato è obbligato. In altre parole, la lettera raccomandata con l'indicazione delle caratteristiche del sinistro rappresenta uno strumento necessario per la compagnia assicurativa dell'altro veicolo per contestare l'an o il quantum del danno lamentato o riferire la propria versione dei fatti o mettere a disposizione prove o documenti in suo possesso. (Giudice di Pace Roma, 14.11.2012, N. 50441; si veda anche

Giudice di Pace Bari, 31.8.2010, N. 6798; Giudice di Pace Torino, 28.11.2007, N. 11700; Giudice di Pace Pomigliano D'Arco, 7.11.2007).

6. Considerazioni Conclusive

Per le ragioni sopra esposte, il Tribunale di Firenze accoglieva l'appello incidentale, e per l'effetto riformava la sentenza di primo grado, dichiarando l'improponibilità della domanda giudiziaria azionata in primo grado dall'Autocarrozzeria. La pronuncia in commento si presenta come degna di nota perché si inserisce a pieno titolo in quel panorama legislativo e giurisprudenziale inaugurato negli ultimi anni che tende a dare risalto ai principi di buona fede e correttezza come caposaldi che reggono il nostro sistema, soprattutto in tema di risarcimento danni. Le scelte del legislatore, difatti, sono volte a valorizzare il comportamento delle parti e ciò non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale, e, nello specifico, in ambito stragiudiziale. La soluzione scelta dal legislatore e quella interpretativa della giurisprudenza maggioritaria hanno lo scopo specifico di valorizzare l'interesse di tutte le parti coinvolte, così da evitare lungaggini e costi processuali.

Principali Fonti Normative

- Artt. 145, 147, 148, 150 del Codice delle Assicurazioni
- Artt. 1175, 1375, 2054 c.c.
- Artt. 5 e 6 D.P.R. 18 luglio 2006 n. 254

Giurisprudenza

- Cass. Civile, Sez III, sentenza n. 9700 del 21 maggio 2004;
- Cass. Civile, sentenza n. 4003 del 2006;
- Cass. Civile, sez III, sentenza n. 12376 del 13 Febbraio 2007;
- Cass. Civile, Sez III, sentenza n. 23907 del 25 Novembre 2010;
- Corte Costituzionale, sentenza n. 111 del 3 maggio 2012;
- Cass. Civile, S.U., sentenza n. 8620 del 29 aprile 2015;
- Cass. Civile, Sez. VI, Ordinanza n. 19354 del 30 Settembre del 2016;
- Cass. Civile, Sez. III, sentenza n. 18940 del 31 luglio 2017;
- Cass. Civile Sez, III., sentenza n. 1829 del 25 gennaio 2018.

Bibliografia

- A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, Manuale di diritto privato, Giuffrè Editore, 2017;
- B. NIGRO, L. NIGRO, Il risarcimento nell'infortunistica stradale, Ratio – commento – giurisprudenza – mappa – formulario, Maggioli Editore, 2011.
- C. DI FEO, L. NIGRO, La mediazione obbligatoria nell'infortunistica stradale, Maggioli Editore, 2012.
- G. BUFFONE, Responsabilità civile automobilistica, Risarcimento e Liquidazione dei danni alle cose e alle persone, Wolters Kluwer, 2016.

- G. CASSANO, Trattato dell'infornistica stradale, Maggioli Editore, 2008.

- G. PONGELLI, Il risarcimento diretto nel codice delle assicurazioni, Giuffrè Editore, 2011

[1] In tema di circolazione dei veicoli è intervenuta anche la **Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con sentenza n. 8620 del 29 aprile 2015**, che ha chiarito che nel concetto di circolazione, ai fini della definizione di rischio coperto vadano intese anche le operazioni compiute a veicolo fermo.

[2] Legittimato attivo a proporre l'azione di risarcimento è il proprietario del veicolo danneggiato, nonché, a seguito della sentenza della Corte di Cassazione n. 4003 del 2006, il possessore dell'automobile nel caso in cui il suo possesso sia giuridicamente qualificabile ex art 1140 c.c. L'attore dovrà dimostrare, sulla base di prove idonee, l'esistenza della situazione di possesso.

[3] La giurisprudenza maggioritaria, interpretando l'art 149 c.d.a. ha ribadito che l'azione diretta contro il proprio assicuratore è da considerarsi una facoltà, una alternativa all'azione tradizionale per far valere la responsabilità dell'autore del danno. Il risarcimento diretto del danno rimane sempre facoltativo, e non obbligatorio, non essendo in alcun modo stravolti i principi che reggono la responsabilità civile. L'azione diretta contro l'assicuratore del danneggiato deve essere considerata come un ulteriore rimedio a disposizione del danneggiato. Ciò significa che il danneggiato rimane sempre libero, in presenza dei presupposti, di agire in via extracontrattuale.

[4] In relazione alla struttura della azione diretta il danneggiato nel proporla, richiede preliminarmente l'accertamento della fattispecie di responsabilità d per il sinistro a carico del responsabile ai sensi dell'art 2054, comma 3, c.c. e di seguito l'accertamento dell'esistenza del rapporto assicurativo fra l'assicuratore ed il responsabile e dell'obbligo dell'assicuratore di rispondere del danno direttamente nei suoi riguardi. Per questo secondo aspetto la legge attribuisce al danneggiato, rispetto al rapporto assicurativo una legittimazione straordinaria ad esercitare un diritto nascente da un rapporto rispetto al quale egli sarebbe terzo e un non legittimato all'esercizio delle pretese che ne nascono. *“Qualora il danneggiato abbia agito in un primo giudizio soltanto contro il responsabile del danno ed abbia visto accolta la domanda con condanna del responsabile al risarcimento nei suoi confronti, non gli è preclusa la possibilità di successivamente esercitare l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile con una nuova richiesta di accertamento della responsabilità del soggetto responsabile, che è funzionale all'affermazione della responsabilità dell'assicuratore, mentre gli è preclusa la possibilità di chiedere una nuova condanna del responsabile al risarcimento del danno in suo favore”*. (Cass. Civile, sez III 13 Febbraio 2007 n. 12376).

[5] **Cass. Civile Sez III 21.05.2004 n. 9700** *“l'onere che l'art 22 della legge pone a carico del danneggiato per la richiesta di risarcimento del danno va osservato anche nei confronti dei terzi chiamati in causa dal convenuto, quando l'attore estenda a costoro la domanda di risarcimento, senza che tale onere possa considerarsi soddisfatto mediante l'atto di chiamata in causa da parte del convenuto, atteso che il chiaro tenore letterale della norma non consente alcuna distinzione a seconda delle modalità con cui il danneggiato proponga la propria domanda contro il danneggiante. Né la mancata equiparazione dell'atto di citazione notificato al terzo chiamato in causa alla lettera raccomandata di richiesta del risarcimento viola gli artt 3, 24, 111 Cost., poiché la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestatamente infondata la relativa questione di costituzionalità”*.

[6] L'art 148, quinto comma, c.d.a. prevede che *in caso di richiesta incompleta l'impresa di assicurazione richiede al danneggiato entro trenta giorni dalla ricezione della stessa le necessarie integrazioni; in tal caso i termini di cui ai commi 1 e 2 decorrono nuovamente dalla data di ricezione dei dati o dei documenti integrativi*. I termini indicati sono stati recepiti all'art 8 del *Regolamento di Esecuzione e Attuazione del Risarcimento Diretto*. Nell'ambito di questa procedura il termine potrà essere prorogato se la richiesta non è completa nei suoi elementi: l'impresa entro trenta giorni dalla ricezione, offrendo l'assistenza tecnica e l'informativa prevista dal regolamento, invita il danneggiato a fornire le informazioni e i chiarimenti necessari per

regolare la richiesta. In questa ipotesi i termini vengono sospesi fino alla data di ricezione delle integrazioni e dei chiarimenti richiesti.

[7] **Art 149, comma 6 c.d.a.** *“In caso di comunicazione dei motivi che impediscono il risarcimento diretto ovvero nel caso di mancata comunicazione di offerta o di diniego di offerta entro i termini previsti dall'articolo 148 o di mancato accordo, il danneggiato può proporre l'azione diretta di cui all'articolo 145, comma 2, nei soli confronti della propria impresa di assicurazione”.*

[8] **L'art 149, comma 1, c.d.a.** dispone che la procedura di risarcimento diretto si applica nel caso in cui si verifichi un sinistro tra due veicoli a motore identificati ed assicurati. Il numero di due veicoli porta all'esclusione dell'applicabilità della procedura diretta a incidenti di più grande portata. Allo stesso modo la procedura si applica solo ai veicoli a motore, escludendo l'applicazione per i sinistri con veicoli non a motore o tra veicoli e pedoni. Il comma 1, inoltre, dispone la possibilità di avviare il risarcimento diretto per il danno sia a cose che a persone. I danneggiati devono rivolgere la richiesta di risarcimento all'impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato. Il risarcimento è diretto perché indirizzato all'impresa di assicurazione che ha stipulato contratto con il danneggiato e non in via extracontrattuale contro il responsabile del sinistro in solido con la rispettiva società di assicurazione. Il **secondo comma dell'art 149** limita, inoltre, il risarcimento diretto al solo danno alla persona subito dal conducente non responsabile, se risulta contenuto nel limite previsto dall'art 139 c.d.a., ovvero il danno biologico di lieve entità, cd. micropermanente. Il risarcimento diretto potrà essere attivato solo quando il responsabile presenti una denuncia di sinistro indicante la propria responsabilità, cd. CID, o quando vi sia un rapporto dell'autorità o dichiarazioni di testimoni comprovanti la responsabilità. La *ratio* sottesa a queste condizioni consiste nella possibilità di attivare la procedura di risarcimento diretto a cose o persone, solo se il danneggiato prova di non essere responsabile. Infine, se la norma prevede la possibilità di avviare una procedura di risarcimento diretto per danni delle cose trasportate, la esclude nel caso di danni del terzo trasportato, per il quale si applica l'art 141 del codice stradale.

[9] G. CASSANO, *Trattato dell'infortunistica stradale*, Maggioli Editore, 2008, pag. 668

“Secondo l'autorità garante della concorrenza e del mercato, che su tale meccanismo ha espresso un articolato parere, un sistema di indennizzo diretto permette l'instaurazione di un rapporto diretto tra l'impresa di assicurazione ed il proprio cliente con l'auspicabile conseguente riduzione delle spese legali e di condotte opportunistiche, ciò che dovrebbe consentire un contenimento dei costi dei risarcimenti, con effetti positivi sulla riduzione dei premi polizza. Sempre a detta dell'autorità, l'attuazione integrale del sistema di indennizzo diretto potrebbe contribuire a rafforzare la concorrenza tra le imprese di assicurazione, creando le condizioni per un più ampio confronto competitivo tra gli operatori del settore, a beneficio dei consumatori”.

[10] Nello stesso senso: Corte di Cassazione, Sez. VI, Ordinanza n. 19354 del 30 Settembre del 2016, Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza n. 18940 del 31 luglio 2017.

IL TRASFERIMENTO FRAUDOLENTO DI VALORI DEL CONCORRENTE EVENTUALE: DIFFICOLTÀ APPLICATIVE E DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ

L'art. 512 bis c.p., introdotto dal D. Lgs. 1.3.2018, riproduce sostanzialmente la figura delittuosa introdotta per la prima volta negli anni novanta per fronteggiare i più gravi fenomeni di criminalità organizzata. Struttura della fattispecie e analisi del dibattito della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Ivano Ragnacci - Pubblicazione, mercoledì 17 ottobre 2018
Redattore: **Massimiliano Pace**

Sommario: 1. Cenni introduttivi; 2. Caratteristiche della fattispecie e classificazioni giurisprudenziali; 3. L'ipotesi del concorso eventuale ex art. 110 c.p.; 4. La dubbia costituzionalità della fattispecie delittuosa per difetto di sufficiente determinatezza; 5. Considerazioni finali.

1. Cenni introduttivi.

All'indomani del periodo stragista concretizzatosi nella più grave manifestazione nel corso dell'anno 1992, il titolo della legge in commento, laddove faceva riferimento alla «criminalità mafiosa», lascia intendere le scelte di politica criminale dell'epoca, ove il contrasto rigoroso al fenomeno mafioso, imponeva di bersagliare in maniera risoluta il risultato finale dell'attività criminale, consistente oggi come allora nell'accumulo incontrollato di ingentissimi capitali di natura illecita.

Peraltro, all'indomani dei tristemente noti fatti di sangue poc'anzi accennati *ex Lege* 7.8.1992, n. 306, recante «*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*», è stata introdotta nel sistema giuridico nazionale, con l'art.12-quinques, comma 1, la fattispecie delittuosa di qui a breve analizzata.

Come noto, poi, l'art. 512 bis^[1] c.p., ha assorbito nel codice penale - tra i delitti contro l'economia, senza modifiche sostanziali, ex D.Lgs. 1/3/2018, n. 21 «*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale*» - quanto il Legislatore degli anni '90 introduceva in prima battuta attraverso lo strumento

legislativo di cui all'art. 77 Cost., per fronteggiare il caso "straordinario ed urgente" del fenomeno mafioso con il D.L. 8-6-1992 n. 30, poi convertito con la Legge sopra indicata.

Tanto premesso, per meglio comprendere sin da subito il punto di vista critico dell'analisi, val la pena precisare che il trasferimento di valori di cui all'art. 512 bis c.p., può essere classificato quale reato plurisoggettivo improprio o a punibilità circoscritta e di pericolo, il quale pertanto può, in astratto, essere integrato ex art. 110 c.p. dal concorrente eventuale non titolare sostanziale, né formale dei beni, del denaro o delle altre utilità, ergo dal terzo estraneo all'operazione negoziale descritta nella fattispecie in analisi, il quale, tuttavia, nell'agire quale intermediario/prestatore di servizi o consulente, deve necessariamente avere la coscienza e volontà di perseguire l'intento delittuoso dell'interponente i beni, i denari od altra utilità fittiziamente intestati ad un c.d. prestanome, *rectius* il suo agire dovrà essere sorretto dal dolo specifico.

Deve trattarsi, pertanto, di un dolo specifico in capo all'agente consulente/intermediario, che non può ritenersi autore del reato in commento sol perché la/le personalità dei soggetti coinvolti nelle transazioni siano, agli occhi dell'Autorità Inquirente e Giudiziaria, di spiccata pericolosità criminale.

A maggior ragione, per quei soggetti estranei alla operazione negoziale *stricto sensu*, che intervengono nell'agevolare il trasferimento, coadiuvando la materiale messa a disposizione dei beni o valori a favore del terzo – come un notaio che stipula il rogito di un immobile, ben consapevole degli scopi che perseguono i contraenti –, potranno sì operare le norme sul concorso eventuale di persone, e però solo ove si riscontrino gli elementi, sia in termini di materialità che di dolo specifico[2].

Per quanto qui interessa approfondire, pertanto, essendo la fattispecie in commento reato di pericolo finalizzato al raggiungimento di un danno, la cui realizzazione non è necessaria per la consumazione del reato stesso, nel rispetto del noto principio del "*nullum crimen sine iniuria*", deve tradursi nella consapevolezza dell'intermediario totalmente estraneo all'operazione simulata, di un elevato pericolo di avvio di un procedimento di prevenzione da un lato, ovvero dall'altro di probabile commissione di delitti di ricettazione, riciclaggio o reimpiego.

2. caratteristiche della fattispecie e classificazioni giurisprudenziali.

Il reato oggetto di analisi, costituisce un classico esempio di fattispecie incriminatrice

integrabile attraverso una serie indefinita di azioni od omissioni eziologicamente connesse all'intestazione fittizia di beni o altri valori, che di volta in volta l'interprete deve valutare per ricondurre il fatto nell'alveo del lecito ovvero dell'illecito.

La forma libera, che consente di perseguire “ ... *in qualsiasi forma* ... “[3] appunto il fine delittuoso, rende, evidentemente, quanto mai evanescente il confine tra lecito e illecito che caratterizza l'agire di quei soggetti qualificati, ad esempio professionisti, i quali, nel pieno e rigoroso rispetto deontologico del servizio offerto e ricevuto da chi abbia effettivamente l'interesse di sfuggire a misure di prevenzione patrimoniale o di riciclare ingenti quantità di denaro provenienti da delitto, si prestino, loro malgrado, a favorire o concretizzare l'interposizione fittizia dei primi, senza tuttavia, come in seguito si tenterà di analizzare, poter incorrere in alcun rischio d'incriminazione.

Ulteriore dato che emerge dall'analisi giurisprudenziale dell'ipotesi delittuosa in narrativa, è l'appartenenza al *genus* dei reati a consumazione istantanea con effetti permanenti[4], il che si traduce nella circostanza, della consumazione del reato, nell'istante di attribuzione fittizia, senza che assuma rilevanza la permanenza della situazione antiggiuridica successiva e conseguente alla condotta criminosa, si da rendere, altresì sotto tale altro profilo accennato, quantomai difficoltoso interpretare l'eventuale connivenza di quei soggetti che vengono “chiamati” e perciò coinvolti, dal titolare occulto dei beni o dei valori o dai soggetti prestanome a cui i medesimi valori vengono fittiziamente attribuiti, proprio al fine di ottenere l'interposizione fittizia a terzi prestanome, grazie all'ausilio di particolari competenze, abilitazioni o specializzazioni che vengono utilizzate nella piena realizzazione delle finalità il cui corretto esercizio delle stesse possono far giungere.

Correndo il rischio di banalizzare eccessivamente l'argomento, valga l'esempio dell'architetto il quale in qualità di direttore, progettista ed esecutore dei lavori, realizzi con proventi illeciti un complesso immobiliare appartenente sostanzialmente ad un esponente di spicco della criminalità organizzata, ma apparentemente e formalmente riconducibile al committente dei lavori, titolare di una società costituita ad *hoc* per eseguire l'operazione, parte delle quote della quale vengono destinate a titolo di pagamento del professionista architetto che accetta la transazione.

Non v'è da dubitare, che in siffatta evenienza il professionista non può ritenersi coinvolto nel reato, a meno di non provare che lo stesso conoscesse preventivamente e pertanto partecipasse all'operazione, a nulla valendo l'eventuale conoscenza *ex post* dei

piani criminali ha cui ha involontariamente partecipato.

3. L'ipotesi del concorso eventuale *ex art. 110 c.p.*

La clausola di equivalenza, secondo la nota concezione monistica accolta nel nostro ordinamento giuridico, fa rispondere a titolo di concorso eventuale nel delitto anche la persona che ponendo in essere azioni od omissione non tassativamente previste dal legislatore per l'integrazione del delitto di volta in volta preso in esame, consente di punire, secondo il criterio della pari responsabilità, appunto chiunque con un comportamento causalmente orientato partecipi anche dal punto di vista psichico agli scopi criminali di altri.

Tuttavia, come nel reato proprio di bancarotta fraudolenta “ ... *il dolo dell'extraneus è configurabile ogniqualvolta egli apporta un contributo causale volontario* ... “[5], allo stesso modo dovrà valere, indubitabilmente, per quello in esame, che può essere definito pseudo proprio o semi improprio o a punibilità circoscritta, dato che, a prescindere dal soggetto individuato dalla nomenclatura legislativa in “*chiunque*”, il delitto potrà essere integrato solo da taluni soggetti circoscritti ed identificabili in coloro che abbiano l'interesse di sottrarsi a misure di prevenzione patrimoniale ovvero di distrarre i proventi dei reati di cui agli artt. 648, 648 *bis* e 648 *ter* c.p..

Così, in tali casi, non potendosi configurare per ovvie ragioni dommatiche un concorso colposo in reato doloso, il professionista che inconsapevolmente, ma negligente e/o imprudente, concorre, dovrà essere mandato esente da alcun rimprovero e/o incriminazione, anche nei casi in cui, assai frequenti, abbia apportato un contributo causale apprezzabile, se non irrinunciabile, all'interposizione fittizia ed alla realizzazione del piano criminale[6].

Diversamente, il partecipe necessario, ovvero il titolare fittizio o prestanome nel negozio giuridico simulato, sarà assoggettabile, ove ve ne siano i presupposti, al concorso eventuale anzi detto *ex art. 110 ss. c.p.*

Basti osservare, da questo punto di vista, la lettura che ne dà la giurisprudenza di legittimità, pressoché unanimemente, nel riconoscere natura necessariamente concorsuale alla fattispecie, definendo per un verso il reato a forma libera, poiché come già ricordato l'operazione negoziale potrà svilupparsi attraverso le più disparate modalità attuative, tuttavia, per altro, dovendo in definitiva riscontrarsi una situazione di apparente diversità tra la titolarità formale e la titolarità sostanziale, ove quale partecipe

ai sensi dell'art. 110 c.p. alla realizzazione del negozio apparente viene incriminato il prestanome[7].

Da altro angolo visuale, merita osservarsi che, le ipotesi di concorso del professionista *extraneus* possono essere a titolo di concorso materiale, ove lo stesso si ponga di guisa di ausiliatore o complice, intervenendo nella serie di atti che danno vita all'elemento materiale del reato ovvero a titolo di concorso morale quando si renda autore in veste di determinatore o istigatore, rendendo un impulso psicologico alla realizzazione di un reato materialmente commesso da altri[8].

