

Set/2017



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 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 - IL CONSENSO INFORMATO TRA RESPONSABILITÀ MEDICA E DIRITTO ALLA SALUTE
autore: **Giusy Tuzza**, pubblicazione mercoledì 6 settembre 2017

2 - SEPARATI MA UGUALI: DA ROSA PARKS ALLA CORTE SUPREMA, L'UGUAGLIANZA
RIPARTE CON TRENI E BUS
autore: **Andrea Senatore**, pubblicazione martedì 19 settembre 2017

3 - DISCIPLINA E NATURA GIURIDICA DELLA COMUNIONE DE RESIDUO
autore: **Giusy Tuzza**, pubblicazione mercoledì 20 settembre 2017

4 - SULLA INAMMISSIBILITÀ STRUTTURALE DELL'ATTO DI APPELLO: UN CAMBIAMENTO
DI ROTTA CON LA MOTIVAZIONE?
autore: **Irene Coppola**, pubblicazione lunedì 25 settembre 2017

5 - LA NOZIONE COMUNITARIA ED ITALIANA DI CONSUMATORE E LE DIFFERENTI FORME
DI TUTELA ATTIVABILI
autore: **Michele Motta**, pubblicazione martedì 26 settembre 2017

IL CONSENSO INFORMATO TRA RESPONSABILITÀ MEDICA E DIRITTO ALLA SALUTE

“Presupposto indefettibile di ogni trattamento sanitario è la scelta, libera e consapevole – salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere – della persona che a quel trattamento si sottopone”.

Giusy Tuzza - Pubblicazione, mercoledì 6 settembre 2017
Redattore: Giuseppe Ferlisi

Sommario: 1. Definizione e brevi cenni storici; 2. Fondamento giuridico e diritto alla salute; 3. Alcuni casi specifici; 4. Giurisprudenza.; 5. Conclusioni.

1. Definizione e brevi cenni storici.

Nel contesto del rapporto medico-paziente, il consenso informato è un presupposto indefettibile, dal momento che l'informazione è l'unico strumento capace di permettere al malato di decidere liberamente e responsabilmente se accettare, o rifiutare, il percorso diagnostico e terapeutico proposto (1). Per questo motivo comunicare con il paziente è un dovere etico-deontologico del medico e incide profondamente sul rapporto fiduciario tra i due soggetti. Cosa si intende, pertanto, per **informazione**?

Il termine deve essere interpretato sotto vari profili. Se sul piano tecnico riguarda la comprensibilità da parte del paziente e/o la possibilità di ridurre ad un livello comprensibile questioni tecnicamente complesse, sul piano giuridico è volto a definire i limiti di responsabilità, tanto civili quanto penali, attribuibili eventualmente al medico negligente. Peraltro l'informazione è innegabilmente un diritto fondamentale della persona umana, affinché possa esercitare appieno volontà e autodeterminazione. È, dunque, evidente come il consenso informato abbia rivoluzionato fundamentalmente il modo di lavorare del professionista, riattribuendo, alla persona destinataria dell'intervento professionale, autonomia e determinazione nelle scelte che riguardano il suo stato di salute e la gestione della stessa (2).

A questo punto, per meglio comprendere i limiti della questione, è opportuno attenzionare la definizione di **Consenso informato**. Secondo il **Comitato Nazionale per**

la Bioetica, esso consiste nella *“legittimazione e fondamento dell’atto medico e, allo stesso tempo, nello strumento per realizzare quella ricerca di alleanza terapeutica – nell’ambito delle leggi e dei codici deontologici – e di piena umanizzazione dei rapporti fra medico e paziente cui aspira la società attuale (3)”*. Dunque è **una particolare modalità di rapporto professionale tra un professionista e il destinatario dell’intervento professionale, per cui una serie di procedure di intervento relative alla diagnosi, terapia, prognosi o alla ricerca, possono essere poste in essere solo previa autorizzazione (consenso) da parte della persona interessata.**

Nel corso delle diverse epoche storiche si è assistito al passaggio dal puro affidamento del paziente al medico (paternalismo medico) (4), ad una posizione critica e spesso conflittuale nei confronti del professionista (autonomia dell’individuo). Tuttavia l’importanza del Consenso informato risale alla fine del ‘700 negli Usa quando per la prima volta si affrontò l’importanza giuridica della differenziazione tra un contenzioso promosso in relazione ad un consenso comunque difettoso (vizio di consenso) e quello basato su un’ incompleta o errata informazione (vizio d’informazione). Si fa riferimento, in particolare, a due casi.

Innanzitutto al **“caso Slater”** del 1767, laddove il paziente si lamentò del comportamento dei medici che rimossero le fasciature dalla sua gamba fratturata accorgendosi che la frattura si era ricomposta solo parzialmente. Perciò decisero senza il consenso del paziente di rifrattare l’arto per tentare una definitiva riduzione, e lo bloccarono con una nuova imbracatura. I medici furono condannati avendo agito con negligenza ed imperizia, ma anche perché la soluzione di fratturare nuovamente la gamba del paziente era stata eseguita senza il consenso del malato.

L’altro caso determinante è il **caso Carpenter**, relativamente al quale un medico curò la slogatura di un gomito con tecniche che egli riteneva innovative. I giudici, invece, gli addebitarono l’insuccesso dell’intervento avendo tenuto una condotta negligente e non avendo informato il paziente sulle precauzioni da adottare e da osservare durante la convalescenza. In più, il consenso era fortemente viziato dalle ingannevoli assicurazioni sull’esito positivo della malattia.

L’entrata nella pratica medico-sanitaria del consenso informato risale, però, al Processo di Norimberga, nel quale emersero le atrocità inflitte dai medici nazisti ai deportati nei campi di concentramento. Da allora ci fu un susseguo di pronunciamenti: **il codice di Norimberga**, che proclamava il diritto della persona a decidere liberamente se partecipare a una sperimentazione clinica e il dovere del medico di spiegare al malato la

sua situazione clinica; **la Dichiarazione di Helsinki del 1964**; **la Dichiarazione della Conferenza Internazionale dell'Ordine dei Medici del 1987**, dove si precisò che salvo il caso d'urgenza, il medico deve illustrare al malato gli effetti e le conseguenze prevedibili della malattia o della sperimentazione clinica; **la Convenzione di Oviedo del 1997** ai sensi del quale art. 5 un intervento non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il consenso libero ed informato.

In Italia si dovrà attendere il **Codice di deontologia medica del 1978**: *“le cure sono subordinate al consenso dell'interessato che deve essere, se possibile espresso per iscritto, liberamente e consapevolmente, previa informazione sugli obiettivi, sui metodi, sui benefici previsti nonché sui rischi e disturbi potenziali”*, mentre maggiore attenzione e dettagli verranno individuata nel **Codice di Deontologia Medica del 15 giugno 2009**.

Per mera completezza è bene dire che la tematica è stata trattata anche **L. 833/1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale**, dove si prevede che *gli accertamenti – trattamenti sanitari obbligatori devono essere accompagnati da iniziative volte ad assicurare il consenso del paziente*. Con l'evolgersi della questione giuridica inerente il consenso informato anche **il Codice Penale** ha riservato uno spazio alla materia, giustificando all'**art.50 c.p.** l'intervento sanitario anche nel caso rechi un danno alla persona, purché ci sia il suo consenso; e all'**art. 52 c.p.** l'intervento del medico in condizioni gravi del paziente.

A detta del Comitato Nazionale di Bioetica il principio del consenso si colloca al centro dell'attività medico chirurgica ed esprime una scelta di valore nel concepire il rapporto tra medico e paziente, essendo detto rapporto fondato prima sui diritti del paziente, poi sui doveri del medico. Sicché, sono da ritenere illegittimi i trattamenti sanitari extraconsensuali, non sussistendo un dovere di curarsi.

2. Fondamento giuridico e diritto alla salute.

L'importanza del consenso informato è in ambito prettamente giuridico regolamentata dall'**art. 13 della Costituzione** in cui è postulato il principio dell'invulnerabilità della libertà umana e quindi della libertà generale per ogni persona di autodeterminarsi rispetto al proprio corpo, sempre nel rispetto della propria integrità fisica (cfr. art. 5c.c.), ma anche regolamentato dall'**art. 32 Cost.** in cui è dettato disposto che la salute è un diritto dell'individuo, quindi in quanto tale la persona può tutelarla secondo i propri personali canoni di vita. Ne consegue *nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i*

limiti imposti dal rispetto della persona umana. La libertà personale non solo è un diritto inviolabile, ma è un diritto completo, personale e assoluto.

In questo contesto l'obbligo giuridico del medico non è quello di impedire la morte o il pregiudizio alla salute, ma di assistere e offrire le cure e terapie disponibili ad una persona in condizioni di bisogno, sempre nel rispetto della sua volontà (5). Se il medico crede che la vita debba essere sempre e comunque vissuta, farà certamente del suo meglio per salvarla.

Il paziente, tuttavia, può decidere per sé stesso i limiti entro i quali la sua vita è veramente degna di essere tale e quindi essere vissuta autonomamente e dignitosamente. Più volte i giudici di merito si sono pronunciati in questo senso. Tra le tante pronunce se ne segnala una dove si legge che *“Non rispettare la volontà del paziente come sovrana e necessaria è commettere un reato doloso, come l’omicidio preterintenzionale. La libertà del paziente diviene la regola fondamentale nel rapporto con il medico, il quale non può e non deve sostituire i suoi valori e il suo concetto di bene a quelli del paziente”* (6). Ed ancora *“se il trattamento non consentito ha uno scopo terapeutico e l’esito sia favorevole, il reato di lesioni sussiste, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato di salute (art. 32, 2 Cost.) e che, a fortiori, il reato sussiste ove l’esito sia sfavorevole”* (7).