Tuttavia, in ognuna delle casistiche accennate, ed a maggiore ragione in quella della possibile incriminazione del terzo estraneo alla negoziazione simulata, ciò che non può essere dimenticato è il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio su cui dovrà incentrarsi il giudizio dell'interprete giurisdizionale, dovendo raggiungere tale livello di certezza su ogni elemento tipico della fattispecie incriminatrice, oltre che, compito assai più arduo, sull'elemento psicologico e sul contributo materiale e/o morale apportato dal partecipe eventuale in veste di *extraneus*, al quale, evidentemente, non potrà rimproverarsi alcunché solo in quanto, "in scienza e coscienza", abbia espletato il suo mandato professionale agevolando si facendo l'attività criminosa dei suoi clienti[9].

4. Criticità in tema di legittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice.

Come accennato nell'introduzione, l'art. 12 *quinquies*, comma primo, del D.L. n. 306 del 1992, convertito in Legge n. 356 del 1992, ora art. 512 *bis* c.p., quale prodotto di quella legislazione dell'emergenza contro gravi delitti di sangue ed attentati all'ordine pubblico nazionale, come in casi analoghi storicamente già osservato, nel dare maggiore priorità alla risoluzione immediata della problematica politica e sociale, ha corso il rischio o più probabilmente concretizzando il danno, di violare quei presidi costituzionali che ponendo un limite al poter giurisdizionale espletabile entro i confini certi e rigorosi dei parametri legislativi, salvaguardano i diritti civili e le libertà di tutti.

Invero, già nel 2007, la V^a Sezione Penale della Corte di Cassazione, con Sentenza n. 39992 del 25 settembre 2007, ha dichiarato manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 24, comma secondo, e 25, comma secondo, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 *quinquies*, comma 1, ritenendo che non sussisterebbe violazione né del diritto di difesa, poiché è la Procura della Repubblica a dover dimostrare l'integrazione sia materiale che soggettiva del delitto, né il difetto di

determinatezza poiché la condotta dell'interposizione fittizia, secondo gli Ermellini, sarebbe condotta ben definita ed assistita dal dolo specifico, che consiste nella consapevolezza e volontà di eludere gli effetti della procedura per l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniale.

Ora se per un verso tale pronuncia de *iure condito*, è diritto vivente, de *iure condendo* non si può fingere che i dubbi di costituzionalità non sopravvivano ed in particolar modo per quei casi in cui, sopra analizzati, ove a fare i conti con la norma incriminatrice in commento siano i concorrenti eventuali totalmente estranei all'operazione negoziale simulata ed al contempo professionisti chiamati in causa da un mandato lecito ricevuto dagli uni o dagli altri correi pseudo necessari.

Certo, il dolo specifico della consapevolezza delle finalità tassative previste dalla norma, come meglio chiarito dalla pronuncia poc'anzi citata, fornisce una fondata garanzia che deve essere coniugata con il principio di diritto di cui all'art. 533 c.p.p. dell'al di là d'ogni ragionevole dubbio, che tuttavia, da sé, non basta a fornire, ad opinione di chi scrive, sufficienti parametri di certezza e tassatività legislativa, per chi comunque rischia non soltanto una incriminazione grave capace di poter rovinare la reputazione professionale e civile di un individuo, ma, altresì, di subire una restrizione della libertà personale in fase cautelare, inaudita altera parte, sulla base di mere congetture che per quanto allettanti e in astratto sufficienti a cospetto dei gravi indizi di colpevolezza, non danno l'idoneo coefficiente concreto per ritenere rispettato il limite posto all'autorità giudiziaria per evitarne l'arbitrio.

5. Considerazioni finali.

Dai dati sin qui trattati, è agevole comprendere come, persa di recente l'occasione per il legislatore di correggere la norma incriminatrice in commento, trasfusa integralmente nel codice penale, sarà compito dell'Autorità Giudiziaria più illuminata dare una interpretazione costituzionalmente orientata del delitto d'interposizione fittizia di valori, che se per un verso non si dubita essere strumento indispensabile di lotta ai più gravi e pervicaci fenomeni di criminalità organizzata, per altro non può e non deve al fine di raggiungere gli scopi della *ratio legis*, violare i massimi presidi del nostro ordinamento, finendo d'incriminare davvero "chiunque" come manifesto d'inquisizione e d'arbitrio giudiziario.

Note e riferimenti bibliografici

[1] «*chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale*» è punito con la reclusione da due a sei anni.

[2] In tal senso, si veda Mucciarelli, F., *Commentario all'art. 12 quinquies*, 158 ss.

[3] Così in Cass. Pen., Sez. II[^], Sent. N. 38733/2004, Rv. 230109, ove viene data interpretazione alla ratio della norma, la quale non intende dare classificazione formale dei meccanismi attraverso cui si può realizzare l'attribuzione fittizia, né intende ricondurre la definizione di titolarità o disponibilità entro schemi tipizzati di carattere civilistico, lasciando libero il giudice di merito a procedere a tutti gli accertamenti istruttori necessari a pervenire – senza alcun vincolo formale – ad un giudizio in concreto degli elementi logici e fattuali, unicamente rispettoso dei parametri normativi di valutazione della prova. Conf. Cass., I[^] Sez. Pen., Sent. N. 14626 del 19 aprile 2005, in Rv. 231379.

[4] In tal senso si veda Cass. Sez. Un., Sent., Sent. 8 del 24 – 5 – 2001, Rv. 218768; Conf. Cass. I[^] Sez., Sent. N. 43400 del 30 – 11 – 2005, Rv. 233260.

[5] Cass. pen., sez. V, 17-05-2017, n. 54291. In tema di concorso in bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, il dolo dell'extraneus è configurabile ogniqualvolta egli apporta un contributo causale volontario al depauperamento del patrimonio sociale, non essendo richiesta la consapevolezza dello stato di dissesto della società.

Precedenti segnalati dall'ufficio massimario della Corte di cassazione. Conformi: N. 10941 del 1996 Rv. 206542, N. 9299 del 2009 Rv. 243162, N. 16579 del 2010 Rv. 246879, N. 1706 del 2014 Rv. 258950, N. 51715 del 2014 Rv. 261739, N. 12414 del 2016 Rv. 267059, N. 38731 del 2017 Rv. 271123. Vedi Sezioni unite: N. 22474 del 2016 Rv. 266805.

Inserimento in banche dati Foro italiano: marzo 2018

[6] In tal senso, si veda, Cass. Pen., sez. III, 8.5.2012, n. 16958 (conforme: Cass. Pen., sez. III, 8.3.2010, n. 9163) ha affermato che il contribuente risponde del reato di omessa dichiarazione anche se la mancata trasmissione dei dati al Fisco sia imputabile a negligenza del commercialista. Il professionista, da parte sua, non andrà incontro ad alcun tipo di responsabilità, neppure a titolo di concorso, in quanto la sua condotta *non è sorretta dal dolo specifico*, necessario affinché si possa parlare di reato tributario:

«*Il contribuente risponde del mancato invio della dichiarazione dei redditi da parte del professionista. L'affidamento ad un commercialista del mandato a trasmettere la dichiarazione alla competente Agenzia delle entrate, infatti, non esonera il soggetto obbligato alla dichiarazione dei redditi dal vigilare affinché tale mandato sia puntualmente adempiuto*».

Così pure: Cass. Pen., sez. V, 10.3.2008, n. 10742 ha affermato che non integra il concorso la condotta del consulente della società fallita che abbia tenuto una condotta negligente o imperita. Nel caso di specie la Cassazione ha affermato la responsabilità del consulente della società fallita per aver fornito un contributo causale alla distrazione e aver concorso nelle fraudolente esposizioni in bilancio con dolo e non con colpa (con il che viene ad essere implicitamente escluso il concorso).

[7] cfr. Cass. pen., sez. V, 12.2.2013, n. 18852; Cass. pen., sez. I, 28.2.2013, n. 14373; Cass. pen., sez. V, 20.3.2014, n. 13083; Per un maggiore approfondimento sul punto si veda anche: Zanotti, M., *Le disposizioni di cui all'art. 12 quinquies del d.l. n. 306 del 1992, convertito nella l. 356/1992 in materia di trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori*, in Corso, P.M.-Insolera, G.-Stortoni, L., a cura di, *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, 876; Palazzi, M., *I rapporti*, cit., 71; Trapasso, M.T., *La punibilità delle condotte autoriciclatorie*, Napoli, 2017, 158). Mucciarelli, F., *Commento all'art. 12 quinquies d.l. 8/6/1992 n. 306*, in *Legisl. pen.*, 1993, 160.

[8] Vedi ad esempio, il caso del professionista ideatore/istigatore in Corte d'Appello di Milano. 20.6.2014. n. 3534 (caso Dolce & Gabbana) ha precisato che: «*Quanto a fil*

commercialista/consulente] la Corte condivide la valutazione data dal Tribunale. Per le conoscenze tecniche nel settore e l'affermata professionalità che lo distingueva, egli va considerato l'ideatore del progetto di evasione fiscale, prima predeterminato e poi realizzato. [...] Qualora il commercialista indichi la via da adottare, quale mezzo per celare le reali condizioni economiche dei clienti, si pone l'elemento obiettivo di incriminazione del concorso in quanto il contributo morale così configurato integra la sfera dell'illecito con una condotta ispiratrice ed istigatrice della commissione del reato" (confermando la sentenza del Tribunale di Milano, Sez. II, Sent., 17.9.2013 "il consulente fiscale, ha certamente determinato con il proprio competente contributo il raggiungimento di un fine illecito")». Tribunale di Brescia, ord., 5.10.2010 aderisce al predetto orientamento, precisando che: «il contegno del commercialista di ideazione e realizzazione del sistema di indebita compensazione di debiti e crediti fiscali, a favore del cliente, integra concorso nel delitto de quo, previsto e punito dall'art. 10-quater d. lg. 2002/74». Così anche in Cass. Pen., sez. V, 9.10.2012, n. 39988 ha confermato la condanna del commercialista della società decotta per concorso in qualità di "extraneus" nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione: «Sulla base dei principi di causazione, risulta fondata la condanna del professionista (avvocato o commercialista) che, consapevole dei propositi distrattivi dell'imprenditore (...) svolga attività dirette a garantire l'impunità o a favorire o rafforzare, con il proprio ausilio o con le proprie preventive assicurazioni, l'altrui proposito criminoso».

[9] In tal senso si veda anche F.M. IACOVIELLO, standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e controllo in cassazione, pag. 427 ss La cassazione penale, Giuffrè, 2013.

AFFIDAMENTO IN PROVA: L'EVOLUZIONE POSITIVA DELLA PERSONALITÀ VA PREMIATA ANCHE SE IL REATO È GRAVE

Riprendendo il principio di diritto consolidatosi negli anni da parte della giurisprudenza di legittimità, la Cassazione ha ribadito la preminenza dell'evoluzione positiva della personalità dell'affidato rispetto alla gravità del reato commesso, privilegiando il percorso intramurario svolto dal condannato rispetto al suo pregresso criminale.

Mariangela Miceli - Pubblicazione, venerdì 19 ottobre 2018
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Esegesi del concetto di pena all'interno del Codice Rocco; 2. La pena secondo la Costituzione; 3. Significato e limiti del sistema rieducativo; 4. Affidamento in prova; 5. Il caso; 6. Conclusioni.

1. Esegesi del concetto di pena all'interno del Codice Rocco

Quando si fa riferimento alla sanzione penale generalmente si indica un castigo inflitto all'autore di un fatto illecito.

Vale la pena ricordare che il momento afflittivo della pena può raggiungere scopi differenti e questi stessi scopi mutano, a loro volta, in funzione delle più generali concezioni di società e di Stato. [\[1\]](#)

Le originarie scelte sanzionatorie contenute nel codice Rocco tentarono di far fronte a quello che in dottrina viene indicato come il c.d. *sistema del doppio binario*, in altre parole, un sistema nel quale si prevede accanto alla tradizionale pena la possibilità di applicare una misura di sicurezza, vale a dire una misura fondata sulla pericolosità sociale del reo e finalizzata alla sua *risocializzazione*.

Invero, il meccanismo del doppio binario introdotto dal legislatore del 1930 non si è tradotto in un sistema di sanzioni organico e coerente, in quanto è un meccanismo dalla natura eccessivamente compromissoria, tanto da soffrire di alcune incoerenze interne.

L'applicabilità ad uno stesso imputato di una pena e di una misura di sicurezza, aventi

come presupposto l'una (la pena) la libertà e di contro la colpevolezza, l'altra (la misura di sicurezza) la tendenza a determinare la pericolosità sociale del reo, tende quasi a volerlo scomporre in due parti: libero e responsabile per un verso e quindi assoggettabile a pena, determinato e pericoloso dall'altro e quindi assoggettabile a misura di sicurezza.

[2]

In merito Fiandaca ritiene che vi siano all'interno dell'impianto codicistico delle interferenze che rendono problematica ed incerta la linea di demarcazione tra i rispettivi criteri che guidano l'applicazione della pena e della misura di sicurezza.

Tale nodo è ravvisabile all'interno degli artt. 133 e 203 del c.p.. Il primo infatti, nel disciplinare il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena, stabilisce che si debba tenere conto della "capacità a delinquere del colpevole" desunta da una serie di elementi della sua personalità, a sua volta, l'art. 203 c.p. in merito all'accertamento della pericolosità sociale quale presupposto della misura di sicurezza, dispone che la qualità di persona socialmente pericolosa si evinca dallo stesso articolo 133 c.p.

Ciò vuol dire che applicando il combinato disposto degli articoli di cui sopra si finisce con lo sfumare i criteri di applicazione della pena e della misura di sicurezza.[3]

2. La pena secondo la Costituzione

L'articolo 27, terzo comma, della Costituzione sancisce che "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", dalla lettera del dettato normativo si può tranquillamente evincere come il sistema costituzionale miri alla rieducazione del condannato, in altre parole, l'impianto costituzionale è incline al concetto di risocializzazione.

Tale sistema, quindi, si pone un obiettivo ispirato a criteri di umanità che deve conciliarsi col rispetto dell'autodeterminazione del reo, in quanto la possibilità di rieducare il condannato è un obiettivo tendenziale, perseguibile finché il reo è disposto a collaborare.

3. Significato e limiti del sistema rieducativo

L'Idea rieducativa sancita all'interno dell'art. 27 terzo comma della Costituzione non consente, di fatto quindi di predeterminare la durata delle sanzioni.[4]

Il punto teorico dedotto dalla teoria della necessaria rieducazione del reo, considera tale rieducazione presupposto indefettibile della sanzione, in realtà, questo tipo di impostazione risente di un approccio idealistico del tutto estraneo alla dimensione empirica del fenomeno.

La rieducazione va concepita in collegamento col disvalore espresso dal fatto di reato in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 25 secondo comma della Costituzione e in applicazione del principio di proporzionalità della pena, quale parametro essenziale di qualsiasi teoria moderna e razionale sulla funzione della pena stessa.

Appare evidente come per un vero e proprio indirizzo rieducativo della pena il delinquente debba riappropriarsi dei valori fondamentali della convivenza e che ci sia un vero e proprio indizio psicologico affinché questo processo possa andare a buon fine.

4. Affidamento in prova

L'affidamento in prova al servizio sociale è una misura alternativa alla detenzione prevista e disciplinata dall'art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, che stabilisce che, se la pena detentiva inflitta non supera i 3 anni, il condannato ha la possibilità di essere affidato ai servizi sociali fuori dell'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare.

Il condannato potrà così scontare (o proseguire) la pena fuori dal carcere, nel rispetto di programmi e prescrizioni, mettendo alla prova il proprio reinserimento nella vita sociale con il supporto dell'apposito servizio sociale del Ministero della giustizia: l'Ufficio esecuzione penale esterna (UEPE).

L'affidamento in prova è concesso dal Tribunale di sorveglianza, su istanza dell'interessato presentata personalmente o a mezzo del proprio difensore: possono essere ammessi a questa misura i condannati la cui pena detentiva (o residuo di essa) non superi i 3 anni o i 4 anni, se vi è stata detenzione (anche in misura cautelare), purché l'osservazione della personalità del soggetto dia esito positivo e convinca dunque degli effetti rieducativi che potrebbero conseguire.

Occorre, inoltre, che l'affidato abbia un domicilio (casa propria o di un familiare o una comunità in cui può essere ospitato) e un lavoro; dovrà pertanto allegarsi all'istanza la dichiarazione di disponibilità di un soggetto ad assumere il condannato se scarcerato.

L'art. 47 *quater* estende l'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, anche oltre i limiti di pena previsti, nei confronti dei malati affetti da Aids conclamata che intendono intraprendere un programma di cura ed assistenza.^[5]

Con la concessione della misura, all'affidato saranno alcune prescrizioni, che egli sarà obbligato a rispettare, riguardanti la dimora, la libertà di movimento (orari, tragitti), il divieto di frequentare certi tipi di persone e di luoghi. Egli dovrà inoltre tenere regolari contatti con l'Uepe, che riferirà al magistrato di sorveglianza.

L'affidamento in prova, dopo la sua concessione, può essere revocato qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova. In caso contrario, l'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale.

Anche l'affidato in prova al servizio sociale che abbia dato prova di un suo concreto recupero sociale, può essere concessa la detrazione di pena ai sensi dell'art. 54 ord. penit.

5. Il caso

Con la sentenza in commento il Tribunale di sorveglianza di Roma aveva rigettato l'istanza proposta da parte ricorrente di affidamento in prova al servizio sociale e conseguente ammissione alla detenzione domiciliare. Il Tribunale aveva considerato che gli elementi valutati non consentissero di concedere nessuna delle chieste misure alternative alla detenzione sottolineando fra l'altro che parte ricorrente, doveva espiare la pena detentiva di anni due, mesi otto, relativamente ad una pena patteggiata.

Avverso l'ordinanza, il ricorrente aveva proposto un unico motivo di doglianza, ovvero: l'erronea applicazione della disciplina di riferimento e vizio di motivazione, anche per omessa valutazione della relazione comportamentale di sintesi espressa dall'Istituto penitenziario. Per il ricorrente la prospettiva che aveva guidato l'ordinanza impugnata contrastava con il principio di diritto secondo cui per l'ammissione alle misure alternative in questione non poteva assumere rilievo negativo, la sola gravità del reato commesso.

Di conseguenza, in modo contraddittorio il Tribunale aveva, di fatto, negato tutte le indicazioni positive fornite dalla relazione di sintesi in merito al **percorso di reinserimento intrapreso dal detenuto.**

La Suprema Corte di Cassazione ha così accolto il ricorso e l'annullamento con rinvio del provvedimento impugnato, osservando che l'ordinanza aveva fatto prevalere la considerazione della gravità del reato, che avrebbe dovuto essere oggetto precipuo del giudice della cognizione, rispetto alla valutazione del comportamento inframurario del ricorrente, come illustrato dalla relazione di sintesi e come concretatosi anche nella volontà di risarcire il danno e di svolgere attività di volontariato, sicché era sortito un giudizio prognostico non adeguatamente fondato sui risultati dell'osservazione.

Il Supremo Collegio così ha statuito che *“ai sensi dell’art. 47 O.P.: riprendendo il principio di diritto consolidatosi negli anni da parte della giurisprudenza di legittimità, la Cassazione ha ribadito la preminenza dell’evoluzione positiva della personalità dell’affidato rispetto alla gravità del reato commesso, privilegiando il percorso intramurario svolto dal condannato rispetto al suo pregresso criminale.”*[\[6\]](#)

6. Conclusioni

La prima sezione della Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto fondato il ricorso sulla scorta del fatto che il Tribunale di Sorveglianza avrebbe dovuto considerare occorrente un ulteriore periodo di osservazione e approfondimento, senza il quale non si può stimare prognosi favorevole, sia per l'una che per l'altra misura alternativa.

Il provvedimento impugnato, inoltre, si caratterizzava effettivamente per una motivazione espressiva di una valutazione eccessivamente sbilanciata nell'attribuzione di rilevanza impediente alla gravità del reato, con corrispondente *deminutio* degli elementi, sopravvenuti alla prima istanza di affidamento rigettata, relativi al positivo comportamento inframurario e all'avviamento del percorso di emenda da parte del condannato.

Secondo consolidato principio di diritto, affinché possa farsi luogo alla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, la considerazione di tale gravità, al pari dei precedenti penali, non è sufficiente, poiché è sempre necessaria la valutazione della condotta successivamente serbata dal condannato, essendo indispensabile l'esame anche dei comportamenti attuali, in ragione dell'esigenza, connaturata all'istituto dell'affidamento in prova.[\[7\]](#)

Ne consegue che la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale non postula come presupposto indispensabile al suo riconoscimento la verifica di una già

conseguita, radicale rettifica da parte del condannato, che costituisce invece l'obiettivo da raggiungere con il completamento del processo di rieducazione, bensì richiede il riscontro dell'esistenza di elementi dai quali possa, sulla base di motivazione congrua e logica, desumersi l'avvenuto, sicuro inizio di questo processo e per far ciò è necessaria la valutazione ex art. 47 Ord. Pen

A tal fine è necessario compiere una disamina attenta di tutti elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, dovendo il giudice, in particolare, esaminare le relazioni provenienti dagli organi deputati all'osservazione del condannato, pur senza essere in alcun modo vincolato dai giudizi di idoneità espressi, ma essendo tenuto a considerare le informazioni sulla personalità e lo stile di vita dell'interessato, tenendo conto della rilevanza alle istanze rieducative e ai profili di pericolosità dell'interessato, secondo la gradualità che governa l'ammissione ai benefici penitenziari.^[8]

Note e riferimenti bibliografici

[1] Fiandaca, diritto penale, ed. Zanichelli 2012, p. 645.

[2] Nuvolone, Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena, in *Iustitia*, 1969, 296.

[3] Fiandaca, diritto penale, ed. Zanichelli 2012, p. 649.

[4] Fiandaca, Commento all'art. 27, comma 3, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, 1999, 222.

[5] Art. 47, ordinamento pen., Codice di procedura penale, ed ND, 2017, p.2005.

[6] sentenza n. 40341/2018, la Prima Sezione della Cassazione.

[7] Sez. 1, n. 31420 del 05/05/2015, Incarbone, Rv. 264602; Sez. 1, n. 773 del 03/12/2013, dep. 2014, Naretto, Rv. 258402.

[8] Sez. 1, n. 23343 del 23/03/2017, Arzu, Rv. 270016.

LE SEZIONI UNITE DI NUOVO SULLE CLAUSOLE CLAIMS MADE

Analisi della dibattuta figura delle clausole claims made, con particolare attenzione alla posizione sostenuta dalle Sezioni Unite nella recentissima sentenza n. 22437-2018.

Angela Cuofano - Pubblicazione, mercoledì 24 ottobre 2018
Redattore: **Ilaria Valentino**

Sommario: 1) Le clausole *claims made* o "a richiesta fatta": definizione e applicazioni pratiche; 2) Le Sezioni Unite abbracciano il vaglio di meritevolezza: la sentenza n. 9140-2016; 3) Nuovi ripensamenti nell'ordinanza 1465/2018; 4) Il rovescio della medaglia: Cass., S.U. n. 22437/2018: 4.1) Il caso; 4.2) I principi di diritto; 5) Conclusioni.

1) Le clausole *claims made* o "a richiesta fatta": definizione e applicazioni pratiche.

Per comprendere la portata applicativa della clausola *claims made*, si rende necessaria una premessa circa la rilevanza del contratto aleatorio e, nello specifico, del contratto di assicurazione nel nostro ordinamento.

Il contratto aleatorio⁽¹⁾ non viene definito nel codice civile, in quanto a mente dell'art. 1469 c.c. il legislatore ha soltanto escluso tali contratti dall'applicazione delle norme poste in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.)

Da ciò si evince che il nostro ordinamento prevede il contratto aleatorio ma non ne offre una definizione, introducendo, piuttosto una sub-distinzione tra contratto aleatorio per natura o per volontà delle parti.

La dottrina ha in vario modo proposto soluzioni tese ad individuare i caratteri strutturali e funzionali di tale contratto, definendo, talora, i contratti aleatori come quei contratti in cui la determinazione di una delle prestazioni corrispettive o della prestazione unilaterale dipende da un evento incerto, dedotto quale elemento essenziale del contratto, oppure evidenziando come l'aleatorietà debba essere connessa alla natura dell'evento e non in relazione alla natura del contratto. Altra soluzione, anche avvalorata dalla giurisprudenza, afferma, invece, che il contratto debba ritenersi aleatorio quando già al momento della sua conclusione l'alea sia ex lege o per volontà delle parti elemento essenziale del sinallagma. Di conseguenza, ciò che rileva in tale tipologia contrattuale è

l'incertezza sul contenuto o l'entità delle prestazioni sicchè, al momento della conclusione del contratto, vi sarà l'indeterminatezza (relativamente all'an o al quantum della prestazione), che dipenderà dal verificarsi di un evento futuro ed incerto(2).

Nell'ambito dei contratti aleatori per natura, viene solitamente ricondotto il contratto di assicurazione che, a mente dell'art. 1882, definisce tale fattispecie come *"il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno da esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana"*. L'esigenza sottesa all'operazione assicurativa è quella di fornire adeguata tutela contro il verificarsi di determinati eventi futuri ed incerti per sopperire alla necessità o ai bisogni del momento di difficoltà e, quindi, per sopperire ad eventuali conseguenze patrimonialmente dannose del verificarsi di un rischio determinato. Tale contratto viene ritenuto unanimemente un contratto sinallagmatico ad esecuzione continuata.

Al contratto di assicurazione si correla il rischio che, secondo parte della dottrina, non deve qualificarsi né come elemento causale, né come oggetto del contratto, bensì come presupposto di esso; secondo altra dottrina, si ritiene, invece, che il rischio debba essere inteso come elemento negativo che viene trasferito dall'assicurato all'assicuratore. In ogni caso, il termine rischio è utilizzato in varie accezioni, sia come mera possibilità del verificarsi di un evento (in un'accezione extra-assicurativa), sia la possibilità che si verifichi l'evento assicurato, previsto dal contratto quale presupposto per l'esecuzione della prestazione da parte dell'assicuratore di pagare l'indennità (rischio assicurato).

La causa contrattuale consiste appunto, nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore e, quindi, deve sussistere al momento della stipula del contratto, pena la sua nullità (art. 1895 c.c.). Ciò che invece deve essere successivo alla conclusione del contratto è l'evento, anche se è possibile che convenzionalmente vengano estese coperture assicurative ad eventi o ad effetti di eventi preesistenti(3).

In quest'ottica, si inseriscono le clausole *claims made*, letteralmente "a richiesta fatta", che introducono un elemento di anticipità nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, derogando alla sua disciplina legale tipica.

Se infatti, l'ipotesi disciplinata dalla legge delimita la copertura assicurativa al fatto accaduto durante il periodo di assicurazione, quella caratterizzata dalla clausola in questione opera in una prospettiva più generale, che fa riferimento all'atto commesso (act

committed) o alla perdita subita (loss occurred). La copertura dell'assicurazione è ricollegata alla richiesta fatta dal terzo e pervenuta all'assicurato durante il periodo di vigenza dell'assicurazione.

Le clausole *claims made*, com'è noto suddivise in pure ed impure (o miste).

Dando per scontata la distinzione, va precisato che entrambe soddisfano una concreta esigenza dell'assicuratore.

Da un lato, invero, la nascita di svariate fattispecie di illecito civile non permette di capire con facilità, o almeno secondo una stima attendibile, il criterio temporale di selezione delle fattispecie attratte dalla copertura assicurativa; la clausola in esame, in questo senso, può essere di grande aiuto. D'altra parte, essa contribuisce a proteggere l'assicurato nell'ipotesi di danno a formazione progressiva, che si manifesta a distanza di tempo dal momento in cui si verifica il fatto dannoso.

La pattuizione *de qua* cerca di comporre queste esigenze tramite una definizione convenzionale di sinistro, che va al di là di quanto definito nell'art. 1917 cc(4).

2) Le Sezioni Unite abbracciano il vaglio di meritevolezza: la sentenza n. 9140/2016.

Da quanto sopra esposto, risulta chiaro che dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate circa la validità della clausola *claims made*, data la loro crescente importanza nel mondo del diritto.

Parte della giurisprudenza ne sosteneva l'invalidità in base a tre ordini di ragioni:

- l'art. 1917, co. 1 cc, che delinea il sottotipo del contratto di assicurazione della responsabilità, è norma inderogabile e di applicazione immediata, definisce l'essenza stessa del contratto di assicurazione, che è l'attività posta in essere, in quanto fonte di responsabilità, non la richiesta risarcitoria;
- la clausola renderebbe assicurabile il rischio putativo che, in quanto tale, non può essere oggetto del contratto di assicurazione;
- la stessa viola l'art. 2965 cc ed altera il regime della prescrizione come illustrato dagli artt. 2952, 2935 e 2936 c.c.

Tali argomentazioni sono state superate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione(5).

Secondo i giudici, l'assicurazione con clausola *claims made* è un contratto atipico. La

clausola non consente di inquadrare il contratto nel sottotipo "assicurazione della responsabilità civile": delimita temporalmente il rischio assicurato solo alle richieste pervenute durante la vigenza del contratto, in tal modo derogando all'art. 1917 cc, che garantisce il sinistro verificatosi durante il periodo di vigenza della polizza, sebbene esso sia stato denunciato successivamente.

La caratteristica introduce anche una deroga al normale contratto di assicurazione, così come spiegato nell'art. 1882 e ss. cc: il rischio assicurato, nell'ipotesi classica, attiene ad un evento futuro ed incerto rispetto alla sottoscrizione del contratto. Nell'eccezione illustrata, invece, viene assicurato anche il rischio pregresso, inerente a fatti accaduti prima della stipulazione dell'assicurazione.

Nel contratto tipico, il nesso sinallagmatico che esiste tra la prestazione dell'assicuratore (copertura del rischio) e quella dell'assicurato (pagamento del premio) determina la nullità della clausola di retrodatazione degli effetti, destinata ad anticipare la copertura al periodo antecedente all'accordo(6).

La nullità non colpisce invece l'assicurazione con clausola claims made. Il contratto atipico copre un rischio diverso: assicura anche la responsabilità per fatti già verificatisi al momento della decorrenza dell'assicurazione e, di fatto, inerenti alle ipotesi di danno a formazione progressiva.

Si prospetta, dunque, una diversa funzione concreta rispetto a quella astratta, tipizzata dal legislatore: la delimitazione temporale della garanzia è un elemento che connota la causa del contratto, derogando allo schema legale tipico. Il termine entro il quale la garanzia può essere fatta valere concorre a determinare l'oggetto e la funzione del contratto atipico e, su questo piano, incide sulla nascita dell'obbligazione dell'assicuratore.

Si è molto discusso circa la vessatorietà della clausola e la meritevolezza dell'interesse perseguito dal contratto stesso.

Chiaramente, la prima viene in rilievo quando si esclude la copertura assicurativa perchè la domanda risarcitoria è stata proposta dopo lo scioglimento del contratto, nonostante il sinistro si sia verificato in piena validità.

In altri casi, all'opposto, la clausola può recare un vantaggio all'assicurato, garantendo la copertura della responsabilità dei danni latenti e generati da fattispecie a formazione

progressiva(7).

A questo punto, è fondamentale distinguere le clausole che caratterizzano l'oggetto del contratto da quelle che delimitano la responsabilità.

Si rende, cioè, necessaria una valutazione sulla natura delle pattuizioni inserite nel singolo atto, che deve essere compiuta caso per caso, alla luce degli elementi che connotano la funzione concreta del contratto.

3) Nuovi ripensamenti nell'ordinanza 1465/2018.

La recentissima ordinanza in commento vuole provocare l'intervento delle Sezioni Unite circa l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, della clausola claims made, così come stigmatizzata nella pronuncia del 2016.

Infatti, il Collegio ritiene non più applicabile il principio che investe di una rilevanza notevole il vaglio di meritevolezza, posto che la pattuizione in esame non può più essere considerata indice di un contratto atipico. Essa è diventata un elemento caratterizzante di una serie di contratti che riguardano la responsabilità professionale.

Il provvedimento del 19 gennaio 2018 censura la meritevolezza, e quindi la validità, del sistema secondo diversi profili.

Per prima cosa, la clausola de qua potrebbe attribuire all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato senza contropartita. L'esclusione delle richieste risarcitorie, perchè pervenute dopo la scadenza dell'efficacia della polizza, ridurrebbe il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resterebbero esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto.

Tra l'altro, in base all'analisi compiuta dal Collegio, l'accordo in questione porrebbe l'assicurato in una posizione di ingiusta soggezione rispetto all'eventuale richiesta danni del terzo. La prestazione sarebbe condizionato da un ulteriore evento futuro ed incerto che porterebbe il professionista ad augurarsi di ricevere quanto prima la richiesta di risarcimento, in aperto contrasto con quanto statuito dall'art. 1904 cc che considera il rischio quale evento futuro, incerto e non voluto.

Ugualmente, l'assicurato - se omette qualsiasi comunicazione all'assicuratore, in attesa della richiesta risarcitoria del danneggiato - rischia di perdere la copertura risarcitoria; se, invece, sollecita il danneggiato a chiedere il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio

di cui all'art. 1915 cc.

Secondo la ricostruzione del Collegio, infine, la clausola costringerebbe l'assicurato a tenere condotte contrastanti con superiori "doveri di solidarietà" costituzionalmente imposti, poichè " se l'assicurato adempie spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come buona fede e correttezza gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, mancando così la condicio iuris cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore. In altre parole, si sostiene che la pattuizione, elevando la richiesta del terzo a condizione per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella richiesta sia mancata.

Per queste ragioni, il Collegio pone alle Sezioni Unite il quesito circa la correttezza dei quesiti riportati in massima: in caso di risposta positiva, verrebbe meno la meritevolezza di tutela della clausola claims made, con conseguente caducazione di tale modello di assicurazione della responsabilità civile.

4) Il rovescio della medaglia: Cass., S.U. n. 22437/2018

La sentenza in esame, dopo un iter logico complesso, rovescia completamente i presupposti della pronuncia del 2016, accogliendo parte delle censure avanzate nell'ordinanza.

4.1) Il caso

La vicenda trae origine dal distacco e dal crollo di un braccio di una gru, nel cantiere dove operava la CEV s.p.a. su un magazzino, di proprietà della Laboratori Piazza s.n.c., verificatosi nel 2002, in conseguenza del quale le merci ivi custodite subivano gravi danneggiamenti. Venivano, dunque, chiamate in giudizio, per la condanna al risarcimento del danno, la CEV s.p.a. e la Manitowoc s.r.l., quale società fabbricante la gru. Quest'ultima, a sua volta, non esitava a coinvolgere la società assicuratrice Allianz s.p.a, assumendo di essere, in relazione a quello specifico evento dannoso, garantita da una polizza con durata dal 1 gennaio 2001 al 1 gennaio 2003.

La compagnia, dal canto suo, contestava la domanda di garanzia.

Assumeva che i contratti stipulati con la società Manitowoc s.r.l. fossero, in realtà due

(uno con decorrenza dal 1 gennaio 2001 al 31 dicembre 2002 e il secondo dal 1 gennaio 2003 fino al 1 gennaio 2004).

Entrambi i contratti prevedevano una clausola *claims made*, con conseguente risarcimento al momento della richiesta del danneggiato. La richiesta di risarcimento della Laboratori Piazza s.r.l. veniva rivolta nel 2003; trovava dunque operatività il secondo contratto che, però, prospettava una franchigia superiore al risarcimento richiesto. L'assicurato, per questo, non poteva pretendere alcun risarcimento.

Il tribunale di Treviso, in primo grado, condannava la CEV s.p.a. e la Manitowoc s.r.l. al risarcimento danni, considerando nulle le clausole *claims made*.

Avverso tale sentenza proponeva gravame in via principale l'Allianz s.p.a. e, in via secondaria, tutte le altre parti.

La Corte d'Appello di Venezia accoglieva solo l'impugnazione della compagnia assicurativa, sostenendo che le clausole in esame, di tipo puro, non rendessero nè nullo il contratto in base all'art. 1895 c.c., nè fossero da considerarsi vessatorie, data la loro funzione di delimitare l'oggetto del contratto. La corte lagunare finiva dunque per concordare con quanto sostenuto dall'Allianz s.p.a.

Dopo il ricorso in Cassazione da parte della società Manitowoc s.r.l., la questione veniva rimessa davanti alle Sezioni Unite perchè il caso in esame pone problemi nuovi ed ulteriori rispetto a quelli affrontati nell'ultima pronuncia.

4.2) I principi di diritto

Secondo la Corte, agli interrogativi sollevati deve darsi una risposta unitaria, che affronti il profilo della meritevolezza degli interessi coinvolti e della validità delle clausole *claims made*. In altre parole, ad avviso dei giudicanti, occorre scrutinare il meccanismo assicurativo delle suddette clausole nelle sue varianti, tenendo conto del dato normativo. Inoltre, di nessun pregio è il rilievo che il legislatore sia intervenuto solo recentemente, in quanto si è limitato a positivizzare una regolamentazione pattizia, di fatto, già esistente e diffusa nel settore assicurativo. Il modello *claims made*, ormai, si inserisce nell'area della tipicità legale⁽⁸⁾ ed è un modello praticato «per la copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungolatenza».

La Corte precisa l'assicurabilità dei rischi pregressi (già ammessa con la pronuncia del

2016) sull'assunto che il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato, a seguito di un sinistro verificatosi in corso di polizza, non si esaurisce nella condotta materiale(9), ma si forma in modo progressivo, giacché per concretizzarsi è necessaria la volontà del danneggiato di chiedere il risarcimento. Pertanto, le *claims made* a garanzia pregressa sono lecite, perché riguardano una sola componente del rischio, ossia la condotta colposa dell'assicurato, mentre permane l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi. La Corte ribadisce che le *claims made* delimitano l'oggetto del contratto e non sono limitative della responsabilità, onde la natura non vessatoria delle stesse. Il modello contrattuale basato sulle *claims made* rientra nell'assicurazione della responsabilità civile e rappresenta una deroga pattizia all'art. 1917 c. 1 c.c. consentita dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1932 c.c. e confermata dalle recenti scelte legislative sopra mentovate. Secondo la Corte, la naturale conseguenza è il superamento del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c. 2 c.c., giacché quest'ultimo è ancorato al presupposto di un'atipicità contrattuale, mentre il modello assicurativo basato sulle *claims made* è ormai tipizzato(10). Rimane vivo, invece, il controllo sul regolamento contrattuale basato su tali clausole, che non deve violare i limiti imposti dalla legge (art. 1322 c. 1); «quindi, si rende opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto». Le Sezioni Unite richiamano la pronuncia del 2016 in cui si erano messe in luce alcune criticità, come l'asimmetria delle parti, ovvero quei meccanismi che determinano "buchi di copertura".

Il superamento del giudizio di meritevolezza non incide su tali aspetti, giacché l'ordinamento appresta altri rimedi. Nella fase prodromica alla conclusione del contratto "*on claims made basis*", ad esempio, devono essere osservati gli obblighi informativi da parte dell'impresa assicuratrice, al fine di garantire una tutela effettiva del contraente (artt. 1175, 1375 c.c. e d. lgs. 209/2005). L'inosservanza dei suddetti obblighi può determinare una responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.), ovvero vizi del consenso (*sub specie*, dolo incidente ex art. 1440 c.c.) con conseguente annullabilità del negozio. Circa il contenuto negoziale del contratto basato sulle clausole a richiesta fatta, il giudice di merito deve valutare se in esso gli interessi delle parti abbiano trovato un adeguato assetto, anche alla luce dell'informativa precontrattuale. In altre parole, il vaglio del giudice deve riguardare la causa concreta del contratto, «ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica

negoziante, al di là del modello astratto utilizzato».

La legge - con le disposizioni speciali in materia di responsabilità medica e professionisti - ha stabilito «le coordinate di base, inderogabili *in peius*» del modello contrattuale assicurativo. Il suddetto schema negoziale è "meritevole" in quanto idoneo a salvaguardare gli interessi delle parti - assicurato e assicuratore - ma non solo. Siffatto modello, infatti, tutela anche un interesse pubblicistico, ossia quello di «una corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, siccome, quest'ultimo, privo di "idonea" assicurazione».

Al lume di quanto sopra, emerge come il giudizio di meritevolezza sia "superfluo", giacché il contratto basato sulle *claims made* è tipico e per ciò solo meritevole; al contrario, rimane possibile l'indagine sulla causa concreta che esamina se l'assetto negoziale realizza la funzione pratica del contratto. La presenza di uno squilibrio tra gli interessi regolati è sinonimo di una carenza della causa in concreto dell'operazione economica. Ad esempio, la determinazione del prezzo di polizza è determinante per valutare l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni. Il "criterio guida" da seguire nell'interpretazione del contratto assicurativo con *claims made* consiste nel valutare l'adeguatezza del negozio allo scopo pratico perseguito dai paciscenti, non solo nei modelli contrattuali relativi alla responsabilità medica o professionale, ma anche in quelli che postulano la copertura dai rischi per danni caratterizzati da lungolenza. In questa prospettiva, appare "abusiva" la clausola che consenta all'assicuratore il recesso al verificarsi di un sinistro compreso tra i rischi assicurati(11).

Conclusioni

Dopo un *iter* argomentativo molto articolato, le Sezioni Unite enunciano il seguente principio di diritto:

«Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", che è volto ad indennizzare il rischio dell'impovertimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di

assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)».

In relazione alla fattispecie concreta, alla luce dei principi sopra esposti, la Corte ritiene che il sindacato del giudice d'appello abbia peccato di astrattezza, in quanto si è concentrato sul profilo dell'atipicità della clausola, senza indagare sulla concreta vicenda contrattuale e sull'assetto degli interessi coinvolti. In altre parole, il giudicante doveva analizzare gli obblighi informativi, la corrispettività tra il premio ed il rischio assicurato, anche in ragione della modifica dell'importo della franchigia (passata da un valore esiguo a 150 mila euro). Secondo la Cassazione, quindi, i motivi di ricorso presentati dall'assicurato sono fondati, la sentenza viene cassata con rinvio e la corte territoriale nel giudizio dovrà attenersi al principio di diritto sopra esposto.