Corollario di quanto detto è che nella prospettiva giuridica, il consenso del paziente all’atto medico è obbligatorio per la liceità di ogni pratica diagnostica, terapeutica e sperimentale.

Tuttavia vi sono **eccezioni** che permettono l’operato del medico anche in assenza di consenso.

Queste eccezioni riguardano:

- a) i rischi inerenti conseguenze atipiche, eccezionali e imprevedibili, che causerebbero al paziente ingiustificate ansie e timori (8);
- b) le situazioni nelle quali il paziente ha espresso esplicitamente la volontà di non essere informato;
- c) le condizioni di gravità o d’immediato pericolo per la vita che richiedono un intervento urgente senza esserci la possibilità di spiegare l’approccio diagnostico e terapeutico al paziente o ai famigliari;
- d) i “Trattamenti Sanitari Obbligatori” previsti dagli articoli 33,34,35 della L. 833/78, subordinati alla necessità di tutela della salute pubblica o per la salvaguardia dell’incolumità del paziente.

L'assenza di un valido consenso del paziente, tranne che nei casi sopra citati, espone il medico in "sede penale" alle imputazioni di lesione personale (cfr. **art. 582 C.p.**), delitto di violenza privata (cfr. **art. 610 C.p.**), omicidio colposo o preterintenzionale (cfr. **artt. 589 e 584 C.p.**) e in "sede civile" al risarcimento del danno (cfr. ex **art. 2043 c.c.**).

Il problema del consenso, da un punto di vista giuridico, non si pone prima dei 6-7 anni, anche se questo non elimina il problema di cosa dire al **bambino** piccolo e come.

Secondo la **Convenzione internazionale di New York sui diritti dell'infanzia** deve essere protetto il diritto del bambino al miglior stato di salute possibile e garantita la possibilità di beneficiare di servizi medici e riabilitazione (art. 24).

Certamente tenendo conto del livello di sviluppo del minore, sarà comunque opportuno presentare al bambino lo stato dei fatti e gli scenari possibili e alternativi, con un linguaggio chiaro e semplice da facilitare in lui la comprensione del problema (9). Il bambino deve essere sempre aiutato a capire le sue condizioni di salute o di malattia soprattutto nel momento in cui si devono prendere delle decisioni che riguardano non solo la sua persona, ma anche lo stile di vita con cui il bambino stesso dovrà imparare a convivere, nel rispetto del diritto all'ascolto ex art. 12 Convenzione ONU.

3. Alcuni casi specifici (10).

Vi sono casi specifici in cui il dibattito sul consenso informato diviene più complesso alla luce delle delicate situazioni in cui si instaura. Nel dettaglio, seppur brevemente, valga quanto segue.

Innanzitutto si prendano in considerazione **i minori**.

Dal combinato disposto degli **artt. 30 Cost. e 2 c.c.**, il **consenso informato deve essere firmato da chi esercita la patri potestà**; tuttavia, come esposto nel paragrafo precedente, si valorizza sempre più l'autodeterminazione del minore, motivo per cui si instaura un triangolo comunicativo tra medico, minore e genitori.

Una problematica aperta è quella riguardante l'età, in particolare per i minori che vanno dai 14 ai 18 anni, per i quali il parere non sempre coincide con il parere dei genitori, che pure devono firmare il consenso. Per dare un'idea si pensi al fatto che una minore può ottenere l'interruzione della gravidanza pur in contrasto con i genitori, ma necessita del consenso di questi nel diverso caso di sottoposizione a terapia dell'AIDS.

Altro caso peculiare riguarda **gli incapaci** e la loro tutela in tema di consenso informato, attraverso la figura dell'amministratore di sostegno, come previsto dalla disciplina del codice civile.

A livello internazionale, poi, si concorda su **quattro parametri** per individuare i limiti di **capacità** di esprimere il proprio **consenso** : la capacità di manifestare una scelta, di comprendere le informazioni relative al consenso, di offrire un giusto peso alla situazione e alle conseguenze, di utilizzare razionalmente le informazioni.

Un problema ulteriore si pone per le **donne in età fertile**, soprattutto quando nelle schede informative relative a certi trattamenti terapeutici viene intimato di usare metodi contraccettivi. Ciò vale anche se è l'uomo a usufruire del trattamento, motivo per cui per la permanenza del farmaco nel liquido seminale si "obbliga" la donna a far ricordo agli anticoncezionali. Questa ingiunzione, oltre che porre problematiche etiche e deontologiche, ordinando alla persona un atto non terapeutico, evidenzia la poca fiducia nella responsabilità della donna.

Nel bilanciamento dei valori, dunque, si è ritenuto più appropriato mettere in luce i rischi di un'eventuale gravidanza, non imponendo gli anticoncezionali, ma indirizzando le coppie soggette a trattamenti specifici verso i cd. *Metodi Naturali della Fertilità*.

Infine ci si chiede come conciliare **il consenso con le situazioni di emergenza**, in tutti quei casi cioè in cui è impossibile reperire il consenso, a causa della condizione d'incoscienza del paziente o per la tempestività di decisione. Per quanto riguarda l'atto terapeutico ci si riferisce al principio della tutela della salute, come diritto fondamentale della persona, e allo "*stato di necessità, giungendo a conferire al medico la possibilità di usufruire del consenso presunto del paziente*" (11), ossia del consenso previsto alle seguenti condizioni: che non siano presenti o contattabili parenti del paziente, che il paziente non sia in grado di dare il proprio consenso, che il paziente sia a rischio di morte o d'invalidità permanente, che non esistono trattamenti che possano offrire un'uguale o maggiore possibilità di salvare la vita del paziente o di ridurne l'invalidità.

4. Giurisprudenza.

La necessità dell'acquisizione di una decisione consapevole del paziente trova precisi riferimenti nella Costituzione, agli articoli 2, 13 e 32, nonché nelle Carte internazionali e sovranazionali e nel Codice di deontologia medica, come abbiamo visto nei precedenti paragrafi.

Fondamentale pertanto è il contributo della **Corte Costituzionale**, con le tre sentenze chiave n. **471/1990**, n. **282/2002** e n. **438/2008**.

In ambito risarcitorio le questioni riguardano, poi, la mancata acquisizione del consenso informato; l'aver il medico agito nonostante il dissenso o in mancanza di consenso informato; la validità di direttive anticipate; il nesso di causalità e il danno risarcibile;

l'onere della prova circa l'assolvimento dell'obbligo informativo.

Si pone, infine, la questione su quale sia il danno risarcibile in caso di intervento in violazione del rifiuto, ma salvavita, e nel caso di intervento senza consenso, ma con esito negativo.

A questo proposito si veda la pronuncia della **Suprema Corte, sentenza n. 2847/2010**, secondo cui è il paziente a dover dimostrare, anche attraverso presunzioni che, se avesse conosciuto il rischio, non avrebbe deciso di effettuare l'intervento. Dal punto di vista penale, cruciale è, infine, la **sentenza 21 gennaio 2009 delle Sezioni Unite penali della Cassazione**, secondo cui *“ove il medico sottoponga il paziente a un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale”*, sia sotto il profilo della fattispecie ex art. 582 del c.p. sia sotto quello del reato di violenza privata ex art. 610 c.p.

Questo breve excursus giurisprudenziale denota i punti cardine di una evoluzione che, in materia di responsabilità medica, si compone, e continua ad alimentarsi, di una costellazione di pronunce che mettono in evidenza l'importanza dell'informazione al cospetto del suo operato nei confronti del paziente.

Di recente la Suprema Corte penale ha riaffrontato la questione (12), aderendo a un concetto “funzionale” di **malattia**, necessario per la sussistenza del reato di cui all'art. 582 cod. pen., siccome evento naturalistico di detto reato, intesa come *“processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto emoderivati”*.

Essendo ormai superata la visione del medico come depositario e detentore di una potestà di curare, si deve invece inquadrare il rapporto medico-paziente in termini di alleanza terapeutica, che veda entrambi i protagonisti impegnati a collaborare per l'attuazione del diritto alla salute.

Quindi, a detta del recente orientamento, peraltro condiviso appieno anche da giurisprudenza e dottrina, **il presupposto indefettibile di ogni trattamento sanitario risiede nella scelta, libera e consapevole, salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere, della persona che a quel trattamento si sottopone.**

Tanto perché la normativa mostra di considerare la “persona” non più destinataria di prestazioni eterodeterminate, ma soggetto attivo e partecipe dei processi decisionali che

lo riguardano.

Su questo principio si conformano anche altre sentenze che sono arrivate a definire i seguenti postulati. Il medico viene meno all'obbligo di fornire un valido ed esaustivo consenso informato al paziente non solo quando omette del tutto di riferirgli della natura della cura cui dovrà sottoporsi, dei relativi rischi e delle possibilità di successo, ma anche quando ritenga di sottoporre al paziente, perché lo sottoscriva, un modulo del tutto generico, dal quale non sia possibile desumere con certezza che il paziente abbia ottenuto in modo esaustivo le suddette informazioni.

E' del pari vero che è esente da colpa il sanitario che, dopo avere informato la paziente delle complicità di un intervento, omette di monitorarne il decorso clinico per cause imputabili alla paziente stessa che non si reca ai controlli e non segue il piano terapeutico. La posizione di garanzia assunta dal sanitario, infatti, non può estendersi fino al punto di dover ripetere insistentemente, nel decorso post operatorio, nei confronti di una paziente adulta, ormai dimessa dalla clinica, le prescrizioni e le raccomandazioni meticolosamente fornite (13).

In un'altra pronuncia si legge (14) che la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un **danno alla salute**, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un **danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in se stesso**, il quale sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale, diverso dalla lesione del diritto alla salute.

Tuttavia, in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, non preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, è configurabile a carico del medico una responsabilità risarcitoria, anche in assenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione, tutte le volte in cui il paziente subisca conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato. L'obbligo di informazione si estende anche alla **struttura sanitaria**, la quale è **tenuta a fornire ai parenti del paziente ricoverato, su consenso espresso da quest'ultimo, notizie sulle sue condizioni di salute, in particolare sulle sue potenzialità di infettare terzi** (15).

Dal punto di vista prettamente giuridico, nei giudizi di risarcimento del danno da

responsabilità medica è **onere dell'attore (16), paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento danni**, onere che va assolto dimostrando con qualsiasi mezzo di prova che la condotta del sanitario è stata secondo il criterio più probabile la causa del danno.

Tuttavia quando la responsabilità medica venga invocata a titolo contrattuale, cioè sul presupposto che fra il paziente ed il medico e/o la struttura sanitaria sia intercorso un rapporto contrattuale (o da "contatto sociale"), la distribuzione inter partes del carico probatorio riguardo al nesso causale deve tenere conto della circostanza che la responsabilità è invocata in forza di un rapporto obbligatorio corrente fra le parti ed è dunque finalizzata a far valere un inadempimento oggettivo: sul danneggiato grava dunque solo l'onere di allegare qualificate inadempienze, astrattamente idonee a porsi come causa o concausa del danno, nella prestazione del medico inserita nella sequenza eziologica da cui è scaturito il lamentato pregiudizio (17).

5. Conclusioni.

A fronte della delicatezza degli interessi coinvolti, portatori di valori inerenti le sfere più personali e socialmente avvertite come essenziali dalla collettività, la questione della responsabilità medica si lega sempre più al tema del consenso informato. Ciò anche a causa delle sempre più affinate scoperte scientifiche, della percezione diversa che ogni generazione ha della malattia e al contempo della salute, della specializzazione del professionista e dell'affidamento che, nei limiti della propria libertà di autodeterminazione, ogni soggetto avverte. Proprio per tali motivi le questioni inerenti il consenso informato non si arresteranno e coinvolgeranno ancora i tanti giudici che, sulla scia di principi costituzionalmente tutelati, dovranno pronunciarsi alla luce dell'evoluzione sociale.

Bibliografia

1. AA.VV., *Consenso informato e diritto alla salute*, E.S.I., Napoli 2001.
2. L. C. ANAVACCI, *"I confini del consenso. Un'indagine sui limiti e l'efficacia del consenso informato"* Edizioni Medico-Scientifiche, Torino 1999.
3. CNB, *Informazione e consenso dell'atto medico*, Roma 1999, p. 12.
4. A contribuire alla creazione di un clima di obbedienza si collocava la morale cattolica che stabiliva a carico del paziente "un obbligo di curarsi e farsi curare", diventando il medico il braccio secolare della chiesa cattolica. I codici deontologici italiani fino al 1995, almeno per quanto riguarda il consenso informato, avevano una connotazione essenzialmente unilaterale e funzionale all'atto medico. Il medico era perfino legittimato a nascondere le

reali condizioni di salute del paziente in caso di prognosi infausta e grave (art. 30 Codice deontologico medico 1978).

5. Art. 40 c.p. secondo cui “non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.
6. Corte d’Assise di Firenze n. 13 del 18 Ottobre 1990, *Il Foro Italiano*, 1991, II, p. 236.
7. Cass. Penale n. 699 del 1992, *Il Foro Italiano*, 1993, II, p. 189.
8. *Codice di Deontologia Medica*, art. 29, commi 3 e 4.
9. Convenzione di Oviedo, *Ch. II Consent*, ART. 6.
10. CNB, *Informazione e consenso dell’atto medico*, op. cit.
11. OFFICE OF THE SECRETARY, DHHS, FDA, *Protection of human subjects: Informed Consent and waiver, of informed consent requirements in certain emergency circumstances: final rule*, Fed. Reg., Oct 2 1996.
12. Cass. Penale Sent. n.16678/2016, www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com.
13. Cass. Civile sent. n. 24791/2011; Cass. Pen. Sent. n. 19556/2013, www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com.
14. Cass. Civile sent. n. 11950/2013, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*.
15. Cass. Civ. Sent. n. 11994/2017: “*nel regime della L. n. 675 del 1996, l’ultimo inciso dell’articolo 23 (...) in situazione in cui il sanitario e la struttura sanitaria, nell’ambito del rapporto curativo, avesse acquisito dati personali sullo stato di salute dell’interessato il cui trattamento risultava indispensabile per la tutela dell’incolumità e della salute dei terzi, in presenza di un’originaria autorizzazione dell’interessato ad informare circa la vicenda curativa i suoi familiari e, quindi, al trattamento, si doveva non solo ritenere autorizzato a rivelare i dati ad essi, ma obbligato a farlo, con la conseguenza che un comportamento omissivo, dal quale fosse conseguita, in ragione della mancata conoscenza dei dati stessi, una lesione dell’integrità o della salute dei terzi o della collettività, risultava idoneo a cagionare danno ingiusto agli effetti dell’articolo 2043 c.c.*”.
16. Cass. Civ. sent. 6471/2017, www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com.
17. Cass. Civ. Sent. 8664/2017, *sito cit.*

SEPARATI MA UGUALI: DA ROSA PARKS ALLA CORTE SUPREMA, L'UGUAGLIANZA RIPARTE CON TRENI E BUS

L'uguaglianza tra cittadini statunitensi a bordo dei mezzi pubblici, ovvero posti a sedere, dignità e personalità umana.

Andrea Senatore - Pubblicazione, martedì 19 settembre 2017
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Introduzione; 2. La ricostruzione e Jim Crow; 3.1. *Plessy v. Ferguson*: i fatti e il giudizio statale; 3.2. La decisione della Corte Suprema; 3.3. Il “gran dissenso” di Harlan; 4. Un bus a Montgomery; 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In un precedente articolo[1] ci siamo soffermati sulla schiavitù negli Stati Uniti, analizzando alcune sentenze[2], fino alla guerra di secessione (1861-1865)[3] al termine della quale, mediante l'introduzione del XIII, XIV e XV Emendamento[4] la schiavitù venne abolita e le persone di colore acquisirono la piena capacità. In quella stessa sede, tuttavia, si avvisava che sarebbe stato a dir meno ingenuo pensare che decenni di comportamenti e convinzioni sarebbero stati spazzati via *statim et confestim* dal tratto di penna del legislatore. Ci occuperemo, infatti, in quest'articolo degli eventi successivi, analizzando in particolare due vicende, avvenute a circa sessant'anni di distanza, relative all'accesso di persone di colore a bordo dei mezzi di trasporto pubblici.

2. La ricostruzione e Jim Crow

Cessato il conflitto, mentre ancora si diradava la polvere da sparo, si pose il difficile problema di come riconciliare gli animi dei due schieramenti che fino a poco tempo prima si erano fronteggiati, ovvero di riaccogliere nell'Unione quelle persone che ne erano fuoriuscite e reintegrarle pienamente come cittadini, nel rispetto del nuovo ordine che si era creato[5]. In realtà la questione fu posta già prima che tacesse le armi e varie furono le prese di posizione: vi era chi credeva che il Sud andasse trattato come una provincia conquistata, altri ritenevano invece che gli Stati che avevano lasciato l'Unione dovessero essere trattati come Territori (e quindi come soggetti non completamente autonomi), ed infine la posizione del Presidente Lincoln secondo la quale essendo la

secessione incostituzionale essa fosse *tamquam non esset*. Alla fine prevalse una soluzione intermedia che, facendo leva sulla sezione 4 dell'art. 4 della Costituzione federale[6], consentiva all'amministrazione centrale di creare nuovi governi[7].

Tuttavia **una completa riforma non avvenne** e negli Stati ex confederati, dopo alcuni anni, ritornarono ad occupare ruoli chiave nella società alcune persone provenienti dal precedente *establishment*. **Si passò, quindi, da una schiavitù de jure ad una segregazione de facto**, in cui venivano formalmente applicati i nuovi principi costituzionali ma sostanzialmente le persone di colore rimanevano cittadini “di serie B”[8]. E tanto avvenne in modo perfettamente[9] legale, attraverso le cd. leggi di Jim Crow[10].

Questi provvedimenti legislativi andavano ad incidere su tutti gli aspetti della vita sociale dei “liberti” statunitensi, da quelli più minuti (ad es. istruzione, trasporti, locali pubblici ecc.) a quelli incidenti sui diritti civili e politici (come ad es. il diritto di voto). **Nella sostanza fu impedito ai nuovi cittadini di prendere parte alla vita politica e sociale degli Stati**, specialmente in quelli in cui costituivano la maggioranza della popolazione[11]. Già nel 1877 l'era della ricostruzione volse al termine[12] e furono escogitati vari metodi per aggirare le modifiche alla Costituzione federale.