Note e riferimenti bibliografici

- (1) A. Torrente - P. Schelesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè Editore, 2017, p. 723;
- (2) in questo senso, si veda M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Giappichelli Editore, 2017, pag. 103;
- (3) sul punto, anche M. Fratini, *I sistemi del diritto civile - Vol. III I singoli contratti*, Dike Giurica Edizioni, 2017, pagg. 301 e ss;
- (4) C. M. B., *Diritto civile - Vol III - Il contratto*, Giuffrè Editore, 2000, pag. 426;
- (5) Cass. civ., SS.UU. n. 9140/2016;
- (6) V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè Editore, 2011, pag. 586;
- (7) F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, 2014, pag. 638;
- (8) l'art. 1917 c. 1 non è norma imperativa ed è legittimamente derogabile, in quanto non

menzionata dall'art. 1932 c.c. che indica tassativamente le disposizioni inderogabili. Ancora una volta, la Corte ribadisce che il modello contrattuale "*on claims made basis*" si qualifica come un sottotipo dell'assicurazione della responsabilità civile (art. 1917 c.c.) che, a sua volta, è una *species* del *genus* dell'assicurazione contro i danni (artt. 1882 c.c. e seguenti);

(9) Mentre nell'assicurazione contro i danni, il binomio sinistro-rischio è inscindibile, così non accade nel modello assicurativo con le clausole *claims made*. Già la sentenza del 2016 aveva chiarito come la clausola *claims made* a garanzia pregressa - e, quindi, la fattispecie contrattuale che la contiene - sia valida, perché riguarda un solo elemento del rischio garantito (vale a dire la condotta colposa dell'assicurato che ha commesso il fatto), mentre resta impregiudicata l'alea dovuta alla possibilità o meno che il danneggiato agisca nei confronti dell'assicurato per ottenere il risarcimento.

(10) Affermazione in dissonanza con la pronuncia a Sezioni Unite del 2016 in cui si faceva espresso riferimento alla necessità di un vaglio di meritevolezza sulle *claims made*, in quanto espressione di una fattispecie contrattuale atipica ex art. 1322 c. 2 c.c.;

(11) Si ricorda che l'art. 2 del D.M. Giustizia 22 settembre 2016 recante le "Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato", esclude espressamente la facoltà di recesso per l'assicuratore a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività.

BIBLIOGRAFIA

- A. Torrente - P. Schelesinger, Manuale di diritto privato, Giuffrè Editore, 2017;
- M. Santise, Coordinate ermeneutiche di diritto civile, Giappichelli Editore, 2017;
- M. Fratini, I sistemi del diritto civile - Vol. III I singoli contratti, Dike Giurica Edizioni, 2017;
- C. M. B., Diritto civile - Vol III - Il contratto, Giuffrè Editore, 2000;
- V. Roppo, Il contratto, Giuffrè Editore, 2011;
- F. Galgano, Trattato di diritto civile, CEDAM, 2014.

RESPONSABILITÀ MEDICA: LA PERDITA DI CHANCE PER OMESSA DIAGNOSI DÀ DIRITTO AL RISARCIMENTO DEL DANNO

La recente sentenza n. 332 del 19.03.2018 del Tribunale di Livorno, in materia di responsabilità medica e danno da mancata diagnosi, conferma l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario sul danno da perdita di chance come lesione di un bene giuridico autonomo e risarcibile se soddisfatta la regola del "più probabile che non".

Lorenzo Mariani - Pubblicazione, giovedì 25 ottobre 2018
Redattore: **Mariangela Miceli**

Sommario: I. Introduzione - II. Il fatto - III. La decisione del Tribunale - IV. Osservazioni.

I. Introduzione

Con la recente sentenza n. 332 del 19.03.2018, in materia di responsabilità medica e danno da mancata diagnosi, il Tribunale di Livorno ha determinato che la chance è un diritto autonomo la cui perdita è meritevole di essere risarcita qualora risulti che l'errore medico abbia comportato "più probabilmente che non" la perdita della possibilità di vivere più a lungo, indipendentemente dalla maggiore o minore idoneità della chance a conseguire il "risultato utile". Tale idoneità, infatti, rileva soltanto ai fini della quantificazione del risarcimento.

II. Il fatto

Il caso oggetto dell'odierna sentenza in esame riguardava gli eredi di una donna deceduta per via di un carcinoma mammario, gli stessi avevano convenuto in giudizio l' Azienda Sanitaria Locale e la relativa compagnia di assicurazioni per sentirle condannare al risarcimento, tra gli altri, del danno da perdita di chance dovuto a tardiva diagnosi del male. La signora, infatti, si era sottoposta per ben due volte (nel 1997 e nel 1999) ad esami mammografici che avevano dato esito negativo. Nel febbraio 2000, in seguito ad una detrazione del capezzolo sinistro, la stessa si era sottoposta ad un nuovo esame che questa volta aveva evidenziato una neoplasia per la quale veniva effettuato un intervento chirurgico al quale, due anni dopo, seguiva l'accertamento di metastasi polmonari e cerebrali che portavano infine alla morte della paziente nel 2004.

III. La decisione del Tribunale

Nell'accogliere le richieste attoree, il Tribunale di Livorno argomenta in favore dell'esistenza di un errore diagnostico e della sua incidenza sulla probabilità di vita della paziente, riportandosi alla CTU che aveva attribuito al ritardo nella diagnosi una perdita di probabilità di sopravvivenza del 25-30%^[1].

La perizia in parola, di cui l'arresto in esame sottolinea come *“le uniche armi utili”* contro la patologia di cui soffriva la signora fossero *“la diagnosi precoce e la terapia secondo i protocolli per i vari stadi della malattia stessa”*, e che *“[l]a mammografia periodica fa parte delle metodiche tese a cogliere precocemente l'insorgenza dei tumori mammari. [...] I radiogrammi del 1999 erano in grado di rivelare la presenza della neoplasia, o quantomeno di indurre a immediati approfondimenti diagnostici (ecografia, agobiopsia mirata), ma una tale diagnosi – di neoplasia o quanto meno di grave sospetto – non fu formulata. Nella mancata formulazione diagnostica, sia pure in termini di sospetto, è da riconoscere una imperizia dell'operatore.”*^[2]

Conclude quindi il Tribunale che la chance va intesa come possibilità di un risultato diverso e migliore di quello ottenuto; pertanto, il nesso causale tra condotta del medico e perdita della chance sussiste qualora l'errore abbia comportato *“più probabilmente che non”* la perdita della possibilità di una vita più lunga, sulla base di valutazioni e accertamenti di tipo statistico (ad esempio indagini epidemiologiche) e probabilistico. La valutazione della sussistenza del nesso causale prescinde dalla idoneità della chance a realizzare il risultato sperato, in quanto essa va considerata come un bene, ossia un vero diritto autonomo da tenere distinto dal diritto alla salute. L' idoneità al perseguimento di un risultato utile avrà il suo peso soltanto in sede di quantificazione del risarcimento dovuto, da effettuarsi in termini percentuali.^[3]

IV. Osservazioni

L'interpretazione fornita dalla sentenza in esame non è limitata alla sola esperienza dei Tribunali di merito, essa poggia, al contrario, su un preciso e attuale orientamento della giurisprudenza di Cassazione che configura la perdita chance non come un danno ad un astratto beneficio futuro, ma come un pregiudizio concreto e attuale. Tale danno non è pertanto dovuto alla perdita di una mera situazione di fatto, ma è lesione di *“una prospettiva favorevole, già presente nel patrimonio del soggetto”*^[4].

Uno storico esempio di questo orientamento è costituito dalla sentenza di Cassazione n.

4400 del 24 marzo 2004 che costituisce la “spina dorsale” dell’impianto argomentativo seguito dai Giudici di Livorno.

Nel sentenza appena richiamata, la Corte d’Appello aveva negato il nesso causale tra il mancato intervento e la morte del paziente, tenuto conto del fatto che tale operazione aveva “*remote possibilità di successo, e per ciò non apprezzabili, sotto il profilo del nesso causale in questione*”.^[5] La Suprema Corte, cassando la decisione, considerava la perdita di chance come un danno “*non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato).*” Siffatto danno “*non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo.*”^[6]

Ed ancora, gli Ermellini accoglievano come valido strumento per la determinazione del nesso causale “*un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti.*”^[7]

Non a caso, l’argomentazione della Suprema Corte sul punto è riportata testualmente dalla sentenza del Tribunale di Livorno: “*non è possibile affermare che l’evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chance, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta*”.

L’impostazione appena enunciata è seguita da giurisprudenza successiva: quale ad esempio la pronuncia n. 7195 del 27/03/2014, ampiamente citata dalla sentenza del Tribunale di Livorno. L’arresto della Suprema Corte è relativo al diverso caso di una donna affetta da cancro alle ovaie che aveva perso il 41% di possibilità di vivere più a lungo perché i medici si erano limitati ad operare una sola delle sue ovaie. Ciò premesso, già nella ricostruzione del fatto la sentenza in questione permette di dare uno sguardo approfondito alla configurazione della chance come bene in sé, nonché alle incertezze e divergenze interpretative che caratterizzano l’argomento affrontato.

La Corte territoriale, infatti, aveva sì aderito alla visione per cui la chance è un bene giuridico e un diritto autonomo meritevole di tutela, ma aveva negato la risarcibilità nel caso di specie, in quanto le possibilità di vivere cinque anni più a lungo con un intervento corretto erano inferiori al 50%.^[8]

Nel loro giudizio adeguandosi all’orientamento espresso da giurisprudenza di legittimità più risalente^[9], gli Ermellini hanno ribadito un principio di diritto fatto proprio dal Tribunale di Livorno

Tale principio è perfettamente espresso dal passaggio della sentenza n. 23846 del 18/09/2008 riportato all'interno della pronuncia n. 7195/2014^[10] : *“in tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico, che normalmente sia da praticare per evitare che l'esito definitivo del processo morboso si verifichi anzitempo, prima del suo normale decorso, e risulti inoltre che, per effetto del ritardo, sia andata perduta dal paziente la "chance" di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita nonché la "chance" di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti”*.

Nel cassare il giudizio della Corte territoriale, il Giudice Supremo ha così chiarito che l'applicazione del criterio del “più probabile che non” comporta che sia *“l'evento perdita di chance a costituire il termine di riferimento della causalità, quale evento di danno risarcibile.”*^[11] Non rileva, quindi, che l'ottenimento della chance abbia o meno una probabilità superiore al 50%.

A tal proposito, è il caso di notare che non vi è unanimità sul fatto che la lesione alla chance quale bene autonomo sia sempre risarcibile: non manca, infatti, giurisprudenza anche recente, che consideri degne di risarcimento solo le chances perse che avessero almeno il 50% della probabilità di conseguire il miglior risultato. Ciò al fine di evitare indennizzi per possibilità totalmente aleatorie.^[12]

La pronuncia di Cassazione appena vista, al contrario, compie il passo ulteriore di separare nettamente la valutazione probabilistico-statistica da quella percentuale di idoneità all'ottenimento del risultato utile. Infatti, la prima viene associata alla determinazione del nesso causale, mentre la seconda viene relegata al solo ambito della quantificazione del risarcimento.

A siffatta posizione si associa l'arresto del Tribunale di Livorno oggetto della nostra analisi. Come si è visto, esso ha infatti riconosciuto la possibilità di indennizzo per la perdita di chances di miglior vita che erano state stimate dai periti attorno al 25-30%.

Anche la dottrina più recente^[13] ha accolto tale ipotesi, argomentando che l'elemento possibilistico-probabilistico è connotato all'idea stessa di perdita della chance: ciò ne implica la risarcibilità in ogni caso in cui l'occasione di risultato vantaggioso sia **dimostrabile**, indipendentemente dalla sua probabilità di riuscita. Quest'ultima atterra unicamente alla quantificazione del danno, senza poter mai comportare la sua esclusione. Tale argomentazione non rischia affatto di sguarnire il concetto di “chance” di ogni

connotato distintivo, così da garantire risarcibilità anche a vaghe ipotesi di vantaggio futuro. Piuttosto, essa impone che l'identità di concreto bene giuridico rinvenibile nel patrimonio del soggetto sia attribuibile solo se venga rispettata una condizione fondamentale: l'entità della chance deve essere "dimostrabile". Essa non deve cioè sostanziarsi in una astratta possibilità di un beneficio futuro, ma deve poggiare su un solido quadro probatorio che ne dimostri l'effettiva natura di occasione favorevole di conseguire un determinato risultato.^[14]

Questa minima analisi della giurisprudenza da cui ha attinto il Tribunale di Livorno ci consente di comprendere perché alcuna dottrina^[15] associ tale visione della perdita di chance al modello del **danno emergente**, essendo la chance configurata come bene già immediatamente disponibile nel patrimonio del soggetto, la sua perdita costituisce un danno da lesione del patrimonio. La certezza della riuscita è inconferente alla determinazione del nesso causale, essendo rilevante al solo fine di stabilire "la consistenza (percentuale) del bene nel patrimonio del soggetto."^[16]

A ciò è affine la posizione secondo cui il danno da perdita di chance sia ontologicamente distinto dalla perdita del risultato utile, con evidenti conseguenze processuali. La già citata sentenza di Cassazione n. 4400/04, ad esempio, chiarisce che qualora l'attore abbia domandato il solo risarcimento del risultato sperato (nel caso concreto, la perdita del bene vita) sia impossibile per il Giudice liquidare anche il danno da perdita di chance.^[17]

Le fa eco la sentenza n.21245 del 29.11.2012, in cui si ribadisce che la domanda di risarcimento per perdita di chance "trattasi invece di domanda tutt'affatto diversa [da quella per perdita del risultato sperato], sulla quale, ove non proposta, il giudice non può pronunciare".^[18]

La teoria della perdita di chance come danno emergente si contrappone a quella che la riconduce **al lucro cessante**, comportando – come è stato fatto notare^[19] – una *probatio diabolica* implicante l'obbligo di dimostrare che il risultato auspicato con la chance si sarebbe sicuramente verificato se non fosse stato per la condotta (o la mancata condotta) del responsabile.

Siffatta posizione nega alla chance la natura di diritto o bene autonomo e la riduce ad una mera situazione di fatto, un vantaggio comunque collegato ad un bene giuridico concettualmente distinto. Non manca, infatti, dottrina secondo cui "il danno da perdita di chance rientra nel lucro cessante perché il lucro cessante non è né un bene autonomo, né un'entità, bensì soltanto un vantaggio derivante dal bene oggetto delle situazioni

soggettive tutelate dal diritto ^[20]. Ancora, è stato affermato che: “*la cosiddetta perdita di chance non è che una particolare ipotesi di soppressione di un fattore causale necessario per il conseguimento di una utilità, e quindi rientra nel genus del lucro cessante futuro.*”^[21]

Al contrario, il filone giurisprudenziale di cui fa parte l’arresto del Tribunale di Livorno si basa sul già visto presupposto che il nesso causale vada determinato con criteri probabilistici e statistici, essendo addirittura negata la possibilità di dimostrare la *certezza* di ottenere il risultato migliore.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Trib. Livorno, 19/03/2018 n. 332, para. 1
 [2] Trib. Livorno, 19/03/2018 n. 332, para. 2.2
 [3] Trib. Livorno, 19/03/2018 n. 332, para. 2.5
 [4] Corte dei Conti, Sez. Lombardia, 13 marzo 1998, n. 436.
 [5] Cass. Civ. sez. 3, 24/03/2004 n. 4400, “svolgimento del processo.”
 [6] Cass. Civ. sez. 3, 24/03/2004 n. 4400 para. 4.2
 [7] Cass. Civ. sez. 3, 24/03/2004 n. 4400 para. 3.2
 [8] Cass. Civ. sez. 2, 27/03/2014 n. 7195 para. 4.1
 [9] Cfr. Cass. Civ. nn . 23846 del 18/09/2008; 12243 del 25/05/2007; 1752 del 28.01.2005
 [10] Corsivo e grassetti dell'autore.
 [11] Cass. Civ. sez. 2, 27/03/2014 n. 7195 para. 5
 [12] Vedi ad esempio Cass. civ., sez. 3, 29/11/2012, n. 21245, para. 8: “*Venendo al caso di specie, il giudice di merito, con argomentazioni immuni da errori logici, esenti da aporie e da contrasti disarticolanti con il contesto fattuale di riferimento, ha affermato, sulla base dei rilievi del consulente tecnico, che il giudizio controfattuale in ordine alla incidenza eziologica del comportamento dei sanitari sulla morte del paziente non dava possibilità di salvezza dello stesso superiori al 10%, di talché, anche a volere ipotizzare una immediata, corretta diagnosi della patologia che lo aveva colpito, mancava una soglia di probabilità di sopravvivenza apprezzabile in termini tali da consentire di addebitare all'ente ospedaliero la responsabilità della morte del B.*”
 [13] M. Azzalini, *Il carattere probabilistico del danno da perdita di chance tra istanze di rigore ed esigenze di tutela della persona*, in *Rivista responsabilità medica*, 2017, pp. 154-156
 [14] M. Azzalini, op. cit., p.149.
 [15] M.C. Iezzi, *La chance: nella morsa del danno emergente e del lucro cessante. Il danno da perdita di chance quale tecnica risarcitoria applicabile alla responsabilità contrattuale, alla luce delle più recenti elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali*, in R. Garofoli-P. Bortone-R. Vaccaro, *Tracce di civile*, Neldiritto editore, 2008
 [16] M.C. Iezzi, op. cit., para. 2.1.2
 [17] Cass. Civ. sez. 3, 24/03/2004 n. 4400 para. 4.5
 [18] Cass. civ., sez. 3, 29/11/2012, n. 21245 para. 6
 [19] M. C. Iezzi, op. cit., para. 2.1.1
 [20] F. Mastropaolo, voce *Risarcimento del danno*, *Enciclopedia del Diritto* Treccani p. 12

[21] M. Rossetti, *il danno da perdita di chance*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2000, p. 677.

RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE: È CONFIGURABILE IL CONCORSO FORMALE OMOGENEO DI REATI

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 40981 depositata il 24 settembre 2018, hanno accolto la tesi della pluralità di reati qualora le condotte di violenza o minaccia ex art. 337 c.p. siano rivolte contestualmente a più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio.

Massimiliano Pace - Pubblicazione, venerdì 26 ottobre 2018
Redattore: **Annamaria Di Clemente**

Sommario: 1. Premessa; 2. Il contrasto: unità o pluralità di reati con riferimento al delitto di resistenza a pubblico ufficiale secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità; 3. La configurabilità del concorso formale omogeneo di reati; 4. La soluzione del conflitto secondo le Sezioni Unite: accolta la tesi della pluralità dei reati.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi in ordine alla questione concernente la configurabilità del concorso formale di reati nell'ipotesi in cui, in relazione al contestato reato di cui all'art. 337 c.p., sia stata posta in essere un'unica azione, violenta o minacciosa, diretta ad opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni. In fatto l'imputato aveva esercitato –nell'ambito del medesimo contesto spazio-temporale - la condotta violenta nei confronti di più pubblici ufficiali, con distinte aggressioni rivolte ad entrambi. Stante l'unicità dell'azione, il problema che ha richiesto unanime soluzione ermeneutica è quello relativo alla necessità di stabilire se si tratta di una pluralità di reati di resistenza a pubblico ufficiale (in quanto commessi nei confronti di più agenti pubblici), con conseguente applicazione della disciplina del concorso formale omogeneo di reati, ovvero se possa, all'opposto, ritenersi configurato un unico reato.

La disciplina codicistica dell'art. 81 primo comma, ovvero del concorso formale (altrimenti definito *ideale*) di reati, impone la previa individuazione della natura dell'unicità della azione, posto che altrimenti potrebbe sussistere una pluralità di reati con applicazione del concorso materiale con eventuale vincolo di continuazione.

Il concorso formale è eterogeneo allorché lo stesso soggetto agente, compiendo una sola azione od omissione, lede o espone a pericolo beni diversi eterogenei. L'eterogeneità dei beni oggetto di protezione penale, è data dall'individuazione della norma penale incriminatrice che predispone la tutela, a nulla rilevando, in questo caso, la circostanza che il titolare dei diversi beni giuridici sia lo stesso soggetto passivo, ovvero che si tratti di distinti soggetti passivi.

Il concorso formale è, all'opposto, omogeneo quando con una sola azione od omissione il medesimo agente commette più violazioni della medesima disposizione di legge, così ledendo più volte il bene giuridico tutelato dalla norma penale incriminatrice. Il presupposto del concorso formale omogeneo è quello della pluralità di violazioni a fronte di un'unica azione che sia, quindi, idonea a ledere o esporre a pericolo più volte il medesimo bene giuridico tutelato.

Precipua rilevanza assume, dunque, l'individuazione dei soggetti passivi titolari del bene giuridico oggetto di lesione. Il concorso formale omogeneo di reati, infatti, potrà configurarsi solo quando con un'unica azione sia stato leso il medesimo bene giuridico la cui titolarità appartiene, però, a soggetti passivi diversi. Qualora dovesse essere leso più volte lo stesso bene giuridico da parte del medesimo soggetto attivo e con un'unica condotta, non troverebbe applicazione la disciplina del concorso formale in quanto il reato è unico.

Da qui il problema che ha dato origine al contrasto giurisprudenziale in relazione al reato di resistenza a pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) previsto e punito all'art 337 del codice penale, nell'ipotesi di unica azione oppositiva rivolta nei confronti di più agenti pubblici.

2. Il contrasto: unità o pluralità di reati con riferimento al delitto di resistenza a pubblico ufficiale secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità.

La sesta Sezione della Suprema Corte, con propria ordinanza, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite ravvisando un *consapevole contrasto* esistente nella giurisprudenza di legittimità interna alla stessa Sezione che ha, dunque, prospettato, con riferimento al reato di cui all'art. 337 c.p., soluzioni opposte. Con la formulazione del quesito contenuto nella ordinanza di remissione, infatti, la VI sezione chiede alle Sezioni Unite di stabilire, come anticipato in premessa, la natura di unico reato o di pluralità di reati in concorso formale, del delitto di resistenza a pubblico ufficiale o incaricato di pubblico

servizio nell'esercizio delle funzioni.

Gli orientamenti giurisprudenziali contrapposti –con riguardo all'interesse protetto all'art. 337- sono due. Secondo una prima tesi la violenza e la minaccia adoperate nel medesimo contesto di azione nei confronti di più pubblici ufficiali, configura più reati di resistenza a pubblico ufficiale in ragione della pluralità di soggetti passivi coinvolti; ciò assume rilievo, evidentemente, nell'ipotesi in cui l'azione del soggetto agente è finalizzata a contrastare il compimento degli atti di ufficio da parte dei soggetti pubblici. In questi termini, dunque, ciascun pubblico ufficiale è titolare del potere di adempiere al proprio dovere d'ufficio (il contrasto dell'azione delittuosa) e pertanto è chiamato all'espletamento dell'atto. La ratio dell'orientamento in esame è quella di considerare il bene giuridico unitario dell'interesse della pubblica amministrazione al corretto funzionamento della stessa come interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Con ciò, tuttavia, valorizzando al tempo stesso la circostanza che le distinte offese sono rivolte a diversi soggetti pubblici: questi sono intesi come persone fisiche che agiscono in quanto organi della pubblica amministrazione, conservando una distinta identità -suscettibile di offesa- nella titolarità del potere di compiere gli atti dell'ufficio o dei servizi. Secondo tale ricostruzione, stante la sussistenza di una pluralità di reati, è configurabile il concorso formale omogeneo di reati. [\[1\]](#)

Di diverso avviso il secondo orientamento che ritiene, all'opposto, di valorizzare l'aspetto concernente l'unicità del bene giuridico tutelato dalla norma penale incriminatrice e quindi dell'interesse giuridico del regolare andamento della pubblica amministrazione. In questo senso, pertanto, non rileva in sé e ai fini della configurabilità della fattispecie ex art. 337 c.p., la circostanza che sia lesa l'integrità psico-fisica del soggetto pubblico. L'evento giuridico, infatti, è unico a prescindere dal fatto che la condotta di violenza o minaccia sia stata rivolta nei confronti di più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio. L'elemento che rileva è l'atto dell'ufficio o del servizio che deve essere eseguito e rispetto al quale la condotta del privato si pone in termini oppositivi e di interferenza. Pertanto il reato è unico (in quanto unico è l'evento giuridico a prescindere dalla condotta commessa nei confronti di una pluralità di soggetti pubblici), non residuando spazio alcuno per la configurabilità del concorso di reati. [\[2\]](#)

3. La configurabilità del concorso formale omogeneo di reati.

Dalle motivazioni depositate il 24 settembre 2018 in ordine alla sentenza a commento, si rileva che le Sezioni Unite hanno ritenuto opportuno scomporre la questione oggetto del

quesito prospettato, offrendo una sintetica enucleazione degli aspetti sottesi alla disciplina del concorso formale omogeneo di reati ex art. 81 comma 1 c.p.

Come ricorda la Suprema Corte, il problema principale che si pone in tema di accertamento del fatto storico per l'aspetto che ci occupa, risiede nell'individuazione del concetto di "*azione unica*". La nozione costituisce l'elemento che consente di caratterizzare e distinguere il concorso formale rispetto al concorso materiale di reati. Infatti, se vi è pluralità di azioni il concorso è materiale, con conseguente applicazione del meccanismo del più severo trattamento sanzionatorio del cumulo materiale. Ciò posto, una volta ravvisata l'unicità dell'azione è necessario, in sede di accertamento del fatto storico di reato, stabilire se –a fronte dell'azione unica tipica del concorso formale– debba configurarsi un unico reato o una pluralità di essi, così distinguendo tra concorso formale omogeneo e reato unitario. Come già emerso nel corso del commento che ci occupa, è questo il *thema decidendum* della pronuncia delle Sezioni Unite.

In questi termini la Suprema Corte mostra di aderire pienamente alla concezione normativa, che costituisce, in concreto, il criterio discretivo elaborato da dottrina e giurisprudenza al fine di spiegare la distinzione. La concezione normativa, dunque, che è teoria prevalente, limita il campo di indagine alle sole plurime violazioni della stessa disposizione di legge (concorso formale omogeneo) senza che l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice possa assumere alcuna rilevanza. Per stabilire l'unità o la pluralità di reati è, pertanto, necessario guardare esclusivamente alla norma penale: la Suprema Corte ritiene priva di fondamento la tesi (all'opposto ampiamente condivisa in dottrina) che guarda al rapporto tra soggetto passivo e natura del bene giuridico leso, così enucleando la categoria dei *beni altamente personali*.^[3]

Da questa ricostruzione ermeneutica ne discende, secondo la Corte, che in ipotesi di reiterazioni nello stesso contesto di tempo, è necessario procedere –sul piano applicativo– alla "*ideale scissione della complessiva vicenda fattuale in tante parti quanti sarebbero gli eventi giuridici, verificando quindi se ognuno degli autonomi frammenti di essa integri, in tutte le sue componenti (oggettiva e soggettiva) la fattispecie prevista dal legislatore*". La componente soggettiva assume precipua rilevanza se si considera *superflua*, nel ragionamento operato dalla Corte, la semplice pluralità delle persone offese ai fini della determinazione della unicità dell'azione. L'atteggiamento psicologico dell'agente deve essere diretto, distintamente, nei confronti di ciascuna persona offesa. Tale interpretazione è conforme alla giurisprudenza di

legittimità consolidata in ordine all'art. 81 co. 1 c.p., e pone in evidenza la pluralità di processi volitivi con riferimento ai singoli eventi tipici previsti dalla norma incriminatrice, realizzati in costanza di un'unica azione[4].

4. La soluzione del conflitto secondo le Sezioni Unite: accolta la tesi della pluralità dei reati.

In termini generali il reato di resistenza a pubblico ufficiale è un delitto che si inserisce nel novero dei reati commessi da privati nei confronti della pubblica amministrazione (titolo II capo II c.p.). La condotta tipica consiste, dunque, nel duplice comportamento del soggetto attivo avente ad oggetto la violenza o la minaccia sorretta dal dolo specifico (elemento soggettivo) del fine di impedire il compimento di un atto del pubblico ufficiale, caratterizzandosi, dunque, per il fatto di essere posta durante il compimento dell'atto (contestualmente). L'elemento cronologico, infatti, assume rilevanza per l'accertamento del medesimo contesto fattuale, e ciò in quanto l'impedimento posto in essere dalla condotta dell'agente deve essere concreto per l'esercizio del pubblico ufficio.[5] Sotto il profilo dell'interesse tutelato il bene giuridico è *latu sensu* quello del corretto funzionamento e del prestigio della pubblica amministrazione (in ciò il reato di resistenza a pubblico ufficiale si accomuna a quello di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale ex art. 336 c.p.). La giurisprudenza della Suprema Corte, e specificamente della sesta sezione, ha di recente sostenuto la natura plurioffensiva del delitto, ma si tratta di un orientamento isolato. [6]

La struttura obiettiva della fattispecie è stata ampiamente passata in rassegna dalle Sezioni Unite con la sentenza a commento, stante la necessità di definire l'articolazione strutturale della norma incriminatrice in relazione all'interesse protetto. La Corte ribadisce l'elemento fattuale della condotta, tipizzato, sotto il profilo modale e teleologico, in quanto diretto a conseguire lo scopo oppositivo normativamente descritto (condotta che si realizza secondo le modalità, appunto, della violenza o della minaccia).

Sul piano dell'interesse giuridicamente tutelato dalla norma incriminatrice, le Sezioni Unite escludono che possa avere rilevanza alcuna la prospettazione di una natura plurioffensiva del reato in esame. La giurisprudenza di legittimità è quasi unanime, sebbene –come sopra segnalato– di recente si era sviluppato un orientamento nella sesta sezione che aveva riconosciuto tale valenza (ndr, v. *nota n. 6*). Le argomentazioni, in questo senso, sono rigorosamente legate al dato testuale della norma, ma anche alla collocazione sistematica e al titolo della disposizione: il bene protetto è da rinvenirsi nel

“regolare funzionamento della pubblica amministrazione” così escludendosi la contemporanea protezione di plurimi interessi di pari rango. Tale regolare andamento presuppone, pertanto, la mancanza di interferenze nel processo volitivo o esecutivo del soggetto pubblico che manifesta all'esterno la volontà della pubblica amministrazione, così personificandola.

Sulla scorta di tali premesse le Sezioni Unite ritengono di non potere aderire a quell'orientamento che sostiene la rilevanza dell'opposizione diretta all'atto piuttosto che al singolo soggetto pubblico, e dunque al filone giurisprudenziale che, specificamente, ha ritenuto di valorizzare l'unicità del reato anche in presenza di condotte rivolte nei confronti di più soggetti pubblici nel medesimo contesto fattuale.

Le considerazioni svolte, sul punto, dalla Corte si basano sull'*insuperabile lettera della legge*: la contraddizione logico- giuridica della tesi, infatti, sarebbe data dal fatto che il singolo pubblico ufficiale è immedesimato organicamente nella pubblica amministrazione nel momento in cui agisce. Pertanto, allorquando l'agente con violenza o minaccia intende impedire, turbare, ostacolare l'espletamento dell'atto dell'ufficio o del servizio posto in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, offende il bene giuridico tutelato in quanto il singolo soggetto pubblico costituisce “*lo strumento di estrinsecazione nella realtà giuridica*” della volontà della amministrazione. E ciò emerge dal testo dell'art. 337 c.p. che non consente di ravvisare, dunque, altra lettura del dato normativo che testualmente si riferisce ad “*un pubblico ufficiale o ad un incaricato di pubblico servizio*”, così individuando il bene protetto. È necessario ribadire questo aspetto: la Corte ritiene non esatta l'opinione secondo cui il delitto di resistenza a pubblico ufficiale assorbirebbe soltanto la minima porzione di violenza in cui si estrinseca l'opposizione all'espletamento del dovere d'ufficio o servizio. A sostegno del dato normativo forte si osserva, infatti, che la costruzione normativa della fattispecie, non può far dubitare del fatto che l'elemento oggettivo è integrato dalla condotta di violenza o minaccia nei confronti del soggetto pubblico, e pertanto è la norma incriminatrice stessa ad *attribuire centralità* alla persona del singolo soggetto pubblico chiamato a manifestare la volontà della pubblica amministrazione.

In conclusione, dunque, la Corte accoglie l'orientamento che opta per la pluralità di reati di resistenza a pubblico ufficiale con conseguente configurabilità del concorso formale omogeneo di reati, nei termini che sono stati qui approfonditi. Il principio di diritto infine elaborato dalle Sezioni Unite risponde alla questione posta dall'ordinanza di

remissione, affermando che *“In tema di resistenza a pubblico ufficiale, ex art. 337 cod. pen., integra il concorso formale di reati, a norma dell’art. 81 comma 1 c.p., la condotta di chi usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio”* - SS.UU. n. 40981 del 24/09/2018.

Note e riferimenti bibliografici

- [R. Garofoli, “Manuale di diritto penale – Parte generale”, Neldiritto editore, V edizione 2017-2018](#)
- F. Mantovani, “Diritto penale”, Cedam – 2015
- S. Messina – G. Spinnato, “Manuale breve di diritto penale” Giuffrè editore, 2018
- Forti – Seminara – Zappalà, “Commentario breve al Codice penale” – Cedam 2017

[1] Per il primo orientamento ex multis **Sez. VI** n. 38182 del 26/09/2011, n. 26173 del 27/05/2012. Da ultimo Sez. VI n. **35227** del **25/05/2017** (Provenzano) secondo cui *“la resistenza o la minaccia adoperate nel medesimo contesto fattuale per opporsi a più pubblici ufficiali non configura un unico reato di resistenza ai sensi dell’art. 337 c.p., ma un concorso formale omogeneo di reati e dunque tanti distinti reati quanti sono i pubblici ufficiali operanti, giacché la resistenza, pur ledendo unitariamente il pubblico interesse alla tutela del normale funzionamento della pubblica funzione, si risolve in distinte offese al libero espletamento dell’attività funzionale di ciascun pubblico ufficiale”*.

[2] Per il secondo orientamento ex multis **Sez. VI** n. 37727 del 09/05/2014, n. 39341 del 12/07/2017, n. 52725 del 28/09/2017. In particolare v. Sez. VI n. **4123** del **14/12/2016** secondo cui *“integra un unico reato, e non una pluralità di reati avvinti dalla continuazione, né il concorso formale di una pluralità di reati, la violenza o la minaccia posta in essere nel medesimo contesto fattuale per opporsi al compimento di uno stesso atto di ufficio o di servizio, anche se nei confronti di più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio”*.

[3] La tesi di **Mantovani** è stata sviluppata con riguardo ai casi di c.d. ripetizione o moltiplicazione della stessa fattispecie legale nello stesso contesto di tempo: *“Si ha di certo, un solo reato quando la ripetizione contestuale avviene contro lo stesso soggetto passivo. Si ha, senza dubbio, pluralità di reati quando trattasi di contestuale ripetizione di fattispecie, tutelante un bene altamente personale (vita, integrità fisica, libertà personale e sessuale, onore, ecc.), ai danni di soggetti passivi diversi (come nel caso di ripetute azioni di lesioni o ingiurie commesse ciascuna contro una persona diversa”*.

[4] Così tra le altre Cass. Pen. Sez. II n. 12027/1997 secondo cui *“non potendosi la pluralità di violazioni farsi puramente e semplicemente derivare dalla pluralità delle persone offese è necessario, quando si verifica tale condizione, un quid pluris, consistente nella riconoscibile esistenza di uno specifico atteggiamento psicologico diretto a realizzare l’evento tipico previsto dalla norma incriminatrice nei confronti di ciascuna, distintamente, di dette persone. Ne deriva che se l’azione è unica ed unico è l’atteggiamento psicologico che sorregge il comportamento del colpevole, unico è il reato che egli commette”*.

[5] In questi termini, Cass. Pen. sez. VI n. 9396/1994 secondo cui *“Per la configurabilità dell’elemento oggettivo del reato di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.) è necessario che la condotta costituisca un impedimento concreto per l’esercizio del pubblico ufficio con sviamento delle finalità previste normativamente ovvero di turbamento del buon andamento, frustrando in particolare la continuità dell’attività della pubblica amministrazione”*.

[6] Si veda in particolare Cass. Pen. sez. VI n. 23259/2012 che ha riconosciuto la legittimazione

del danneggiato alla costituzione di parte civile per l'ottenimento del risarcimento dei danni morali subiti in conseguenza dell'azione delittuosa.

È VALIDA LA DONAZIONE DI UN BENE DELLA COMUNIONE LEGALE DA PARTE DI UN SOLO CONIUGE

La donazione di un bene rientrante nella comunione legale dei beni disposta in favore di un figlio è valida anche se posta in essere da uno solo dei coniugi, senza il consenso dell'altro. A stabilirlo è la Corte di Cassazione, sez. II, con ordinanza 31 agosto 2018, n. 21503.

Maria Avossa - Pubblicazione, domenica 28 ottobre 2018
Redattore: **Ida Morelli**

Sommario: Introduzione. - 1. Negozio gratuito, liberalità e donazione - 2. La nozione e gli elementi della donazione – 2.1. La causa della donazione. - 2.2. La donazione di un cosa altrui. - 3. La recente ordinanza della Cassazione civile, sez. II, 31 agosto 2018, n. 21503. I rapporti tra donazione e comunione legale dei coniugi. – 3.1 I rapporti tra donazione e l'azione di riduzione dei legittimari. – 4. Osservazioni conclusive. – Bibliografia.

Introduzione.

Gli interpreti del diritto, da sempre, si sono profusi in elaborazioni di teorie giuridiche in tema di donazione di cosa altrui per poter configurare o escludere la sua ammissibilità in punto di diritto. Di fatto, come regola generale in tema di contratti, l'art. 1348 c.c.^[1] consente alle parti di disporre validamente di un bene futuro. In tal maniera, salvo il caso di un divieto legale, è principio generale che, anche, le cose future possono dedursi come oggetto della prestazione (art. 1348 c.c.). Le cose altrui sono da equipararsi negli effetti del negozio giuridico alle cose future quando si deducono con riguardo all'eventualità che siano acquisite in tempo postumo al patrimonio della parte che ne dispone. Le cose altrui oggetto di disposizione sono contemplate separatamente dalle cose future negli articoli 1478 c.c. e 2822 c.c. in merito alla circostanza in cui un soggetto deduca la cosa come se fosse già nel suo patrimonio oppure sia nella certezza che essa ne divenga parte. Tali fattispecie si distinguono dal diverso caso in cui venga dedotta in un negozio un bene nella speranza che si acquisisca nel proprio patrimonio. Quest' ipotesi va accomunata ad un'altra, ossia, quella in cui si deduce una cosa attualmente inesistente, ma della quale è probabile la nascita. Il legislatore appresta, però, dei divieti ai negozi di cosa futura o altri, come norme eccezionali rispetto al criterio generale dell'art 1348 c.c.. E' cosa futura, perciò, la successione non ancora aperta, ma oggetto del divieto

contenuto nell'art. 458 c.c.. Riguarda, invece, la categoria di cose altrui che si spera vengano a far parte del proprio patrimonio, il divieto dell'art. 771 c.c. in tema di donazioni. Di fatto, al di là dell'espresso veto normativo di disporre per donazione di beni futuri, non è possibile rinvenire alcuna norma parallela all'art. 1348 c.c. che configuri l'ammissibilità della relativa ipotesi in tema di donazione, quando il bene appartenga ad un patrimonio estraneo a quello del disponente che ponga in essere una donazione. Ragionando per associazione comparatistica rispetto alla disciplina dei contatti, non solo non è possibile postulare la donazione di cosa futura ma, men che meno, è possibile ipotizzare una donazione di cosa altrui. Tale deduzione ha un suo riscontro normativo, per un lato, nella natura e nella disciplina del contratto di donazione - tipizzato agli art. 769 e seguenti del codice civile- e, per un altro lato, nella citata norma dell'art. 771 c.c.. Per comprendere la ratio del legislatore, basta riflettere sul fatto che il negozio di disposizione, in generale, comporta una diminuzione patrimoniale per il soggetto o uno dei soggetti del negozio e corrisponde ad un accrescimento –o ad un vantaggio patrimoniale- nel proprio. Nella donazione ciò non succede poiché il negozio traslativo o obbligatorio si fonda sullo spirito di liberalità del donante e presuppone che i beni siano esistenti e nella titolarità di chi ne dispone per arricchire il patrimonio altrui senza alcun corrispettivo o controprestazione. Da questo se ne ricava che, per poter comprendere il fulcro della questione della donazione *in res aliena* bisogna far capo al concetto di “*attuale inesistenza*” dei beni altrui nel patrimonio del disponente. In passato, la giurisprudenza della Suprema Corte di legittimità si era già occupata della questione, ma l'argomento non ha cessato di destare interesse nonostante la soluzione apprestata nel 2016 che appariva fornire una *sedes materiae* alla donazione di cosa altrui dichiarandone la nullità della donazione laddove fosse compiuta sui beni alieni. Di recente, la Corte di Cassazione, sez. II civile, con l'ordinanza 31 agosto 2018, n. 21503, è ritornata sulla tematica esaminando la materia da due distinte angolazioni. La prima è la validità o meno della donazione di un bene effettuata da parte di uno soltanto dei due coniugi in regime comunione. La seconda concerne la validità o meno di una donazione effettuata con l'effetto di favorire un erede, menomando i diritti di altro legittimario. Alla luce di quanto già detto, l'accento – anche se succinto- alle tematiche al vaglio della Suprema Corte rende evidente la complessità della pronuncia in esame, poiché il pregevole ragionamento logico-giuridico operato dai Giudici Supremi contempla l'operatività delle norme del codice civile in tema di donazione^[2] contestualizzate all'applicazione della disciplina in tema di comunione legale (artt. 159 c.c. e seg.)^[3] e, al contempo, al contenuto dell'azione di riduzione del legittimario pretermesso (art. 553 c.c. e seg). Per

tale motivo è opportuno un ordine sistematico nella trattazione dei singoli argomenti giuridici coinvolti. La parte iniziale di questo scritto sottopone – giocoforza – all’attenzione del lettore l’analisi delle norme dell’istituto della donazione sia da un punto di vista dottrinale, sia da un punto di vista giurisprudenziale. La seconda parte della trattazione analizza l’interazione tra donazione e successione ereditaria, ed in particolare, con l’azione di riduzione dei legittimari in successione ereditaria. La finalità è quella di giungere ad un commento organico dell’ordinanza della Corte di Cassazione civile, sez. II, del 31 agosto 2018, n. 21503, poiché la pronuncia in esame esplicita la modalità di applicazione degli articoli 184 c.c. e 555 c.c.. ad un caso di una donazione eseguita da un singolo coniuge in regime di comunione legale. L’ordinanza in commento si inserisce nel solco delle evoluzioni in materia tracciate da precedenti giurisprudenziali della Suprema Corte, non ultima l’ accennata sentenza a Sezioni Unite n. 5806 del 2016. Sul filo conduttore della pronuncia della Sezioni Unite, l’ordinanza n. 21503 del 2018 fornisce una lettura evolutiva che si distacca dal criterio della nullità delle donazioni di cosa altrui, operando una logica applicazione del combinato disposto tra le norme in tema di comunione legale dei coniugi ed azione di riduzione nelle successioni ereditarie. Tanto offre la possibilità di un esercizio critico oltre che stilistico- normativo rivolto a comprendere la portata dell’ordinanza in commento e l’effettivo valore della lettura aggiornata offerta da questa ultima in tema di donazione in re aliena, che sarà oggetto della parte conclusiva di questa monografica, dedicata nel suo fine ultimo a sondare gli aspetti critici dello stato dell’arte della giurisprudenza di legittimità in tema di donazione in di cosa altrui.