Per quanto riguarda l'esclusione dall'elettorato attivo furono utilizzati il metodo del pagamento delle tasse[13], quello culturale[14] e la “clausola del nonno”[15]; quando gli artifici legali non riuscivano nel loro intento interveniva anche il Ku Klux Klan per impedire, anche violentemente, agli afro-americani il libero esercizio dei diritti che gli erano stati riconosciuti.

Dal punto di vista legale **le corti**, sia statali che federali, **sostenevano che gli emendamenti**, in particolare il XIV, **si applicassero soltanto al livello federale** e che, quindi, i singoli Stati fossero liberi in materia; sono esempi celebri il “caso dei mattatoi”[16] e quello “dei diritti civili”[17].

3.1. *Plessy v. Ferguson*: i fatti ed il giudizio statale

Come abbiamo visto tra le limitazioni che colpivano i cittadini provenienti dalla condizione servile vi era anche quello di **non poter salire negli stessi scompartimenti** destinati ai “bianchi” sui mezzi di trasporto ovvero essere confinati nella parte posteriore della vettura. Anche lo Stato della Louisiana[18] adottò una simile legislazione con un *act*, il 111, del 1890, formalmente intitolato *Louisiana Railway Accommodations Act*,

meglio noto tuttavia come *Separate Car Act* (legge delle carrozze separate). La disposizione in esame, per quanto d'interesse, recitava testualmente:

Sez. I. Ogni compagnia ferroviaria che trasporti persone in questo Stato, dovrà prevedere sistemazioni uguali ma separate^[19] per le razze bianche e di colore (sic), prevedendo due o più vagoni passeggeri per ogni treno, oppure dividendo i vagoni in modo da garantire la collocazione separata (...) Nessuno potrà occupare posti in vettura diversi da quelli assegnati alla razza di appartenenza (sic).

Sez. II. I funzionari dei predetti treni passeggeri hanno l'obbligo di assegnare ogni passeggero alla vettura o scompartimento utilizzato dalla razza cui appartiene al passeggero; ogni passeggero che insista per recarsi in una vettura o scompartimento della razza cui non appartiene è punito con una multa di 25 dollari ovvero di un periodo di detenzione non superiore ai venti giorni nel carcere comunale; (...)^[20]

Si può facilmente immaginare come i nuovi cittadini della Louisiana accolsero un provvedimento legislativo di tal fatta ed un gruppo di persone si costituì in un *Comité des Citoyens* (comitato di cittadini) per mettere in discussione la norma^[21]. **Un primo tentativo di sfidare questa discriminazione andò a vuoto^[22]** ma non per questo il comitato rinunciò all'impresa. Per il test successivo venne contattato il più giovane del comitato, il trentenne Homère Patris Plessy, in seguito conosciuto come Homer Plessy^[23], un calzolaio di New Orleans di origine creola e dunque un cd. "octoroon", vale a dire con un ottavo di discendenza "di colore"^[24].

Il 7 giugno del 1892 Plessy acquistò un biglietto di prima classe sulla tratta New Orleans – Covington e si sistemò in un vagone per "soli bianchi". La compagnia ferroviaria era già stata informata, come pure il controllore del treno che chiese, com'era suo dovere, a Plessy se fosse di colore. Alla risposta affermativa il controllore chiese al passeggero di cambiare vettura, all'ulteriore rifiuto un *detective* privato, anch'egli preventivamente avvisato dal comitato, intimò il rispetto della legge ed infine fermò e consegnò Homer Plessy alla polizia per violazione della legge 111^[25].

Liberato su cauzione, Plessy fu rinviato alla sezione A del Tribunale penale, davanti al giudice Ferguson per il processo che si tenne un mese dopo. In quella sede la difesa di Plessy, in via preliminare, eccepì il **contrasto dell'act con la Costituzione federale** ed in particolare con il **XIII ed il XIV Emendamento**. Tuttavia il giudice Ferguson respinse l'eccezione, ritenendo che lo Stato della Louisiana avesse il diritto di regolare il trasporto di persone sui treni per tratte interamente comprese nel proprio territorio.

Plessy fu quindi riconosciuto colpevole e condannato a pagare 25 dollari di multa. La

sentenza di Ferguson fu impugnata davanti alla Corte Suprema della Louisiana che la confermò[26], ma il suo *Chief Justice* consentì a Plessy di ricorrere davanti alla Corte Suprema federale. Secondo la Corte della Louisiana la legge 111 non dava una “patente” di schiavitù – e quindi non riguardava il XII Emendamento – ed inoltre la separazione, se corrispondeva ad “eguale trattamento” non violava il XIV Emendamento[27]. La stessa separazione sulle vetture “è fatta nell’interesse dell’ordine pubblico, della tranquillità e della comodità” e rientra nella “regolamentazione del commercio interno (...) di esclusiva competenza statale (come) il sistema scolastico pubblico o il diritto matrimoniale”. Una diversa interpretazione “comporterebbe la nullità delle leggi che prevedono scuole separate e di quelle di altri Stati che vietano i matrimoni misti”. Del resto, prosegue la sentenza “la legge si applica ad entrambe le razze con tale perfetta correttezza ed uguaglianza (sic) che l’imputazione non fa nemmeno riferimento al colore della pelle dell’accusato ... Ovviamente, in caso di condanna, la pena sarebbe la stessa sia che l’accusato fosse bianco o “di colore”[28].

3.2. La decisione della Corte Suprema

Dopo quasi quattro anni dai fatti il caso arrivò quindi alla Corte Suprema, dove fu discusso il 13 aprile del 1896 e deciso il 18 maggio dello stesso anno[29]. Plessy fu nuovamente difeso da Albion Tourgée che aveva operato come “consulente legale” del Comitato, e da altri legali che sottoposero alla massima istanza giurisdizionale statunitense due ricorsi. Tourgée, in particolare, fece leva sul XIII e XIV Emendamento in base ai quali era vietata la schiavitù ed erano garantiti i medesimi diritti a tutti i cittadini degli Stati Uniti; in particolare, sostenne la difesa, che l’essere considerato “di colore” fosse una implicita ammissione della supposta inferiorità degli afroamericani rispetto ai “bianchi”.

Con molta ironia la difesa portò all’assurdo le conseguenze della dottrina “separati ma uguali”: se lo Stato poteva disporre la separazione sui mezzi pubblici, allora avrebbe potuto farlo anche in base al colore dei capelli, alla cittadinanza, ovvero promulgare leggi che ordinassero alle persone di colore di camminare su un determinato lato della strada e ai bianchi sul lato opposto, ovvero ancora di dipingere di un determinato colore le case o i veicoli o le insegne[30].

La Corte, tuttavia, **respinse il ricorso** di Plessy a **maggioranza (7-1)**[31]; l’*opinion* della Corte fu redatta dal *Justice Brown* cui aderirono altri sei giudici, tra l’altro quasi tutti provenienti da Stati che si schierarono con l’Unione durante la guerra civile[32].

Dopo aver riassunto i fatti di causa, Brown precisa subito che non vi è conflitto con il XIII Emendamento:

La schiavitù implica una servitù involontaria – uno stato di costrizione; la proprietà di un essere umano come se fosse un bene, o almeno il controllo del lavoro e dei servizi di un uomo in favore di un altro, in assenza di un valido diritto per disporre di quella detta persona, beni e servizi. (...)

Una legge che contenga una semplice (sic) distinzione legale tra le razze bianche e di colore – una distinzione che si basa sul colore delle due razze e che deve sempre esistere finché gli uomini bianchi saranno distinti da quelli di altre razze per colore (sic) – non ha lo scopo di distruggere l'uguaglianza legale delle due razze, o di ripristinare uno stato di servitù involontaria.

Già a questo punto, con i parametri di valutazione dei giorni nostri, si potrebbero muovere delle forti critiche alla pronuncia. Pronuncia che, ricordiamolo ancora una volta, interviene quasi alle soglie del XX secolo, a più di trent'anni dalla fine della guerra civile e a più di cento anni dalla Dichiarazione di Indipendenza e dalla Costituzione federale. Respinto l'argomento della schiavitù, il giudice Brown affronta anche la questione del **XIV Emendamento** che ha indubbiamente per oggetto:

di attuare l'assoluta eguaglianza delle due razze davanti alla legge, ma nella natura delle cose, non avrebbe potuto essere utilizzata per abolire le distinzioni basate sul colore (...). Le leggi che permettono, e a volte richiedono la loro separazione in posti dove potrebbero entrare in contatto, non implica necessariamente l'inferiorità di una razza sull'altra, e sono state ritenute generalmente, se non universalmente, rientranti nella competenza delle legislazioni statali nell'ambito dei loro poteri di polizia.

Viene **inoltre** ripreso l'indirizzo già espresso in precedenza secondo il quale **la norma si applica solamente ai rapporti che riguardano lo Stato federale** e non ai singoli Stati nell'ambito della loro esclusiva giurisdizione.

L'*opinion* prosegue indicando una significativa eccezione alla separazione, altrimenti prevista anche in altri ambiti come scuole e teatri, vale a dire nella selezione della giuria^[33]. Quindi Brown passa a quello che ritiene il punto centrale della vicenda, ovvero se lo Stato della Louisiana abbia o meno esercitato i suoi poteri legislativi con ragionevolezza. Per far ciò, secondo la Corte, bisogna fare riferimento

agli usi, alle consuetudini ed alle tradizioni del popolo, con lo scopo di promuovere il loro benessere e di mantenere l'ordine e la sicurezza pubblica. Sulla scorta di tali criteri, non può dirsi che una legge che autorizzi o preveda la separazione delle due razze sui mezzi di trasporto pubblici sia irragionevole, o contrastante con il XIV Emendamento più dell'act del Congresso che prevede scuole separate per bambini di colore nel Distretto di Columbia, la cui costituzionalità non è mai stata discussa, o le corrispondenti leggi dei singoli stati.

La questione della percentuale di sangue necessario per essere considerato “bianco” viene, infine, considerata di spettanza dei singoli Stati.

Il ricorso di Plessy viene quindi respinto.

3.3. Il “gran dissenso” di Harlan

Contro l’opinione della maggioranza si levò il dissenso di *Justice* Harlan e la sua *dissenting opinion* (opinione dissenziente), che per questa ed altre decisioni fu soprannominato “il gran dissenziente”. Harlan era del Kentucky e si schierò con l’Unione pur essendo in un primo momento filoschiavista per cambiare poi il proprio punto di vista e diventare un sostenitore dei diritti civili^[34]. In primo luogo Harlan chiarisce che le ferrovie, anche se gestite da privati, rientrano nel concetto di “strade pubbliche”, criticando la scelta dello Stato di consentirne l’utilizzo differenziato in base alla razza.

L’opinione di Harlan entra nel vivo quando dichiara che

Quanto ai diritti civili comuni a tutti i cittadini, la Costituzione degli Stati Uniti non consente, credo, a nessuna autorità pubblica di conoscere la razza di coloro che devono essere tutelati nell’esercizio di tali diritti (...) Ma io nego che qualsiasi corpo legislativo o tribunale possa guardare alla razza dei cittadini quando i diritti civili di costoro sono coinvolti. Infatti, una simile legislazione come in questo caso è incompatibile non solo con l’uguaglianza, che riguarda la cittadinanza statale e nazionale, ma con i diritti della personalità di cui ogni persona gode negli Stati Uniti.

Secondo Harlan il XIII Em. non si limita soltanto ad abolire e vietare la schiavitù, ma **contiene anche il divieto di creare situazioni che di fatto siano di schiavitù**. Tuttavia questo emendamento è stato ritenuto inadeguato per proteggere gli ex schiavi ed è implementato dal successivo Emendamento in base al quale

(...) la legge negli Stati sarà la stessa per i “neri” e per i bianchi; che tutte le persone, siano esse “di colore” o bianche, saranno uguali davanti alle leggi degli Stati, e (...) che nessuna discriminazione legale verrà fatta (contro gli afroamericani) a causa del loro colore (...)

Harlan quindi “smonta” la difesa della validità della legge statale che si limiterebbe a prescrivere una regola applicabile ad ogni cittadino senza discriminazioni razziali, e molto chiaramente sostiene che tale norma non vuole certo impedire ai “bianchi” di andare nelle carrozze “nere” quanto il contrario, e quindi la legge interferisce con la

libertà personale dei cittadini.

Harlan, inoltre, paventa anche dei rischi di scontri sociali visto che

(...) sembra che in alcuni Stati vi sia ancora una razza dominante – una classe superiore di cittadini che ritiene di dover disciplinare l'esercizio dei diritti civili, comuni a tutti i cittadini, sulla base della razza. Questa sentenza (...) incoraggerà la convinzione che sia possibile, attraverso la legislazione statale, vanificare (...) i recenti emendamenti alla Costituzione. Sessanta milioni di bianchi non sono in pericolo per la presenza di sei milioni di neri. I destini delle due razze in questo paese sono indissolubilmente legate, e l'interesse di entrambe richiede che il governo comune non permetta ai semi dell'odio razziale di essere piantati attraverso la legge. (...) Che è, come tutti ammetteranno, il vero scopo della legislazione come quella promulgata in Louisiana.

Harlan, dopo aver ripreso la paradossale difesa di Tourgée, profetizza che “*questa sentenza, col tempo, sarà disastrosa quasi come quella presa da questo tribunale nel caso Dred Scott*”[\[35\]](#); ma la vera sintesi dell'opinione di Harlan è che “*la nostra Costituzione è cieca per quanto riguarda il colore (della pelle), e non conosce o tollera classi tra i cittadini*”[\[36\]](#).

4. Un bus a Montgomery

Quasi sessanta anni dopo la sentenza *Plessy*, **nel 1955, a Montgomery**, cittadina dell'Alabama, **gli autobus erano ancora divisi per colore della pelle**: i bianchi avevano i primi dieci posti avanti, gli afroamericani gli ultimi dieci dietro, mentre quelli al centro erano “liberi”. Se però l'autobus fosse stato pieno e fosse salito un bianco l'afroamericano che avesse occupato uno di quei sedili liberi avrebbe dovuto cedergli il posto. Due conflitti mondiali, l'ultimo in particolare in cui il fattore “razza” aveva rivestito un ruolo particolare, il progresso delle scienze, la stessa partecipazione degli afroamericani alla vita della società americana evidentemente non erano bastati a modificare la legislazione e, soprattutto, il modo di pensare.

Ad aggravare la discriminazione, a novant'anni dall'abolizione della schiavitù e ad ottantasette dal riconoscimento dell'uguaglianza, stava anche il fatto che spesso gli afroamericani venivano lasciati a terra pur avendo pagato il biglietto[\[37\]](#), ovvero non venivano fatti salire alle fermate. Rosa Parks[\[38\]](#) un'attivista per i diritti civili il 1° dicembre stava aspettando l'autobus per rientrare a casa. Quando salì a bordo riuscì a trovare un posto a sedere nella prima fila riservata agli afroamericani. Durante il tragitto la parte riservata ai “bianchi” si riempì e quando l'autista si accorse che alcuni “bianchi” erano rimasti in piedi decise di spostare la linea divisoria per consentire loro di sedersi. I

primi tre occupanti cedettero il loro posto, Rosa Parks, invece, si limitò a “scalare” di un posto senza alzarsi; l’autista, in forza del codice municipale[39] chiese alla Parks di spostarsi ma ottenne un secco rifiuto. Dopo aver contattato la compagnia, l’autista chiese l’intervento della polizia che arrestò la Parks per violazione del codice[40].

L’evento si svolse sulla falsariga di *Plessy*, ma non si trattò come in quel caso di un *test case*. Tuttavia **l’arresto di Parks fu l’ispirazione per un evento storico: il boicottaggio degli autobus**[41]. Rosa Parks il 5 dicembre successivo fu condannata per “condotta disordinata” e violazione delle leggi municipali a 10 dollari di multa oltre a 4 dollari di spese. I legali interposero appello attraverso il sistema statale e quando una simile questione venne riproposta alle Corti federali decisero di non intervenire per timore che fosse considerato un mezzo per evitare di sottrarsi alla giustizia penale dell’Alabama.

Il vertice della giustizia federale statunitense tornava, quindi, ad occuparsi sulla collocazione degli afroamericani sui mezzi di trasporto; prima di allora, la Corte Suprema si era già pronunciata in un caso del 1946 in cui a maggioranza (6-1) decise che la legge della Virginia che imponeva la segregazione a bordo degli autobus che coprivano una tratta interstatale era incostituzionale[42], anche se nella pratica non si registrarono effetti sensibili.

Il vero e proprio *revirement* avvenne però con la pronuncia della Corte dell’11° Circuito, la Corte Distrettuale per il distretto centrale dell’Alabama, **nella causa *Browder v. Gayle***[43]. Durante il boicottaggio degli autobus un gruppo di afroamericani di Montgomery decise di sfidare la segregazione imposta dal codice municipale direttamente davanti ad una corte federale, composta da tre giudici[44]. Con un verdetto **a maggioranza (2-1) i giudici ritennero che la segregazione sugli autobus violasse il XIV Emendamento**.

La Corte, dopo aver statuito sulla propria giurisdizione e competenza, esamina le leggi locali ed i precedenti della Corte Suprema sulla segregazione e partendo dai primi casi (come quello dei diritti civili sopra richiamato), tratteggia il mutamento di pensiero della massima istanza giurisdizionale, passando per l’ambito scolastico[45] e concludendo:

*Non possiamo, in coscienza, svolgere il nostro dovere di giudici seguendo ciecamente il precedente di *Plessy v. Ferguson* su citato, quando le nostre riflessioni ci trovano concordi [con la Corte del quarto circuito] per cui la dottrina del separati ma uguali non può più essere tranquillamente seguita come una corretta espressione della legge. Infatti, noi riteniamo che*

Plessy v. Ferguson è stata implicitamente, se non esplicitamente, superata e che, secondo le ultime sentenze, non ci sono ragionevoli elementi per cui la dottrina del separati ma uguali possa essere validamente applicata ai trasporti pubblici nella città di Montgomery e nell'ambito dei suoi poteri di polizia. (...) Riteniamo che le leggi e le ordinanze che prevedono la segregazione delle razze bianche e di colore sugli autobus delle linee di trasporti pubblici nella città di Montgomery ed i suoi poteri di polizia violino le clausole di due process e di equal protection of the law previste dal quattordicesimo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti.

Dunque la questione non riguarda più il diritto dei trasporti o il commercio interstatale bensì, com'è giusto che sia, la dignità e l'uguaglianza della persona umana.

Il dissenziente J. Lynne, invece, ritenne che la giurisprudenza di *Plessy* fosse ancora valida[46].