1. Negozio gratuito, liberalità e donazione.

La normazione esistente nel sistema codicistico del diritto civile risponde ad una logica economico-giuridica legata al principio di causalità negoziale, in ragione della quale uno spostamento patrimoniale deve essere giustificato da un incremento economico di una parte agente in favore di uno o più soggetti con corrispondente decremento della posizione giuridico-economica di un altro soggetto. Di regola, quindi, il trasferimento di diritti o l’assunzione di obbligazioni ha alla base uno spostamento di natura patrimoniale. Qualora alla prestazione di una parte non sia associata una controprestazione o un corrispettivo, il negozio giuridico si connota del carattere della gratuità. Tra gli atti a titolo gratuito rivestono una particolare importanza gli atti di liberalità^[4], i quali si caratterizzano per tre specifici aspetti: 1. incrementano il patrimonio di chi li riceve, nel contempo, depauperando il patrimonio di chi cede un bene o esegua una obbligazione; 2.

posseggono il carattere della spontaneità (spirito di liberalità) avvenendo in assenza di una coercizione giuridica di porli in essere[5]; 3. sono connotati dal c.d. *animus donandi*, definibile come la mancanza di un interesse patrimoniale del disponente sotteso allo spostamento di beni o all'assunzione di obbligazione[6]. Il lessico «liberalità» è utilizzato in forma espressa dal legislatore nella norma che rappresenta la principale forma di liberalità[7], ossia attraverso l'articolo 769 c.c. ove si definisce la donazione (v. infra, § 2)[8]. Permangono, però, le difficoltà di definire i concetti di donazione, liberalità, e gratuità al fine di inquadrare sistematicamente le singole categorie e le norme ad esse applicabili. Sulla scia della tradizione romanistica[9], il concetto di liberalità viene utilizzato dal nostro Codice Civile per descrivere il contratto di donazione come negozio a titolo gratuito caratterizzato dallo spirito di liberalità, ma, al pari, non esiste nessuna precisa definizione né, tanto meno, una nozione chiara del concetto di gratuità e di liberalità che permetta di capire cosa si debba intendere con tali accezioni. Men che meno, è possibile limitarne il concetto di liberalità a quello di donazione contrattuale poiché, sia le liberalità in generale, sia la donazione rientrano nell'ampia tipologia degli atti gratuiti. Il rapporto esistente tra queste categorie è sussumibile nell'assioma in virtù del quale l'atto gratuito è definibile come il *genus*, mentre le liberalità sono una sua *species*.

Una corretta individuazione del concetto di liberalità passa attraverso una indagine preliminare sugli interessi concretamente perseguiti e condivisi dalle parti in quanto assume un ruolo rilevante[10], nella identificazione della causa del negozio, la gratuità con cui il disponente attua tale interesse non patrimoniale. Ove il disponente sia portatore di un interesse non patrimoniale (si intende senza nemmeno ricevere vantaggi economici indiretti) e il beneficiario si avvantaggi di un arricchimento in termini economici sarà possibile inquadrare il negozio compiuto nelle categorie della gratuità o liberalità (diretta o indiretta). Viceversa, il negozio giuridico compiuto sarà inquadrabile nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, ove le parti siano entrambe portatrici di interessi patrimoniali[11]. In sostanza, si avrà gratuità, quando, è il negozio presenti l'assenza di corrispettivo, oppure quando sia mancante una sopportazione di sacrifici da parte di tutti i soggetti coinvolti nel contratto, nel senso che tutti sono chiamati a sopportare sacrifici per la realizzazione degli interessi determinati dal regolamento negoziale posto in essere. Si avrà “liberalità” quando, invece, si realizzi uno spostamento o un arricchimento patrimoniale di un'altra parte volontariamente senza l'intento di perseguire un vantaggio economico o di rinunciare allo stesso. Lo schema negoziale potrà essere sia diretto - attraverso fattispecie nate a tale scopo (come la

donazione pura o motivata), sia indiretto, cioè realizzato mediante l'utilizzo di schemi negoziali che non sono stati pensati dal legislatore a tale fine ma con uno scopo diverso, gratuito o oneroso. Pertanto, le liberalità indirette e dirette hanno una identità di causa, nel senso che gli interessi perseguiti e condivisi dalle parti sono analoghi, ma ne differisce lo schema negoziale utilizzato. L'atto di liberalità per antonomasia è costituito dalla donazione come schema contrattuale tipico (art 769 c.c.) . Con la donazione il concetto di liberalità viene relazionato -dal legislatore del 1942- ai negozi giuridici *inter vivos*, cogliendone l'alternatività rispetto alle disposizioni testamentarie, che hanno effetto, soltanto, dopo la morte del testatore. Le liberalità, - ed - in specie anche il contratto di donazione - sono funzionalmente assimilabili alle disposizioni testamentarie, poiché direttamente o indirettamente realizzano un interesse non patrimoniale del disponente a favore del beneficiario che si avvale degli effetti del negozio stipulato. Sotto tale profilo, infatti, gli atti di liberalità vengono anche definiti come “negozi successori anticipatori”[\[12\]](#), pur mantenendo tratti distinti sul piano strutturale. Nel caso delle disposizioni testamentarie, si parla di un negozio unilaterale, nel caso delle donazioni, di negozio bilaterale ma, di fatto, è solo in queste ultime che si verifica l'impoverimento del disponente[\[13\]](#).

2. La nozione e gli elementi della donazione.

La donazione contemplata dall'articolo 769 c.c.[\[14\]](#), rappresenta il prototipo della liberalità contrattuale a mezzo della quale si opera l'attribuzione spontanea e disinteressata che prescinde da qualsiasi rapporto giuridico preesistente, contemporaneo o futuro, eventualmente facente capo alle parti della fattispecie. La donazione è il contratto con il quale, «per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un obbligo» (art. 769 c.c.)[\[15\]](#). Nel sistema dell'attuale codice civile italiano, la donazione è configurata come contratto (art. 769 c.c.) e non come atto[\[16\]](#). Il contratto di donazione è un contratto a titolo gratuito, unilaterale che si perfeziona per effetto della sola manifestazione della volontà delle parti. Il perfezionamento avviene con l'accettazione del donatario che oltre ad essere necessaria secondo la disciplina codicistica della donazione (art. 782 c.c.), assume il ruolo di una manifestazione di volontà variamente interpretata dalla dottrina[\[17\]](#), ma comunque assimilabile all'atto di accettazione di cui all'articolo 1326 c.c.. Nell'espressione della volontà del donante deve ricorrere un elemento oggettivo ed un elemento soggettivo. L'elemento oggettivo è l'accrescimento del patrimonio del ricevente a fronte del quale si produce un depauperamento nel patrimonio del

disponente[18] [19] e l'accrescimento del patrimonio del ricevente. L'elemento soggettivo è lo spirito di liberalità[20]. Sul piano dell'elemento soggettivo, ciò che caratterizza la donazione è il così detto *animus donandi* che connota i negozi liberali in genere e vale a distinguerli dai negozi a titolo gratuito tipici oppure atipici. Lo spirito di liberalità è lo scopo tipico e costante perseguito dal disponente. Esso prescinde dai motivi particolari che ne abbiano indotto la determinazione volitiva della donazione, i quali, invece, possono rilevare in talune circostanze e a taluni effetti della fattispecie. Se, quindi, la caratteristica della gratuità si esaurisce nell'assenza di corrispettivo, *l'animus donandi* consiste nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti, con un conseguente depauperamento del patrimonio del donante.

2.1 La causa della donazione.

In virtù dell'applicazione di principi contrattuali, la causa nelle donazioni si configura come un elemento essenziale e strutturale del contratto. Essa si identifica come il momento d'insieme e ragione dell'intera regolamentazione negoziale destinata a riassumere gli elementi oggettivi e soggettivi del negozio posto in essere. Trattandosi di un atto (contratto) gratuito, la causa vale a identificare il valore giuridico che una determinata operazione negoziale assume per le parti che l'hanno volontariamente posta in essere. *L'animus donandi* (lo spirito di liberalità) inferisce fortemente sulla causa della donazione, posto che l'interesse non economico del disponente caratterizza la causa dell'attribuzione mediante lo schema negoziale della donazione quale atto *inter vivos*, ragion per cui, la causa del contratto di donazione è riconducibile allo spirito di liberalità collegato ad un suo interesse non patrimoniale integrante la causa dei negozi liberali in genere [21]. Nelle donazioni, dove il fine liberale è elemento caratterizzante del tipo negoziale, diventa importante soffermarsi sulle esposte caratteristiche causa contrattuale e, quindi, sull'esistenza di un legame tra gli interessi delle parti e profilo causale dell'atto (detta anche interpretazione per interessi[22]). Questa relazione è recepita anche dalla giurisprudenza, la quale afferma che “causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”[23], frutto dell'inversione di tendenza rispetto alla concezione della causa come astratta funzione economico-sociale del contratto[24]. Il riferimento all'interesse nell'ambito contrattuale riconduce alla volontà del soggetto quale antecedente logico necessario al compimento dell'atto giuridico che può tendere ad

un interesse patrimoniale- economico, o alla volontà del soggetto di conseguire un interesse “non patrimoniale-non economico”. La coincidenza tra le cause concrete che hanno determinato il volere di ciascuna parte (motivo soggettivo – inconoscibile, poiché legato alla psiche del singolo) e il regolamento contrattuale utilizzato (motivo oggettivo) rende possibile - attraverso questo ultimo “il motivo oggettivo”- la ricerca dei concreti interessi perseguiti dalle parti, che si attua anche analizzando complessivamente le relazioni fiduciarie, personali, i fatti esistenti o meno tra i soggetti coinvolti proprio per ritrovare il concetto di buona fede e correttezza di cui all’art. 1366 c.c. il quale afferma che “il contratto deve essere interpretato secondo buona fede” considerando i principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà di cui art. 2 e 3 Cost. che impongono di tenere conto delle esigenze di entrambe le parti nell’operazione negoziale che hanno posto in essere^[25].

2.2. La donazione di cosa altrui.

Il già complesso quadro del contratto di donazione si arricchisce di ulteriori tratti normativi con la funzione di disciplinare la modalità di utilizzo dello schema negoziale stesso. Dalla lettura del testo dell’art. 771 c.c. si acquisisce il concetto dell’oggetto della donazione. Si deve trattare di un “bene presente del donante”. Parimenti dalla terminologia usata dall’art 769 c.c. si trae il concetto che deve trattarsi di un “suo diritto”, cioè presente nel patrimonio del donante. Di norma, la parte che compie una operazione contrattuale dispone di un bene proprio, con ciò generando una perfetta coincidenza tra il soggetto che compie il negozio dispositivo ed il titolare del patrimonio cui appartiene l’oggetto del negozio e sul quale si producono gli effetti dello stesso. Nel caso opposto, ossia nel negozio *in re aliena*, si determina, invece, una scissione tra il soggetto disponente ed il titolare del patrimonio cui appartiene il bene. Ciò fa sorgere tra questi un secondo ordine di rapporti a rilevanza esterna che si aggiunge a quello tra le parti negoziali. Gli effetti applicativi delle norme contenute negli articoli 769 c.c. e 771 c.c. parrebbe mettere un punto fermo alle ipotesi del secondo tipo in ragione del richiamo testuale ad un concetto di un bene proprio (alias: diritto) presente nel patrimonio del donante. Alla medesima conclusione si potrebbe giungere utilizzando i concetti espressi dal Mengoni, il quale soleva rapportare la possibilità di compiere un atto di disposizione di un diritto alla sola capacità di agire, riconducendo le ipotesi eccezionali, piuttosto, a fattispecie negoziali-dispositive formate da due negozi (quello autorizzativo e quello autorizzato) funzionalmente collegati o riconducendole ad un’espressa autorizzazione legislativa che consente al non titolare di alienare il bene

altrui[26]. La carenza del potere di disposizione in capo al soggetto che pone in essere un negozio - sia esso di natura reale, sia esso di natura obbligatoria- è riconducibile alla carenza di legittimazione sostanziale all'esercizio del diritto da parte del soggetto che non ne sia il titolare. Di fatto, parafrasando, la terminologia di un noto giurista[27] un negozio giuridico si compie sempre per imprimere a dati interessi privati una "destinazione e una regola impegnativa". Ma, intanto, si ha tale potere in quanto si tratti di interessi propri del soggetto che li pone in essere e ne abbia la competenza[28] ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento d'interessi avuto di mira[29]. Ciò nonostante le norme degli articoli 771 c.c e 769 c.c. - nei termini sopra riportati - sono alla base dell'accesa diatriba dottrinale e giurisprudenziale circa la validità della donazione di una cosa altrui. Le posizioni dottrinarie si articolano su due fronti tematici contrapposti, l'uno negativo e l'altro positivo. La tesi che nega validità alla donazione di cosa altrui si basa sul tenore letterale dell'art. 771 e dell'art. 769 c.c., sul concetto di bene futuro, - da intendere sia in senso oggettivo (non esistente in rerum natura) sia in senso soggettivo (bene non facente parte del patrimonio del donante) - e, infine, sul fondamento del divieto di donazione di beni futuri[30] [31]. Il convergere di questi estremi genera la mancanza di legittimazione ed il negozio è inefficace, se creato su questi presupposti. La ragione è che il non legittimato ricade in una posizione di estraneità rispetto agli interessi che si tratta di regolare. L'irrilevanza nei rapporti esterni si sostanzia, di conseguenza, in un'inefficacia nei rapporti interni, dato che tale disposizione eseguita da una parte non gli consente di rendere l'altra parte proprietario del bene. La tesi contrapposta (teoria positiva) afferma la validità alla donazione di cosa altrui. E' sostenuta da una parte minoritaria della dottrina[32] ed da un'isolata sentenza di legittimità[33]. La tesi positiva ritiene valida la donazione di cosa altrui. Gli argomenti prendono le mosse dal medesimo art. 769 c.c., nella parte in cui prevede la donazione mediante assunzione di un'obbligazione. Il concetto di bene futuro verrebbe inteso solo in senso oggettivo e non anche soggettivo. Inoltre, resterebbe attuabile la donazione di cosa altrui in ragione del dettato normativo dell'art. 771 c.c.. La norma, per la tesi affermativa, ha carattere eccezionale e comporta un divieto di donazione di cosa futura, che si pone come un limite all'autonomia privata. In quanto norma eccezionale, l'art. 771 c.c. non sarebbe suscettibile di applicazione analogica[34] [35].

La questione della ammissibilità o meno della donazione di cosa futura è anche oggetto di un fitto numero di pronunce giurisprudenziali. La Corte di Cassazione ha dimostrato, nel tempo, di assecondare due contrastanti indirizzi. Secondo un primo orientamento, la donazione di un bene non esistente nel patrimonio del disponente sarebbe affetta da

nullità, poiché non è in grado di generare alcun obbligo traslativo o obbligatorio in forza del divieto sancito dall'art. 771 c.c.. Dal divieto di donare beni futuri deriva che è invalida anche la donazione nella parte in cui ha per oggetto una cosa altrui[36]. Secondo un altro orientamento[37], la donazione traslativa di beni che le parti considerano di proprietà del donante, ma che, in realtà, appartengono a terzi, non è nulla, ma semplicemente qualificabile in termini di inefficacia[38]. Il motivo risiederebbe nel testo letterale dell'art. 771 c.c., così come nella natura eccezionale della norma. In tema della *vexata quaestio* è intervenuta l'innovativa sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 15 marzo 2016 n. 5068[39] la quale, superando la tradizionale esigenza di “coniugare al futuro” “l'altruità del bene donato”, ha negato che la mancanza di una specifica disciplina per la donazione di cosa altrui, debba necessariamente condurre all'applicazione dell'art. 771 c.c., in quanto la *quaestio* della sua validità sembrerebbe trovare risposta nella stessa definizione di cui all'art. 769 c.c. che espressamente impone al donante di disporre di un «suo diritto». La Corte coglie e completa uno spunto che era già in nuce, rinvenibile in una precedente pronuncia (Cassazione civile, sez. II, 05/05/2009, n. 10356 [40]) sottolineando la regola dell'attualità dello spoglio, tratto caratterizzante della donazione con effetti reali immediati, che porta con sé ed implica il requisito dell'appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto, ossia l'arricchimento realizzato mediante disposizione di un “suo diritto”. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite ritiene, infatti, che debba darsi risposta alla questione nel senso che la donazione di cosa altrui (o anche solo parzialmente altrui) è nulla non per l'applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 c.c. - per la donazione di beni futuri- ma per difetto della causa del negozio di donazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 769, 1325 e 1418 comma 2 c.c.. In altri termini, a giudizio della Cassazione, il legislatore, nel delineare la struttura tipica del contratto di donazione imponendo espressamente al donante di disporre di un suo diritto, avrebbe sciolto anche il nodo connesso al presunto divieto di donare beni altrui, escludendo così la necessità di riferirsi in via analogica ad altre norme. La donazione di cosa altrui, quindi, soffrirebbe di una nullità strutturale e non della diversa nullità per contrarietà a norma imperativa di cui all'art. 771 c.c.[41]. La Suprema Corte di legittimità ha considerato, quale elemento integrativo della causa donandi, quello che in realtà è elemento espressivo di un principio generale che anima l'intero microsistema-donazione: l'attualità dello spoglio che prevede la necessaria *suitas* del bene oggetto di donazione dispositiva. Le sezioni Unite esprimono un chiaro principio di diritto affermando che la donazione di un bene altrui, benchè non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per

difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Volendo esemplificare, ne conseguirà che la donazione, da parte di un coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi ritenere, prima della divisione, che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante.

3. La recente ordinanza della Cassazione civile, sez. II, 31 agosto 2018, n. 21503. I rapporti tra donazione e comunione legale dei coniugi.

Le tematiche sin ora trattate palesano la loro complessità ed il loro valore solutorio nelle questioni che coinvolgono l'operatività della donazione laddove si applichi unitamente ad altri istituti giuridici, quali la comunione legale tra i coniugi e l'azione di riduzione testamentaria di cui si è interessata la Suprema Corte di Cassazione in ordinanza 31 agosto 2018, n. 21503, qui in commento. La Corte Suprema analizza un caso di donazione sotto il profilo della validità o meno della donazione di un bene ricadente in regime di comunione legale dei coniugi allorché la donazione venga effettuata solo da parte di uno dei due. L'esame della Corte interviene in ad una questione di apertura di una successione ereditaria ove veniva richiesto, in atti, dalla parte ricorrente la declaratoria di nullità delle donazioni eseguite dal *de cuius* (padre della ricorrente) che lasciava superstiti l'altro coniuge e tre figli. Il *de cuius*, durante la vita, aveva donato ad un altro figlio dei beni che erano in comunione legale con la moglie e senza il consenso di quest'ultima. Le donazioni erano state eseguite sia in forma diretta di unità immobiliari, sia in forma indiretta mediante numerose elargizioni in denaro al fine di permettergli l'acquisto di terreni. La lagnanza della parte ricorrente consisteva nel fatto che il valore complessivo delle donazioni effettuate eccedeva l'ammontare della disponibile e, pertanto, ledeva i diritti degli altri legittimari. Ciò di cui si lamentava la parte ricorrente era la violazione degli artt. 769, 177, 788 c.c.. La donazione – stando alla difesa della parte ricorrente- sarebbe stata affetta da nullità, in ogni caso, in quanto la sola ragione per la quale era stata compiuta consisteva nella intenzione del donante di privare la figlia ed il coniuge dei diritti che erano stati loro precedentemente attribuiti per testamento, ed al fine di attuare un arricchimento esclusivo del donatario. La questione della nullità della donazione era stata dedotta dalla ricorrente in sede di merito, senza avere ricevuto alcuna considerazione nè dal Tribunale di Trani (in I° grado di giudizio) nè dalla Corte d'Appello di Bari (in sede di gravame). La contestuale richiesta di esame riguardava, inoltre, la declaratoria di nullità delle donazioni effettuate in vita dal *de cuius* in favore di uno solo degli eredi lesiva della relativa quota di legittima degli eredi

pretermessi con la conseguenziale domanda di reintegra della quota in questione, oltre alla condanna del convenuto alla restituzione dei frutti dei beni donati e goduti in maniera esclusiva, e con la successiva divisione della massa ereditaria.