I convenuti, rappresentanti degli enti locali, ricorsero alla Corte Suprema, che *per curiam*[47] la confermò[48], ordinando allo Stato dell'Alabama ed alla città di Montgomery di porre fine alla segregazione sugli autobus[49].

5. Conclusioni

Come già si avvisava in apertura, sarebbe a dir poco ingenuo pensare che la questione razziale venne completamente risolta con un mutamento giurisprudenziale. Si pose anzi il problema dell'esecuzione delle leggi e delle sentenze che mano a mano smantellavano l'apparato segregazionista negli Stati Uniti. Nuove leggi sui diritti civili furono promulgate[50], ma il problema dell'integrazione ancora permaneva; si potrebbe forse dire che il problema permane tuttora in una società – non solo statunitense ma anche europea (e a maggior ragione italiana) – necessariamente multiculturale alla luce del progresso dei mezzi di comunicazione e delle spinte verso “i nord” del pianeta.

Nel 2009 i discendenti di *Plessy* e *Ferguson* scoprirono una targa posta nel luogo dove Homer *Plessy* era salito sul treno[51], mentre tre anni dopo sul bus n. 2857 di Montgomery[52], sul posto che Rosa Parks aveva occupato prima di essere arrestata si sedette il 44° Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama.

Note e riferimenti bibliografici.

[1] Pubblicato in questa *Rivista* il 10/08/2016.

[2] In particolare la celebre sentenza della Corte Suprema federale *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), di cui da poco è trascorso il centocinquantenario. Il testo

integrale della sentenza è reperibile al sito supreme.justia.com.

[3] V. R. Mitchell, *The American civil war, 1861 - 1865*, 2001, trad. it. a cura di L. Pece, *La guerra civile americana*, Bologna, 2003. Si rimanda all'opera citata anche per la genesi del conflitto, il suo sviluppo e per i riferimenti bibliografici in materia.

[4] Rispettivamente ratificati nel 1865, nel 1868 e nel 1870. Di seguito il testo delle norme per quanto di interesse.

XIII “*La schiavitù o altra forma di costrizione personale non potranno essere ammesse negli Stati Uniti, o in alcun luogo soggetto alla loro giurisdizione, se non come punizione di un reato per il quale l'imputato sia stato dichiarato colpevole con la dovuta procedura. (...)*”.

XIV “*Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro sovranità sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato potrà in essere o darà esecuzione a leggi che disconoscano i privilegi o le immunità di cui godono i cittadini degli Stati Uniti in quanto tali; e nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza due process of law, né rifiuterà ad alcuno, nell'ambito della sua sovranità, la equal protection of the laws. (...)*”.

XV “*Il diritto di voto dei cittadini degli Stati Uniti non potrà essere negato né misconosciuto dagli Stati Uniti, né da alcuno Stato, per ragioni di razza, colore o precedente condizione di schiavitù. (...)*”.

[5] Sul piano politico-militare si vedano i termini della resa dell'Armata della Virginia del Nord (comandata dal famoso generale R.E. Lee), stipulata ad Appomattox il 9 aprile 1865, che consentivano ai soldati confederati di poter conservare i propri cavalli e i muli (per poter riprendere la coltivazione e il commercio) e tornare liberi nei propri Stati senza essere perseguiti dagli Stati Uniti fintanto che avessero rispettato la promessa di non riprendere le armi; mentre sotto l'aspetto del cerimoniale militare si veda anche la decisione del generale J.L. Chamberlain, il giorno seguente, di rendere gli onori militari al passaggio dei “sudisti” che sfilavano per deporre armi e bandiere.

[6] “*Gli Stati Uniti garantiranno a ogni Stato dell'Unione una forma repubblicana di governo (...)*”.

[7] Cfr. R. Mitchell, *op. cit.*, p. 129 ss., in particolare p. 133 e 134.

[8] Di contro cfr. l'art. 3 Cost. italiana che prevede non solo l'uguaglianza formale (al co. 1) ma anche (e soprattutto) quella sostanziale (co. 2) onerando la Repubblica (non solo lo Stato o “il pubblico” *latu sensu* ma anche i privati, cfr. art. 118 Cost. n.f.) a rimuovere gli ostacoli che limitano “di fatto” l'uguaglianza dei consociati.

[9] Con l'avverbio utilizzato ci si riferisce, naturalmente, alla veste formale dei provvedimenti e non al loro effettivo, *sostanziale* contenuto.

[10] Jim Crow era un personaggio delle ballate dei menestrelli (cd. *coon songs*) che raffigurava una persona di colore goffa e impacciata.

[11] Gli ex schiavi costituivano la maggioranza della popolazione in Mississippi e nella Carolina del Sud, mentre erano alla pari con i “bianchi” in Louisiana ed in generale rappresentavano circa il 40% della popolazione in quattro altri Stati ex confederati.

[12] In forza del cd. Compromesso nazionale del 1877 che prevedeva il ritiro delle truppe

da tutti gli Stati ex confederati, la presenza di un democratico del Sud nel gabinetto Hayes, la costruzione di una ferrovia dal Texas all'oceano Pacifico, l'aiuto all'industrializzazione ed al risanamento economico del Sud, ma soprattutto l'astensione da parte del "Nord" dalla questione razziale.

[13] Il diritto di voto era cioè concesso a chi pagasse più di una certa somma (cfr. art. 33, n. 21 St. Albertino, art. 5, l. 30.06.1912, n. 666 – legge elettorale del 1912, ma v. ora art. 48 Cost.). Tra gli Stati che inserirono questa clausola furono Florida, Alabama, Tennessee, Arkansas, Louisiana, Mississippi, Georgia e il Texas.

[14] Consentiva l'esercizio del diritto di voto a chi avesse sufficiente cultura, va però ricordato come gli ex schiavi fossero esclusi dall'istruzione pubblica.

[15] Per consentire ai "bianchi" privi della necessaria cultura di votare, fu concesso loro il diritto di voto se il nonno (o il padre) avesse goduto dell'elettorato attivo prima dell'1.01.1867. A quell'epoca la maggior parte degli afroamericani si trovava ancora in condizione servile e comunque impossibilitata a votare prima del XV Emendamento (1870).

[16] Gli *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873), comprendono varie cause che riguardavano la legislazione della Louisiana in materia di mattatoi. Queste attività producevano una massa ingente di scarti di lavorazione che finiva nell'acquedotto di New Orleans, con risultati facilmente immaginabili. I mattatoi furono centralizzati e inclusi in una *corporation*. Alcuni macellai si schierarono contro questo provvedimento sostenendo che ledesse la libertà di commercio e la concorrenza. La Corte Suprema, a stretta maggioranza (5-4), ritenne che il XIV Emendamento proteggesse i privilegi e le immunità dei cittadini degli Stati Uniti e non quelli dei singoli Stati.

[17] I *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), indicano un gruppo di cinque sentenze decise dalla Corte Suprema sulla legge sui diritti civili del 1875 che bandiva la discriminazione razziale nell'accesso a tutti i servizi offerti al pubblico (quindi ad es. l'ammissione ai teatri, locali pubblici ecc.). I ricorrenti, tutti afro-americani, avevano citato in giudizio vari soggetti privati (compagnie di trasporto pubblico, albergatori, osti) che avevano loro rifiutato l'accesso. La Corte Suprema, a larga maggioranza (8-1) ritenne la legge del 1875 incostituzionale perché il Congresso non aveva i poteri per regolare gli affari privati, mentre il XIII Em. si limitava ad abolire la schiavitù. In sostanza, secondo la maggioranza della Corte, le predette norme costituzionali (XIII e XIV Em.) si applicavano solo agli Stati Uniti e non ai privati che quindi erano liberi di rifiutare l'accesso ai cittadini afroamericani. *Justice Harlan*, che ritroveremo più avanti, nella sua opinione dissenziente sostiene che "*né lo Stato, né i pubblici ufficiali di alcuno Stato, né alcuna corporation o singola persona (...) possono (...) discriminare (...) in base alla razza (...)*".

[18] 1890 La. Acts 152. È appena il caso di ricordare che la Louisiana fu un possedimento francese fino alla cessione agli Stati Uniti nel 1803-1804. Proprio nella Louisiana venne emanato nel 1724 un *code noir*, ossia un testo legislativo sugli schiavi, a sua volta ispirato a quello per le Antille francesi del 1685.

[19] Da tale testo legislativo nasce, per l'appunto, l'espressione "separati ma uguali", che pone però l'accento sulla separazione piuttosto che sull'uguaglianza.

[20] Trad. a cura dell'autore.

[21] Il comitato era composto da cittadini di New Orleans di varia provenienza ed estrazione sociale.

[22] Il biglietto ferroviario, infatti, copriva una tratta interstatale e quindi rendeva inapplicabile la legislazione della Louisiana, in base al principio federale di libertà di commercio (art. 1, sez. 8 Cost. USA), v. *Hall v. De Cuir*, 45 La. Ann. 80; 95 U.S. 485 (1877), ma rimaneva intatto il potere degli Stati di regolare i trasporti ed i traffici commerciali all'interno del proprio territorio.

[23] Nel giornale che dava notizia della vicenda il nome viene indicato come Adolph, che era in realtà il nome del padre.

[24] Dal lato paterno Plessy aveva evidenti origini francesi. Suo nonno, originario di Bordeaux, era giunto in Louisiana da Santo Domingo dopo l'insurrezione di L'Overture ed aveva sposato una donna libera "di colore". Homer Plessy nacque nel pieno della guerra civile il 17 marzo del 1862, dopo la vicenda giudiziaria che lo vide protagonista ritornò nell'anonimato e si spense il 1° marzo del 1925.

[25] Il comitato, in particolare con l'assistenza legale di Albion Winegar Tourgée, aveva previsto la presenza di una persona con poteri di arresto per evitare che Plessy fosse accusato di altri reati, come ad es. il vagabondaggio e non di violazione della legge 111. La compagnia ferroviaria collaborò perché riteneva che la legge imponesse costi ulteriori e non necessari per acquistare un numero maggiore di vagoni ferroviari.

[26] *Ex parte Plessy*, 45 La. Ann. 80; 11 So. 948 (La. 1892) dell'1.01.1893. *Justice Fenner* citò anche dei precedenti di Corti del nord degli Stati Uniti come il Massachusetts e la Pennsylvania che ammettevano la segregazione razziale rispettivamente nelle scuole e sui mezzi di trasporto. Secondo la prima corte, anche ammesso che sussista un pregiudizio causato dalla segregazione razziale questo non è stato creato dalla legge e non può essere modificato dalla legge, mentre per i secondi la separazione altro non è che l'attuazione "dell'ordine della Divina Provvidenza (sic) che l'uomo non consenta a razze così diverse di mescolarsi". Cfr. L.V. Tischauer, *Jim Crow laws*, Santa Barbara (Cal.), 2012, p. 30. In generale v. C.A. Lofgren, *The Plessy Case: a legal-historical interpretation*, New York, 1987. La sentenza della Corte Suprema della Louisiana è consultabile in lingua inglese al sito ravellaw.com.

[27] Tacendo la circostanza che di fatto le condizioni dei locali, delle carrozze ed in generale dei luoghi non fossero uguali quanto a spazi, pulizia e finanche igiene.

[28] Certo oggi si potrebbe muovere ad una simile considerazione una semplice, e schiacciante, obiezione, vale a dire che, a ben riflettere, l'oggetto del processo non è il diritto dei trasporti in sé per sé, bensì il pieno esplicarsi della personalità umana sulla base del principio di uguaglianza formale e sostanziale (ancora una volta v. artt. 2, 3, 16, 22 Cost. it.).

[29] *Homer A. Plessy v. John H. Ferguson (Plessy v. Ferguson)*, 163 U.S. 537 (1896), *docket n. 210*, il testo della sentenza è disponibile in lingua inglese al sito supreme.justia.com.

[30] Ricordiamo che, purtroppo, una simile imposizione per i cittadini di religione ebraica venne prevista a seguito dalle leggi razziali in Germania.

[31] *Justice Brewer* non prese parte né alla discussione, né alla decisione per gravi motivi familiari.

[32] Tra questi anche *Justice White*, originario della Louisiana, che votò con la maggioranza. In seguito White sarebbe diventato, nel 1910, il nono *Chief Justice* degli

Stati Uniti.

[33] *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880). In tale vicenda fu deciso che la legge statale che consentiva ai soli uomini bianchi, cittadini dello Stato e maggiorenni, di sedere come giurati si risolvesse in una discriminazione che implicava una inferiorità nella società civile e ledeva le garanzie delle persone “di colore” (diritto alla “giuria di pari”, VI Em.).

[34] V. L. Paddock, *Harlan, John Marshall* (voce), in *American National Biography Online*, 2000.

[35] Harlan ha avuto ragione. La sentenza *Plessy* è effettivamente tra le più disastrose della Corte Suprema federale. Secondo il sito blogs.findlaw.com si trova al 4° posto su tredici, mentre per il sito mic.com è al 2° posto su sei (dopo *Dred Scott*).

[36] Tuttavia, pur nella sua promozione dei diritti civili, *Justice Harlan*, incidentalmente, dichiara che “*esiste una razza così differente dalla nostra cui non permettiamo di diventare cittadini degli Stati Uniti. Le persone che appartengono (a quella razza) sono, salvo poche eccezioni, assolutamente escluse dal nostro paese. Alludo ai cinesi*”.

[37] Gli afroamericani venivano fatti salire da un’apposita porta collocata sul retro, mentre – naturalmente – l’autista si trovava davanti. Nel tempo necessario per acquistare il biglietto, scendere e risalire, accadeva sovente che il pullman ripartisse.

[38] Nata Rosa Louise McCauley (4.01.1913 – 24.10.2005), Rosa Parks è stata un’importante figura nel movimento che propugnava l’uguaglianza degli afroamericani con gli altri cittadini degli Stati Uniti.

[39] Secondo la sez. 11 del cap. 6, ogni dipendente della compagnia di trasporto operante in città aveva i poteri identici a quelli di un agente di polizia durante la guida dell’autobus per attuare la separazione prevista dalla sezione precedente ed il passeggero era obbligato a sedere nella zona riservata alla propria razza. Già in alcuni casi precedenti gli afroamericani che si erano rifiutati di cedere il posto, ovvero di spostarsi, vennero arrestati.

[40] La donna fu rilasciata la sera stessa su cauzione.

[41] Per più di un anno, 381 giorni per l’esattezza, gli afroamericani boicottarono la compagnia di trasporto pubblico locale di Montgomery. Alla protesta partecipò anche Martin Luther King.

[42] *Morgan v. Virginia*, 328 U.S. 373 (1946). Anche in tal caso fu invocata la clausola di libertà di commercio, come accadde nella già citata *Hall v. De Cuir*, ma non il XIV Emendamento.

[43] *Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707 (1956), del 5.06.1956 disponibile in lingua inglese su [google scholar](http://google.scholar).

[44] Tanto in forza di una legge del 1871 (17 Stat. 13), formalmente intitolata “*Legge per l’attuazione del XIV Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti e per altri scopi*”, meglio conosciuta come Legge dei diritti civili del 1871. La norma fu poi recepita nella raccolta ufficiale delle leggi federali (noto come U.S. Code o USC) che al § 1983 del titolo 42° prevede una specifica azione contro la discriminazione causata dalla violazione o privazione dei diritti, privilegi ed immunità previsti dalla Costituzione e dalla leggi (cfr. con l’azione contro la discriminazione di cui agli artt. 43 e 44 d.lgs. 25.07.1998 n. 286 – T.U. immigrazione, che prevede anche il ricorso all’autorità giudiziaria “*Quando il*

comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi (...) per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione” con possibilità anche di condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali).

[45] Citando la celebre *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). La Corte Suprema decise, all’unanimità, che la separazione delle classi violava il XIV Emendamento dacché separare gli studenti in base al colore delle pelle era intrinsecamente diseguale. Lo stesso giorno fu decisa una vicenda analoga *Bolling v. Sharpe*, 349 U.S. 497 (1954), che riguardava direttamente il Governo federale.

[46] Lynne motivò il suo dissenso, ritenendo che dovesse essere la Corte Suprema federale e non un giudice inferiore a dover espressamente superare *Plessy*. Secondo *Justice Lynn* anche nel già citato caso *Brown* la Corte Suprema aveva affermato che vi era ancora spazio per una simile dottrina, “*anche se le sue applicazioni sono sempre costituzionalmente sospette*”. Nell’impostazione del dissenso sembra emergere una titubanza verso una giurisprudenza, che con termini moderni chiameremmo “creativa”, che si sostituisce al legislatore ovvero al vertice giurisdizionale. Tanto, sempre per usare le espressioni del giudice Lynn, “*non per un cieco rispetto (della) regola dello stare decisis*” (del precedente vincolante) quanto piuttosto in favore di una stabilità delle leggi.

[47] L’espressione indica che la decisione viene presa collettivamente dalla Corte e non è espressione di un’*opinion* cui gli altri giudici aderiscono (o da cui dissentono).

[48] *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956) e 352 U.S. 950 (1956) per il rigetto dell’istanza di nuova udienza.

[49] Di fatto la segregazione ebbe termine il 20 dicembre, solo dopo la notifica della sentenza al sindaco di Montgomery.

[50] Ci si riferisce ai *Civil Rights Act* del 1957 e del 1964.

[51] Gli stessi discendenti hanno creato una fondazione, con lo scopo di diffondere la conoscenza della storia dei diritti civili, dal significativo nome “*Plessy and Ferguson*” (con la congiunzione “*and*” “e” al posto di “*v.*” “contro”).

[52] Conservato al Museo Henry Ford a Dearborn (MI).

DISCIPLINA E NATURA GIURIDICA DELLA COMUNIONE DE RESIDUO

Finalizzata a contemperare le ragioni della comunione legale con l'esigenza di preservare una sfera di autonomia e indipendenza per i coniugi, la cd. comunione de residuo conserva ancora quel carattere di efficacia a tutela del singolo coniuge?

Giusy Tuzza - Pubblicazione, mercoledì 20 settembre 2017
Redattore: **Giuseppe Ferlisi**

Sommario. 1. La comunione legale; 1.1. Il regime transitorio ex art. 228 L. 151/1975; 1.2. Disciplina della comunione legale; 2. La comunione de residuo; 2.1. Nozione e ratio; 3. Natura della comunione de residuo; 3.1. Il problema dell'onere della prova; 4 Conclusioni.