Quanto alla prima questione la Cassazione, sottolinea come, in caso di comunione dei beni, non si possa parlare di nullità per donazione di cosa altrui in caso di trasferimento effettuato solo da uno dei due coniugi perché per detta fattispecie (atti compiuti dal coniuge senza il consenso dell'altro coniuge) la specifica norma dell'art.184 c.c. prevede la possibilità da parte del coniuge non firmatario - se lo ritiene- di annullare l'atto, agendo entro un anno dal suo compimento. Ipotesi non avvenuta nel caso concreto. Il profilo della nullità derivante dal compimento di un atto dispositivo di beni ricadenti in comunione legale viene esaminato richiamando la pronuncia del precedente delle Sezioni Unite del 2016 n.5806 secondo cui *"...la donazione di cosa altrui o parzialmente altrui, sebbene non espressamente vietata, è nulla per difetto di causa, sicchè la donazione del coerede avente ad oggetto la quota di un bene indiviso compreso nella massa ereditaria è nulla, atteso che, prima della divisione, quello specifico bene non fa parte del patrimonio del coerede donante (con la sola eccezione dell'ipotesi in cui nell'atto di donazione sia affermato che il donante è consapevole dell'altruità della cosa, in quanto in tal caso la donazione vale come donazione obbligatoria di dare) sia insuscettibile di trovare applicazione all'ipotesi di donazione da parte di un solo coniuge comproprietario del bene in regime di comunione legale..."*. La motivazione della pronuncia n. 21503 del 2018 in parte si avvale della predetta sentenza ed, in parte, del richiamo della previsione contenuta all'articolo 184 c.c. che per il suo carattere di specialità sarebbe in grado di prevalere sulla soluzione di carattere generale delineata dal citato precedente delle Sezioni Unite. Il criterio utilizzato dalla Corte nell'ordinanza in commento si riaggancia direttamente alla norma contenuta all'articolo 184 c.c.. Essa disciplina gli atti compiuti dal coniuge senza il consenso dell'altro ovvero in assenza di sua convalida. La dizione normativa applicabile a tutti gli atti dispositivi (tra cui rientra anche la donazione), aventi ad oggetto beni immobili, rende, così, annullabile nel termine di cui all'art. 184 c.c., comma 2. gli atti posti in essere da uno solo dei coniugi senza il consenso dell'altro. Il decorso del termine comporta l'effetto della decadenza dalla relativa azione. La trasmissibilità dell'azione agli eredi resterebbe soggetta al termine annuale per il suo esercizio, in ragione del fatto che la legittimazione all'azione matura in capo agli eredi del coniuge non disponente dalla data dello scioglimento della comunione legale, coincidente con la morte del donante. Altro argomento utilizzato dalla Corte per escludere la nullità della donazione di cosa altrui risiede nella natura della

comunione dei coniugi definita da altra Cassazione come una comunione senza quote^[42]. La comunione legale dei beni tra i coniugi, a differenza da quella ordinaria è, appunto, una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei. Ne consegue che, nei rapporti con i terzi, ciascun coniuge, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune, ponendosi il consenso dell'altro coniuge (richiesto dall'art. 180 c.c., comma 2 per gli atti di straordinaria amministrazione) come un negozio unilaterale autorizzativo che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene e che rappresenta un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza, ove si tratti di bene immobile o di bene mobile registrato si traduce in un vizio da far valere nei termini fissati dall'art.184 c.c..

3.1 I rapporti tra donazione e l'azione di riduzione dei legittimari.

Proseguendo l'esame dell'ordinanza in commento, la Corte appresta opportune argomentazioni in diritto in relazione al secondo aspetto posto al suo vaglio, attenente alla validità o meno di una donazione effettuata con l'effetto di favorire un erede, ledendo i diritti di altro legittimario. L'esame della Corte si sofferma, preliminarmente, sul un altro profilo specifico della donazione, ossia quello di averla posta in essere con l'unico intento del donante di avvantaggiare il donatario, determinando un assetto patrimoniale idoneo a pregiudicare le "aspettative" successorie degli altri legittimari. La Corte utilizza uno specifico argomento per introdurre il secondo dei due quesiti deferitigli: non è configurabile alcuna ipotesi di nullità per la sola presenza nel donante dell'intento di avvantaggiare uno solo dei suoi eredi a discapito degli altri, ai quali il legislatore ha accordato lo strumento dell'azione di riduzione che è oggetto, invece, del secondo motivo di ricorso all' esame della Corte. Ed, infatti, è stato reiteratamente affermato che (cfr. Cass. n. 9424/2003; Cass. n. 5323/2002) "*...l'atto di liberalità, ancorchè posto in essere dal de cuius all'evidente fine di favorire un estraneo ovvero uno solo dei suoi successibili (che rivesta anche a sua volta la qualità di legittimario) è esclusivamente suscettibile di aggressione con l'esercizio dell'azione di riduzione, dovendo escludersi che lo stesso sia affetto da un vizio di nullità, posto che la tutela dei legittimari, ancorchè rispondente a principi di ordine pubblico interno, è stata conformata dal legislatore con il riconoscimento in favore del legittimario leso o pretermesso dell'azione di riduzione, il cui accoglimento rende l'atto pregiudizievole soltanto inefficace "ex nunc", e nei soli confronti del legittimario vittorioso. ...*"^[43]. Per

questo secondo aspetto la Cassazione ribadisce come la sola volontà di ledere i diritti di un legittimario con una donazione, non sia in grado di determinare la nullità strutturale della donazione in quanto, a tutela dello stesso, esiste una specifica azione: l'azione di riduzione. La pronuncia chiarisce che una corretta applicazione della tradizionale giurisprudenza, (*cfr. da ultimo Cass. n. 20830/2016*) richiede che il legittimario che propone l'azione di riduzione ha l'onere di indicare entro quali limiti è stata lesa la sua quota di riserva, determinando con esattezza il valore della massa ereditaria nonché quello della quota di legittima violata dal testatore. A tal fine, ha l'onere di allegare e comprovare tutti gli elementi occorrenti per stabilire se, ed in quale misura, sia avvenuta la lesione della sua quota di riserva oltre che proporre, sia pure senza l'uso di formule sacramentali, espressa istanza di conseguire la legittima, previa determinazione della medesima mediante il calcolo della disponibile e la susseguente riduzione delle donazioni compiute in vita dal "*de cuius*" (*cfr. Cass. n. 1357/2017; Cass. n. 14473/2011; Cass. n. 13310/2002*). La Corte di Cassazione soffermandosi sull'azione di riduzione affronta due argomenti di particolare rilevanza nell'ambito della pianificazione patrimoniale e della gestione dei riassetti familiari di ricchezza: il contenuto dell'azione di riduzione del legittimario pretermesso ed il rapporto tra atti di donazione e tutela dei legittimari. In relazione al primo, come detto, la Corte esclude che l'atto di liberalità in favore di un successibile (anche se legittimario) possa essere considerato nullo sulla base della volontà del donante di pregiudicare i diritti successori dei legittimari. Ma a ben guardare, seguendo il ragionamento della Corte, si può accedere ad altre conclusioni che riguardano l'altro argomento. La specifica azione di riduzione proprio perché è, per l'appunto, finalizzata allo scopo suddetto non soltanto riconoscerebbe in favore del legittimario leso o pretermesso^[44] il diritto di agire per tutelare la propria posizione, ma assolverebbe alla intrinseca funzione di attribuire definitiva stabilità all'atto compiuto dal *de cuius* qualora il legittimario non agisse in riduzione. Pertanto, l'intenzione del donante (e l'effettiva trasmissione patrimoniale) di avvantaggiare un solo erede non presenterebbe alcuna prospettiva di illiceità. Le conclusioni cui giunge la Corte sulla libertà di donare e disporre per testamento, e sugli oneri processuali a carico del legittimario che agisca in riduzione, valgono per ogni attribuzione di natura liberale dei disponenti che compiono atti di liberalità anche se compiuta in forma indiretta^[45] mediante trasferimenti di danaro, di proprietà o di altro diritto reale su beni, anche in trust o in attuazione di contratti di affidamento fiduciario.

4. Osservazioni conclusive.

La complessità degli argomenti toccati dalla recente ordinanza della Cassazione civile, sez. II, 31 agosto 2018, n. 21503 ha richiesto un attento esame del profilo normativo delle donazioni e delle evoluzioni giurisprudenziali in materia. Attraverso l'analisi dei percorsi teorici della dottrina si è potuto meglio apprezzare la soluzione fornita dalla Suprema Corte in merito al punto nodale sottoposto al suo vaglio, ovvero la validità della donazione eseguita da uno solo dei coniugi in regime di comunione legale. A ben guardare il ragionamento della Corte riesce ad imbastire una corretta commistione tra la teoria e le norme. Di fatto, il problema che si pone è una analisi critica consistente nell'escludere - nella donazione di un soggetto coniugato ed in regime di comunione - l'assenza dell'attualità dello spoglio intesa come trasmissione di un bene proprio ed esistente. In base alle coordinate ermeneutiche fornite dalla dottrina, la donazione eseguita da un soggetto parzialmente titolare di bene dovrebbe essere - quale donazione di cosa altrui - inefficace per carenza della legittimazione a disporre e, al contempo, nulla per difetto di causa la cui assenza rilevarebbe ai fini dell'invalidità della disposizione, perché mancherebbe la funzione ad essa attribuita dal legislatore, che è «funzione traslativa immediata». Per risolvere il problema non sarebbe, certamente, utilizzabile per la donazione (a differenza della vendita) «funzione traslativa differibile» come potrebbe essere sostenuto utilizzando una minoritaria dottrina^[46]. La definizione della comunione legale dei coniugi quale comunione senza quote, così come qualificato dalla giurisprudenza^[47] risolve un secondo aspetto critico strettamente connesso al primo ed attiene alla legittimazione del soggetto disponente di porre in essere una donazione efficace, oltre che valida. Per percepire ciò, basta riflettere sulla stessa natura della comunione legale dei beni tra i coniugi. Questa, a differenza di quella ordinaria, è una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei. Ne consegue che, nei rapporti con i terzi, ciascun coniuge, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune, ponendosi il consenso dell'altro coniuge (richiesto dall'art. 180 c.c., comma 2 per gli atti di straordinaria amministrazione) come un negozio unilaterale autorizzativo che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene e che rappresenta un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione e la cui mancanza, ove si tratti di bene immobile o di bene mobile registrato, si traduce in un vizio da far valere nei termini fissati dall'art. 184 c.c. decorrenti dalla conoscenza dell'atto o dalla trascrizione. In sintesi, in merito alla questione della donazione di cosa altrui o parzialmente altrui, la Corte pur contemplando quanto già espresso in precedenza dalle

Sezioni Unite del 2016, nell'ordinanza n. 21503 del 2018 non applica il principio affermato dalle stesse. Le sezioni Unite (n. 5068/2016) affermano la nullità (per mancanza di causa) della donazione di un bene che non sia di proprietà del donante e, di conseguenza, la nullità della donazione effettuata dal comproprietario avente come oggetto la quota indivisa di uno dei beni che facciano parte di un patrimonio in comunione. Differentemente nell'ordinanza n. 21503 del 2018, la Corte sottolinea come, in caso di comunione dei beni tra coniugi, non si possa parlare di nullità per donazione di cosa altrui per il trasferimento effettuato solo da uno dei due coniugi. Ciò avviene per effetto dell' art.184 c.c. che rende la donazione impugnabile nel termine di un anno quando venga effettuata da uno solo dei coniugi, senza il consenso dell'altro. Su questa scia e sulla scorta della pronuncia n. 21503 del 2018 si può parlare “nel caso di specie” di annullabilità e non di nullità, ma riguardo ad altre casistiche l'ordinanza non sembra riferire principi di diritto rilevanti. In conclusione, a sommosso parere di chi scrive, la disapplicazione del principio affermato dalle sezioni Unite del 2016 appare come il risultato diretto della coerenza applicativa dell'articolo 184 del C.c. ad una fattispecie specifica e non l'elaborazione di un principio di diritto autonomo rispetto alla pronuncia nomofilattica del 2016. Al tempo stesso non si esclude che la pronuncia in commento possa essere foriera di futuri sviluppi giurisprudenziali.

Note al testo e bibliografia

[1] La norma nella sua ratio sostanziale è rivolta a favorire gli scambi giuridici non esigendo, di regola, che il bene sia già in esistenza nel patrimonio del soggetto perchè la stipula sia valida. Il dispositivo dell'art. 1348 Codice civile recita: “La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge”. Dalla norma si deduce che se un contratto ha ad oggetto un bene futuro esso assume efficacia obbligatoria, ossia obbliga l'alienante a far conseguire all'avente causa la proprietà del bene.

[2] È il contratto con il quale una parte (donante), per spirito di liberalità, arricchisce l'altra (donatario) disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione (art. 796 del c.c.).

[3] Art. 159 c.c.: L'articolo è stato così introdotto dall'art. 41 della L. 19 maggio 1975 n. 151. Si vedano inoltre gli artt. 8, 9 e 9bis della L. 1 dicembre 1970, n. 898 e l'art. 2 della L. 10 aprile 1981, n. 142. La comunione dei beni, regime base per i rapporti patrimoniali, prevede una comunione di acquisto, attribuendo così ai coniugi la contitolarità dei beni e dei diritti derivanti, e quanto verrà analiticamente descritto all'art. 177 del c.c.. Per tale regime (che dal 1975 sostituisce quello della separazione dei beni) non vi è alcuna necessità di pubblicità legale.

[4] La distinzione tra gratuità e liberalità è dibattuta ampiamente in dottrina, ma oggi viene ribadita con forza sempre maggiore dal giudice di legittimità (Cass., sez. I, 5.12.1998, n. 12325 e, più di recente, Cass., sez. I, 4.11.2015, n. 22567).

[5] La giurisprudenza romana era solita contrapporre la nozione di *liberalitas* a quella di *necessitas*. Su questa base distintiva, gli attuali interpreti della norma sono favorevoli ad accogliere una definizione di liberalità intesa come “spirito di liberalità”. In quest'ottica l'attenzione è incentrata sulla consapevolezza in capo al donante di realizzare una attribuzione

patrimoniale senza esservi obbligato, con contestuale un vantaggio patrimoniale a favore di un soggetto senza pretesa di corrispettivo da parte del donante che di fatto si impoverisce. Una corretta individuazione giuridica liberalità risulterebbe da un'indagine preliminare anche sugli interessi concretamente perseguiti e condivisi dalle parti, in quanto assume un ruolo rilevante, nella identificazione della causa del negozio, la gratuità con cui il disponente attua tale interesse non patrimoniale: infatti solo laddove il disponente è portatore di un interesse non patrimoniale (si intende senza nemmeno ricevere vantaggi economici indiretti) e il beneficiario ottiene vantaggi economici in termini di arricchimento, come l'attribuzione di diritti reali o personali, si può parlare di inquadramento nelle gratuità o liberalità (diretta o indiretta). Il concetto di liberalità è reso dalla Cassazione a Sezioni Unite Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538 in Foro it. 2010, I, 2460 ss, con nota si F. S. COSTANTINO, Adempimento di un debito altrui, fallimento del solvens e revocatoria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su «causa concreta» e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo); in Giur. It., 2010, 2080 ss., con nota di SPIOTTA, La «causa concreta» del pagamento da parte del fallito di un debito altrui; in Contr., 2010, 1000 ss., con nota di Di BIASE, La rilevanza della «causa concreta» nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui; in Nuova giur. comm., 2010, I, 748 ss., con nota di GIULIANO, Adempimento di un debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto. Secondo quanto afferma la Cassazione, la qualificazione di un atto deve avvenire con riferimento a quella che si dimostra essere la causa concreta, ossia la motivazione effettiva che a monte spinge un soggetto a porre in essere un negozio, e tale motivazione deve necessariamente passare attraverso la valutazione della sintesi degli interessi che il soggetto è concretamente diretto a realizzare, al di là della forma o del modello adottato e non può fondarsi esclusivamente sulla base dell'esistenza di un rapporto sinallagmatico o corrispettivo tra le prestazioni, ma deve essere valutato necessariamente alla luce dell'interesse che effettivamente sottende all'intera operazione, valutando pertanto entità dell'attribuzione, durata del rapporto, qualità dei soggetti coinvolti, prospettiva di un possibile depauperamento del proprio patrimonio ma collegato alla possibilità che lo stesso solvens possa indirettamente guadagnarci anche in termini di risparmio di spesa, di fatto si dimostra una valutazione che considera l'equità delle prestazioni. Già nel 2006 la Cassazione si era espressa in merito vedasi a proposito Cass., 8 maggio 2006 n. 10490, in Riv. Notariato, 2007, 180. Sul punto vedasi anche PALAZZO, SASSI, Trattato della successione e dei negozi successori – negozi successori anticipatori, UTET Giuridica 2012 p. 6.

[6] La distinzione tra gratuità e liberalità è dibattuta ampiamente in dottrina, ma oggi viene ribadita con forza sempre maggiore dal giudice di legittimità (Cass., sez. I, 5.12.1998, n. 12325 e, più di recente, Cass., sez. I, 4.11.2015, n. 22567).

[7] L. GATT, *La liberalità* – I, Torino, 2002, 33; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, 2° ed., Napoli, 2003, 784 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 77; A. TORRENTE, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni*, 1956; G. BALBI, *Liberalità e Donazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, I, 157 ss., invece, propone una diversa classificazione, tralasciando la categoria del negozio gratuito, e ritiene che il rapporto esistente tra liberalità e donazione è di *genus a species*. Tale considerazione è stata poi successivamente elaborata e pertanto sarebbe sostenibile che il rapporto tra categorie differenti si instauri, innanzitutto, tra gli atti gratuiti e le liberalità dove è evidente l'intrinseco legame. Invece il rapporto tra la donazione e le liberalità, più che essere di *genus a species*, andrebbe considerato nel senso che la donazione rappresenta un'applicazione della liberalità o, più esattamente, un modo di essere della liberalità, senza che possano essere considerate due categorie distinte. In altre parole, come si dirà in seguito, la donazione è la liberalità tipica, il prototipo.

[8] Nelle sue forme tipiche e atipiche, la donazione esaurisce tutti i negozi di liberalità tra vivi (per un approfondimento di queste nozioni si rinvia a Conte, G., *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Tratt. Bonilini*, VI, Milano, 2009, 3 ss.).

[9] Nella concezione romanistica la nozione di *liberalitas* si è sempre contrapposta a quella di

necessitas. Si veda per approfondimenti : S. Riccobono, La l. I. C. de donat., VII, 53 e La forma delle donazioni a personae exceptae, in *Mélanges Girard*, Parigi 1912; F. Pringsheim, Animus donandi, in *Zeitschr. Sav.-St. f. Rechtsgesch. (röm. Abt.)*, XXXXII (1921), p. 273 segg.; P. Bonfante, Le donazioni tra coniugi, in *Corso di diritto romano, Diritto di famiglia*, Roma 1925, p. 207 segg.; F. Dumont, Les donations entre époux en droit romain, Parigi 1928; H. Siber, Confirmatio donationis, in *Zeitschr. Sav.-St. f. Rechtsgesch.*, LIII (1933), p. 99 segg.; L. Aru, Le donazioni tra coniugi in diritto romano, Padova 1937, ecc. Arrangio Ruiz - Famiglia e successioni - Istituzioni di diritto romano. International University College of Turin.

[10] Così si esprime la suprema Corte di Cassazione a Sezioni 18 marzo 2010, n. 6538 in *Foro it.* 2010, I, 2460 ss, con nota si F. S. COSTANTINO, Adempimento di un debito altrui, fallimento del solvens e revocatoria al vaglio delle sezioni Unite (con chiose su «causa concreta» e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo); in *Giur. It.*, 2010, 2080 ss., con nota di SPIOTTA, La «causa concreta» del pagamento da parte del fallito di un debito altrui; in *Contr.*, 2010, 1000 ss., con nota di Di BIASE, La rilevanza della «causa concreta» nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui; in *Nuova giur. comm.*, 2010, I, 748 ss., con nota di GIULIANO, Adempimento di un debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto. Secondo quanto afferma la Cassazione, la qualificazione di un atto deve avvenire con riferimento a quella che si dimostra essere la causa concreta, ossia la motivazione effettiva che a monte spinge un soggetto a porre in essere un negozio, e tale motivazione deve necessariamente passare attraverso la valutazione della sintesi degli interessi che il soggetto è concretamente diretto a realizzare, al di là della forma o del modello adottato e non può fondarsi esclusivamente sulla base dell'esistenza di un rapporto sinallagmatico o corrispettivo tra le prestazioni, ma deve essere valutato necessariamente alla luce dell'interesse che effettivamente sottende all'intera operazione, valutando pertanto entità dell'attribuzione, durata del rapporto, qualità dei soggetti coinvolti, prospettiva di un possibile depauperamento del proprio patrimonio ma collegato alla possibilità che lo stesso solvens possa indirettamente guadagnarci anche in termini di risparmio di spesa, di fatto si dimostra una valutazione che considera l'equità delle prestazioni. Già nel 2006 la Cassazione si era espressa in merito vedasi a proposito Cass., 8 maggio 2006 n. 10490, in *Riv. Notariato*, 2007, 180. Sul punto vedasi anche PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori – negozi successori anticipatori*, UTET Giuridica 2012 p. 6;

[11] Lo schema negoziale a carattere oneroso può essere attuato mediante contratti o atti a carattere oneroso (es. vendita, etc) oppure con schemi negoziali a titolo gratuito dove l'onerosità si realizza indirettamente (es. comodato d'uso) oppure, ancora, quando entrambe le parti siano di interessi non patrimoniali, quindi non è possibile parlare di negozi contrattuali ma si parlerà piuttosto di “rapporto di cortesia” ma non di liberalità.

[12] PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori – negozi successori anticipatori*, UTET Giuridica 2012;

[13] BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, IV Le donazioni, Giuffrè Editore 2009 p.5.

2 PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori – negozi successori anticipatori*, UTET Giuridica 2012; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Tomo II, Giuffrè Editore 2009 p. 1522.

[14] Art 769 c.c. “La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione”.

[15] Alcuni autori, sostengono che si tratta di una norma che non va a definire il concetto di donazione ma ne delimita esclusivamente il campo di applicazione, precisando un significato già insito nel termine lessicale di donazione , in quanto utilizzata anche al di fuori del linguaggio strettamente giuridico. Si veda in tal senso, BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 63.

[16] I caratteri della donazione possono così essere riassunti : a) è un contratto tipico ; b) è un

contratto consensuale, è un contratto normalmente traslativo; è un contratto formale; è un contratto unilaterale. L'articolo 769 del codice civile vigente si pone diversamente rispetto al codice del 1865, art. 1050 in quale prevedeva che: "La donazione è un atto di spontanea liberalità, con il quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario"), rappresentando la modalità tipica di liberalità (così nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli sul codice civile vigente, nr. 164), dovremmo collocare queste fattispecie tra le liberalità atipiche (nel senso di liberalità non donative). Quali manifestazioni dell'autonomia dei privati, queste ultime trovano perfino un riconoscimento generale all'art. 805 c.c.: "Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari". Ma guardandosi al diritto romano deve ricordarsi che esse a lungo hanno esaurito l'intero ambito della donazione, "essendo ignota la configurazione della donazione come negozio tipico di liberalità, questa poteva attuarsi mediante il compimento di un atto qualsiasi di carattere patrimoniale, il quale, qualora importasse liberalità e fosse compiuto animo donandi, era soggetto alla disciplina delle donazioni. Ma quando, ad incominciare da Costantino, le donazioni si assoggettano ad una particolare ed unica forma, la quale non risulta applicabile o non si ritiene applicabile a tutti gli atti di liberalità, si delinea la separazione tra la donazione, concepita come negozio tipico di liberalità ed altri atti di liberalità, che continuano a sussistere come validi perché nulla presentano di illecito, posto che la legge non intende inquadrare nel negozio tipico di liberalità ogni atto di liberalità": così B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di Filippo Vassalli XII 4 (Torino 1961) 893 s. Può richiamarsi in proposito la nota statuizione di Costantino, riportata in: CTh. 8.12.1 pr. [= Brev. 8.5.1 pr.] (Imp. Constantinus A. ad Maximum pf. urbi). Su queste testimonianze, di recente, S. DI SALVO, *Note sulla donazione tra Costantino e Giustiniano*, in *KOINONIA* 35 (2011) 227 ss.

[17] Come è stato osservato da una parte della dottrina, la dichiarazione del donatario non è mera adesione ad un acquisto ma è una dichiarazione di volontà non diversa dall'accettazione che si ha in qualunque altro contratto B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 582 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit.

[18] La donazione si caratterizza per l'accrescimento del patrimonio del ricevente a fronte del quale si produce un depauperamento nel patrimonio del disponente. È stato, infatti, affermato, da una parte della dottrina, che la donazione sarebbe solo quella attribuzione patrimoniale per la quale, ad un tempo, il donante si adopera al fine di produrre una diminuzione spontanea del suo patrimonio che però corrisponda ad un equivalente incremento del patrimonio del donatario. È stato, infatti, affermato, da una parte della dottrina, che la donazione sarebbe solo quella attribuzione patrimoniale per la quale, ad un tempo, il donante si adopera al fine di produrre una diminuzione spontanea del suo patrimonio che però corrisponda ad un equivalente incremento del patrimonio del donatario si veda A.C. JEMOLO, *Lo spirito di liberalità*, in *Studi in memoria di Vassalli*, II, Torino, 1960, 973 ss.

[19] Cfr. Cassazione 2000/6994 e cassazione 2000/1085.

[20] È ricorrente l'equivoco di identificare lo spirito di liberalità con l'*animus donandi*, in tal senso B. BIONDI, *Le donazioni*, cit. 83 s.. Quest'ultimo, anche se spesso ritenuto un sinonimo di spirito di liberalità, trova in realtà origine nel diritto romano classico e rappresentava l'elemento soggettivo della donazione, cui doveva fare riscontro l'elemento oggettivo della gratuità. In sostanza rappresentava la giustificazione causale della attribuzione gratuita. Nel corso dei secoli l'*animus donandi* ha avuto una notevole evoluzione concettuale tanto che secondo la dottrina prevalente la dizione codicistica dell'articolo 1050 del codice abrogato in virtù del quale la donazione è "l'atto di spontanea liberalità", il riferimento alla spontanea liberalità sarebbe ancora l'elemento soggettivo della donazione. Elemento che si tradurrebbe nel c.d. *animus donandi*. Secondo la dottrina citata lo spirito di (spontanea) liberalità sarebbe la coscienza e l'effettiva volontà di porre in essere una donazione da parte del donante, SCUTO, *Le Donazioni*, Catania, 1928, 141 s.. Secondo una diversa impostazione, anche se non realmente difforme dalla

precedente, l'animus donandi rappresenterebbe la coscienza da parte del disponente di impoverire se stesso e di arricchire il patrimonio altrui, N. COVIELLO, Donazione, Siracusa, 1927, 52 s.. Alcuni autori, dilungandosi sull'aspetto soggettivo delle attribuzioni gratuite, hanno affermato che l'animus donandi sarebbe un aspetto non autonomo della gratuità oggettiva. In sostanza secondo siffatta impostazione, ogni qualvolta un soggetto disponesse gratuitamente a favore di un terzo, in mancanza di una causa effettiva e specifica, quell'atto sarebbe caratterizzato dall'elemento soggettivo dell'animus donandi. Sembra ragionevole concordare con diversa dottrina, la quale ritiene che l'animus donandi sia un elemento assolutamente separato ed indipendente dalla gratuità. Ciò implica che anche la gratuità oggettiva potrebbe essere indipendente dall'animus donandi. In argomento si rinviene, ad esempio, il caso dell'adempimento della obbligazione prescritta o derivante da titolo annullato. In tali casi, pur trattandosi di un atto gratuito oggettivo, non necessariamente ricorre l'animus donandi, ASCOLI, Trattato delle Donazioni, Firenze, 1935, 72 s.. Sulla scorta dell'articolo 1050 del codice civile del 1865, alcuni studiosi hanno sostenuto che l'espressione "atto di spontanea liberalità" potesse giustificare l'idea di una identificazione tra animus donandi e spirito di liberalità, SCUTO, Le Donazioni, cit., 141 s. In realtà il termine "spontaneo" non sembra aver mai avuto un autonomo significato e mal si conciliava con l'intera struttura normativa della donazione. Conferma ne viene dalla sua abrogazione con il codice civile del 1942. Invece, a parte l'identificazione dei termini della questione (animus donandi e spirito di liberalità), che con la scomparsa del termine spontanea ha perso gran parte della sua giustificazione in termini letterali, è opportuno sottolineare che, già sotto il vigore dell'abrogato codice, una parte della dottrina non condivideva in pieno l'idea di un animus donandi inteso quale requisito soggettivo della donazione V. MAROI, Delle Donazioni, Torino, 1936, 34 s.. Più precisamente, secondo siffatta impostazione, l'animus donandi non sarebbe stato requisito necessario delle donazioni. In altre parole, sarebbe donazione qualunque disposizione a titolo gratuito in quanto non può essere fatta una distinzione giuridica sulla base di una intenzione. Pertanto, all'animus donandi, ovvero si ripete, la concerta volontà di porre in essere una donazione, sarebbe restato solo il ruolo di mezzo di prova della gratuità. Risultava tuttavia prevalente l'opinione opposta a quella da ultima riportata, in quanto gli autori ritenevano più rispondente al dato testuale dell'articolo 1050 codice del 1865 e logicamente più rispettoso della ratio legis, l'idea che la donazione necessitasse di un requisito soggettivo e di un requisito oggettivo. Tali requisiti erano appunto la gratuità (elemento oggettivo) e l'animus donandi (elemento soggettivo) anche se quest'ultimo presentava discordanti interpretazioni ricostruttive. Con l'entrata in vigore del codice del 1942, con i cambiamenti apportati alla definizione, si assiste al rinnovato interesse per il concetto di liberalità, senza però che si sia ancora abbandonato il richiamo all'animus donandi che ancora è identificato con lo spirito di liberalità menzionato nell'articolo 769.

[21] La giurisprudenza insiste sulla questa ricostruzione, affermando che l'animus donandi partecipa «della causa del contratto come qualificazione in senso oggettivo della gratuità» (Cass., 16.10.1976, n. 3526). Si segnala che un orientamento a contrario, pone l'accento sullo spostamento patrimoniale dal donante al donatario, e trova la causa del negozio nell'arricchimento di questo ultimo.

[22] PALAZZO, SASSI, Trattato della successione e dei negozi successori – negozi successori anticipatori, UTET Giuridica 2012 p 14.

[23] Cass. 12-11-2009 n. 23941, in Nuova giur. Comm. 2010, I, 448 ss.

[24] BONILINI, Trattato di diritto delle successioni e donazioni, IV Le donazioni, Giuffrè Editore 2009 p. 25

[25] In dottrina, però, si avverte che accogliendo la tesi dell'intenzione di donare la distinzione tra causa e motivo diventa quasi impalpabile; tanto che la causa della donazione andrebbe a sovrapporsi, sempre più spesso, con il motivo che ha spinto il donante a compiere l'atto di liberalità (Alpa, G., Atto di liberalità e motivo dell'attribuzione, in Riv. trim. dir. e proc. civile, 1972, 354 ss.). In tale prospettiva, pur accordando al motivo una accezione oggettiva, vale a dire quella di circostanza esterna alla psicologia del donante, la distinzione tra motivo e causa resta

difficile.

[26] L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 5.

[27] E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, 1928, p. 340 ss.

[28] Il sostantivo «competenza» è «un termine non consueto al linguaggio del diritto privato», è utilizzato a proposito della legittimazione da P. Rescigno, voce «Legittimazione», in *Dig. disc. priv.*, X, Torino, 1993, p. 519.

[29] È la c.d. legittimazione, che è presupposto di efficacia del negozio giuridico e che impone una «coincidenza fra il soggetto del negozio (o il soggetto per il quale il negozio è compiuto) e il soggetto degli interessi, in particolare dei rapporti giuridici, sui quali verte il negozio», in tal senso E. Betti, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 221.

[30] Questa teoria trova fondamento logico dei lavori preparatori del codice civile. Il criterio generale su cui si fonda la tesi negativa sarebbe nell'intenzione di porre un freno alla prodigalità. La medesima logica è un valido punto fondante per il divieto di donazione di cosa futura come donazione di un bene non esistente e dunque vietata. In dottrina: Maroi, *Delle donazioni, ne Il codice civile. Commentario*, diretto da D'Amelio, libro II, Firenze, Barbera, 1941, p. 726; Messineo, *Manuale di dir. civ. e comm.*, vol. IV, 9° ed., Milano, Giuffrè, 1958, p. 17; Balbi, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, vol. II, fasc. IV, Milano, Vallardi, 1964, p. 43; non prende posizione Bonilini, *L'oggetto della donazione*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, vol. VI, *Le donazioni*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 444-446. In giurisprudenza: Cass. 20 dicembre 1985 n. 6544, in *Giust. civ. Mass.*, 1985; Cass. 18 dicembre 1996 n. 11311, in *Contratti*, 1997, p. 460; Cass. 5 maggio 2009 n. 10356, in *Riv. not.*, 2010, p. 124 e ss., con nota di Grossmann, *La nullità della donazione dispositiva di cosa altrui*; Cass. 23 maggio 2013 n. 12782.

[31] Secondo la tesi negativa, la donazione obbligatoria di cosa altrui genererebbe un'obbligazione di fare (cioè, acquistare la cosa dal terzo proprietario o procurarne comunque l'acquisto in capo al donatario). Questa obbligazione non comporta l'arricchimento per il donatario con corrispondente impoverimento del donante e quindi non conforme al dettato dell'art. 769 c.c. Verrebbe a mancare l'attualità. (in tal senso Torrente).

[32] Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, fondato da Vassalli, vol. XII, tomo 4°, Torino, Utet, 1961, p. 346 e ss.; F. S. Gentile, *Il possesso*, 2ª ed., in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, Utet, 1977, p. 258; Carrabba, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di P. Perlingieri, sezione IV, vol. 27, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 386 e ss.

[33] Cass. 5 febbraio 2001 n. 1596, in *Riv. not.*, 2001, p. 862, con nota di F. M. Gazzoni, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata*. La sentenza ha ritenuto inefficace e non nulla la donazione di cosa altrui. Il concetto parte dall'assunto che i beni futuri sono solo quelli non esistenti in *rerum natura*. Questa donazione sarebbe titolo astrattamente idoneo all'usucapione abbreviata ai sensi dell'art. 1159 c.c.

[34] Per annotazioni specifiche relative all'inquadramento dottrinario si veda Pastore D., *Cassazione civile*, 23 maggio 2014, n.11545, sez. II con nota Pastore D., *Donazione di quota di bene ereditario e donazione di cosa altrui*, in *Rivista del Notariato*, fasc.6, 2014, pag. 1210.

[35] Per approfondimenti sulle posizioni dottrinali si veda monografia di Celli V., *La donazione di cosa altrui*, in *Rivista del Notariato*, fasc.3, 1, Giugno 2017, pag. 451.

[36] Si confrontino in tal senso Cass. civ., 20 dicembre 1985, n. 6544; Cass. civ., 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Contratti*, 1997, 460, con nota di Bonilini; e in *Urb. app.*, 1996, 646. Ancora in tal senso Cassazione civile, sez. II, 05/05/2009, n. 10356, in *Giustizia Civile Massimario*, 2009, dove la Corte conferma in questa pronuncia, le conclusioni alle quali era pervenuta una precedente sentenza della Suprema Corte n. 1596/2001, ove pure aveva argomentato in modo diverso. Essa, infatti, partiva dalla premessa dell'inefficacia anziché della nullità della donazione dispositiva di beni altrui, e, per tale strada perveniva - così consolidando l'orientamento della sentenza Cass. civ., 23 giugno 1967, n. 1532- alla conclusione secondo la quale il negozio, quando conformato in termini di atto di alienazione, stante l'ignoranza delle parti circa l'alienità

della res donata, è suscettibile di fungere da *titulus acquirendi* ai fini dell'usucapione abbreviata ai sensi dell'art. 1159 c.c., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisito del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare. Si confronti in tal senso Cass. 5 febbraio 2001 n. 1596, in *Rivista del notariato* 2001, 862, con nota di Gazzoni, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*. Nello stesso senso della pronuncia qui riferita si veda in dottrina, Carnevali, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 6, t. II, Torino, 1997, II ed., 527; Bonilini, *L'oggetto della donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 444).

[37] Le pronunce che esprimono tale indirizzo fanno leva sul fatto che, nella formulazione dell'art. 771 c.c., "il riferimento del divieto" è "ai soli beni non ancora esistenti in *rerum natura*", ma non manca di sottolineare l'argomento logico costituito dal fatto che, ad altri fini, il legislatore ha considerato separatamente gli effetti di atti di disposizione di beni futuri e di beni altrui (artt. 1472 e 1478 c.c.). Si confrontino in tal senso Cass. civ., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Giust. civ.*, 2002, I, 471; e in *Contratti*, 2001, 760, con nota di Ferrario.

[38] A. Spatuzzi, *Futurità e altruità dei beni oggetto di donazione*, in *Rivista del Notariato*, 2015, V, p. 970, esprime una ipotesi interpretativa del tutto isolata in dottrina. L'autore parte dalla ratio sottesa all'art. 771 c.c. per escludere un'applicazione estensiva del divieto de quo così da condurre a reputare la donazione di bene altrui non quale titolo nullo, ma come un negozio ad efficacia traslativa differita, idoneo a trasferire il diritto quando e se il donante diverrà proprietario alla stregua di quanto stabilito nell'art. 1478 c.c.

[39] Cass. S.U., 15 marzo 2016, n. 5068, annotata da C. Cicero, *Donazione di beni altrui*. Le vicissitudini giurisprudenziali della donazione di beni altrui, in *Giur. it.*, V, 2016; U. Carnevali, *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur. (il)*, V, 2016; L. Ballerini, *La donazione (dispositiva) di bene altrui è nulla: così le Sezioni Unite*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, VII/VIII, 2016; E. Depretis, *Le Sezioni unite sull'invalidità della donazione di bene altrui*, in *I Contratti*, X, 2016.

[40] La sentenza è reperibile in *Notariato*, 2009, V, p. 486, con nota di F. Magliulo, *Il problema della validità della donazione di bene altrui*; in *Riv. Not.*, 2010, IV, parte II, p. 1119 ss., con nota di M. Checchi, *Donazione di cosa altrui*; *ivi*, I, parte II, p. 127 ss., con nota di M. Grossman, *La nullità della donazione dispositiva di cosa altrui*; in *Giust. civ.*, XI, parte I, 2609, con nota di P. Furgiuele, *La donazione di cosa altrui*. Note in tema di atto dispositivo e titolo astrattamente idoneo.

[41] Si osservi quanto in testo Cass. 5068/2016, cit. alla precedente nota 39 «La donazione di bene non appartenente al donante è quindi affetta da una causa di nullità autonoma e indipendente rispetto a quella prevista dall'art. 771 c.c., ai sensi del combinato disposto dell'art. 769 c.c. (il donante deve disporre "di un suo diritto") e dell'art. 1325 c.c., e art. 1418 c.c., comma 2».

[42] la comunione legale dei beni tra i coniugi, a differenza da quella ordinaria, è una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei. Ne consegue che, nei rapporti con i terzi, ciascun coniuge, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune, ponendosi il consenso dell'altro coniuge (richiesto dall'art. 180 c.c., comma 2 per gli atti di straordinaria amministrazione) come un negozio unilaterale autorizzativo che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene e che rappresenta un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza, ove si tratti di bene immobile o di bene mobile registrato si traduce in un vizio da far valere nei termini fissati dall'art. 184 c.c. (Sez. 1, Sentenza n. 4033 del 2003; Sez. 1, Sentenza n. 4890 del 2006). La comunione legale dei beni tra i coniugi, a differenza di quella ordinaria, è una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente

per oggetto i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei. Nei rapporti con i terzi ciascun coniuge, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune, ponendosi il consenso dell'altro coniuge (richiesto dall'art. 180 c.c., comma 2 per gli atti di straordinaria amministrazione) come un negozio unilaterale autorizzativo che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene; ne consegue che il contratto preliminare di vendita di un immobile stipulato da un coniuge senza la partecipazione e il consenso dell'altro è efficace nei confronti della comunione legale, ma annullabile, ai sensi dell'art. 184 c.c., nel termine di un anno decorrente dalla conoscenza dell'atto o dalla data di trascrizione. (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 14093 del 2010). La natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi comporta che l'espropriazione, per crediti personali di uno solo dei coniugi, di un bene (o di più beni) in comunione abbia ad oggetto il bene nella sua interezza e non per la metà, con scioglimento della comunione legale limitatamente al bene staggito all'atto della sua vendita od assegnazione e diritto del coniuge non debitore alla metà della somma lorda ricavata dalla vendita del bene stesso o del valore di questo, in caso di assegnazione (principio affermato ai sensi dell'art. 363 c.p.c.).(Sez. 3, Sentenza n. 6575 del 2013).

[43] In senso conforme di recente, Cass. n. 23278/2013.

[44] in senso conforme di recente, Corte di Cassazione, SEZ. II Civile, 14 ottobre 2013, n.23278.

[45] Si veda di recente in tema di donazioni indirette Cassazione Sezioni Unite, 27/07/2017, n. 18725 (relatore A. Giusti) in argomento Sartoris C., il problema della struttura e del funzionamento della donazione indiretta: la soluzione delle Sezioni Unite, in *Persona e Mercato* (a cura di Giuseppe Vettori), 2017.

[46] A. Spatuzzi, op. cit.

[47] Si confronti per tutte Corti di Cassazione Sez. II, Sentenza n. 14093 del 2010 infra in nota 42 con altre sentenze. In tema di legittimazione e competenza si confrontino a proposito della legittimazione da P. Rescigno, op. cit.; per la legittimazione, E. Betti, op cit.

Bibliografia

PALAZZO, SASSI, Trattato della successione e dei negozi successori – negozi successori anticipatori, UTET Giuridica 2012;

BALBI G., Liberalità e Donazione, in Riv. Dir. Comm., 1948;

BETTI E., Istituzioni di diritto romano, 1928, p. 340 ss.

BONILINI, Trattato di diritto delle successioni e donazioni, IV Le donazioni, Giuffrè Editore 2009;

CAPOZZI G., Successioni e Donazioni, 2° ed., Napoli, 2003;

CONTE, G., Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità, in Tratt. Bonilini, VI, Milano, 2009;

GATT L., La liberalità – I, Torino, 2002;

MENGONI L., Gli acquisti a non domino, Milano, 1975;

OPPO G., Adempimento e liberalità, Milano, 1947;

TORRENTE A., Le donazioni, in Trattato di diritto civile italiano diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, 1956.