1. La comunione legale.

In sede di riforma del diritto di famiglia, avvenuta con la nota Legge n. 151/1975, si è optato per la **comunione legale** quale regime patrimoniale della famiglia, al fine di realizzare un modello familiare che valorizzasse la comunità di vita tra i coniugi, anche sotto il profilo patrimoniale. Secondo la dottrina maggioritaria, la ratio di tale scelta (concretizzatasi negli artt. 177, 178 e 179 c.c.) consiste nel ritenere, in astratto, un modello rispondente al *principio di solidarietà ed uguaglianza nel matrimonio* (1). Il fondamento razionale delle norme in esame deve quindi essere ricercato nell'opportunità di equiparare e riequilibrare le risorse economiche dei coniugi, indipendentemente dal fatto che ciascuno di essi impieghi le proprie energie lavorative all'esterno o all'interno della famiglia, sul presupposto che entrambi abbiano contribuito, seppure eventualmente in modo indiretto, al raggiungimento del risultato (2).

È pur vero che nulla impedisce ai coniugi di prediligere un diverso regime, qualora lo ritenessero più conforme alla propria situazione (3). Dalla lettura dell'art. 177 c.c. emerge chiaramente che diventano immediatamente comuni i beni acquistati, anche singolarmente da ciascuno dei coniugi, dopo il matrimonio, mentre restano personali i beni di cui ciascun coniuge era già proprietario prima del matrimonio. L'acquisto di un bene da parte di un coniuge durante il matrimonio determina quindi la **contitolarità del bene stesso da parte di entrambi gli sposi**. Il bene acquistato cade perciò in **comunione immediata**.

In ciò sta la natura della comunione legale, che a detta di dottrina e giurisprudenza (*tra le altre Cass. Civile S.U. sentenza n. 17952/2007*) è più corretto descrivere il rapporto fra i coniugi e la proprietà del bene comune come **proprietà solidale**, nel senso che **ciascuno dei coniugi si considera titolare di diritti ed obblighi per intero e non solo nei limiti di una quota**. La legge, in tal modo, determina una modifica dei normali effetti degli atti posti in essere dal coniuge che vive in regime di comunione legale: gli acquisti da lui compiuti producono automaticamente ed i loro effetti anche nella sfera giuridica dell'altro coniuge. Ne consegue che il coniuge dell'acquirente **non è litisconsorte necessario** nelle azioni relative al contratto di compravendita, poiché egli rimane estraneo all'atto pur partecipando agli effetti, mentre **è litisconsorte necessario** nelle controversie in cui si chiede al giudice una pronuncia che incida direttamente e immediatamente sul diritto acquistato (4). Peraltro **non sussiste un diritto di prelazione** a favore dei coeredi nel caso in cui uno di essi alieni la propria quota ad un altro coerede coniugato in regime di comunione dei beni (5).

1.1. Il regime transitorio ex art. 228 L. 151/1975.

Un breve approfondimento può riguardare la complessa questione attinente l'interpretazione dell'art. 228 della legge di riforma del diritto di famiglia, soprattutto per i risvolti pratici che la stessa comporta. In particolare ci si chiede se il regime di comunione operi *ex tunc* dall'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia, ma sia retroattivamente risolvibile in conseguenza della dichiarazione intervenuta prima della scadenza del termine previsto dall'art. 228 c.c.; oppure se il regime di comunione si instauri con efficacia retroattiva solo a partire dal giorno successivo alla scadenza del termine, purché sia intervenuta la dichiarazione. Nel primo caso la dichiarazione avrebbe efficacia di **condizione risolutiva della condizione** (e l'acquisto intervenuto nel periodo intermedio richiederebbe l'intervento di entrambi i coniugi), nell'altro **condizione sospensiva** (l'atto compiuto dall'altro coniugi sarebbe valido ed efficace anche senza il consenso dell'altro).

Ad una prima interpretazione nel senso che l'eventuale dichiarazione unilaterale di rifiuto verrebbe a determinarsi quale condizione risolutiva *ex tunc* della comunione tra i coniugi, si contrappone l'orientamento prevalente per cui ai coniugi già sposati prima del 1975 si continua ad applicare il regime di separazione dei beni fino a tutto il 15 gennaio 1978. Dopo di che il regime di comunione legale si applica solo se si sia verificato il meccanismo sospensivo negativo, ossia determinato dall'omessa dichiarazione di rifiuto

(6).

1.2. Disciplina della comunione legale.

Brevemente e per completezza è necessario identificare i caratteri della comunione legale. Innanzitutto basta dire che essa ha un carattere non universale, sia perché non si estende agli acquisti anteriori al matrimonio sia perché lascia ciascuno dei coniugi titolare di beni essenziali per garantirgli una sfera di libertà in campo professionale e personale ex art. 210 comma 3 c.c. La disciplina della comunione legale, peraltro, differisce da quella della comunione ordinaria trattandosi di **comunione senza quote** e giustificata dalla diversità di regime (7). Controverso, poi, è il concetto di *acquisti* destinati ad entrare nella sfera della comunione legale. La giurisprudenza tende ad escludere gli acquisti **a titolo originario**, in particolare quelli per accessione (la costruzione sul suolo del solo coniuge è bene personale) (8), mentre per i soli casi di **usucapione** si deve guardare alla maturazione del termine legale d'ininterrotto possesso. Ancora sarebbero esclusi dalla comunione i **diritti di credito**, anche se nascenti da un contratto preliminare stipulato da uno solo dei coniugi, poiché relativi e personali e, dunque, insuscettibili di essere qualificati come beni in senso proprio, posto che la comunione deve avere ad oggetto l'acquisizione di un bene ai sensi degli artt. 810,812 e 813 c.c. (9). Infine sono senz'altro favorevoli all'inclusione, nella comunione immediata, **delle partecipazioni sociali** sia Cass. Civ. n. 9355/1997 che Cass. Civ. n. 2569/2009, in forza della prevalenza del carattere di investimento patrimoniale di tal operazioni.

L'amministrazione dei beni in comunione (da cui sono esclusi i beni ex art. 179 c.c.) spetta inderogabilmente ai coniugi disgiuntamente, per gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli di straordinaria amministrazione spetta ai coniugi congiuntamente e l'eventuale dissenso di uno dei due può essere superato con un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Lo **scioglimento** della comunione è determinato da eventi che comportano *il venir meno della comunione di vita* (morte, annullamento matrimonio, divorzio, ecc.) oltre che dal *mutamento convenzionale* del regime patrimoniale e dal fallimento di uno dei coniugi. Ne deriva una comunione legale sui beni oggetto della comunione legale e, se il matrimonio persiste, si avrà separazione dei beni e, qualora i coniugi o voglia, la divisione dei beni ex art. 194 comma 1 c.c.

2. La comunione de residuo.

Dalla comunione immediata restano esclusi i **frutti** dei beni propri e i **proventi** dell'attività separata ai sensi dell'art. 177 lett. b) e c). Questi beni è noto che rientrano in comunione solo al momento del suo scioglimento ed esclusivamente in quanto ancora non consumati. In questi casi si parla di **comunione de residuo**, laddove l'opinione prevalente ritiene che il coniuge che percepisce tali frutti e proventi possa utilizzarli e consumarli a suo piacimento, una volta assolto il proprio dovere di contribuzione, fermo restando che gli acquisti effettuati con essi cadono in regime di comunione legale. È evidente che dalla comunione attuale dei beni acquistati da un coniuge durante il matrimonio va, dunque, distinta la comunione differita dei frutti dei beni personali e dei proventi dell'attività separata di ciascun coniuge, cioè dei redditi prodotti dal coniuge nell'esercizio della sua attività lavorativa. La **coesistenza nel nostro ordinamento della comunione differita a fianco della comunione immediata** costituisce un tratto di originalità del sistema italiano nel panorama europeo. Pertanto rientrano nella comunione de residuo per esempio i **canoni** di locazione dei beni personali, i **dividendi delle azioni** personali di un coniuge, **lo stipendio**, **le parcelle professionali**, gli **utili netti** dell'esercizio di una impresa, i frutti dell'utilizzazione di un diritto d'autore o di opere dell'ingegno, i **frutti civili** che non siano ancora stati percepiti sebbene siano già maturati al momento dello scioglimento della comunione.

2.1. Nozione e ratio.

Appare chiaro che il termine comunione *de residuo* indica quella **comunione meramente residuale e differita che viene a formarsi all'atto stesso dello scioglimento del regime legale**, a condizione che i beni che ne costituiscono l'oggetto non siano stati consumati prima di tale momento, secondo quanto stabilito dagli artt. 177, lett. b) e c), nonché 178 c.c. (10). La dottrina individua una duplice *ratio* dell'istituto (11) per ciò che attiene alle ipotesi descritte dall'art. 177 c.c. quella di reperire un compromesso tra il principio solidaristico che dovrebbe informare la vita coniugale (art. 29 Cost.), da un lato, e la tutela della proprietà privata e della remunerazione del lavoro, dall'altro (artt. 35, 41, 42 Cost.); rispetto all'art. 178 c.c., invece, vengono in rilievo anche motivi di opportunità, che hanno suggerito la soluzione di non coinvolgere il coniuge non imprenditore nella posizione di responsabilità illimitata dell'altro, e di garantire a quest'ultimo la piena libertà d'azione nell'esercizio della sua attività d'impresa. E discussioni in dottrina a proposito della ratio della comunione de residuo data dalla legge di riforma sono state tante: da quella che punta sulla remunerazione del lavoro femminile, alla tesi per cui il regime della comunione

mirerebbe all'attuazione del principio di parità tra coniugi stabilito dall'art. 29 Cost. Di contro si può però osservare che, se tale asserzione fosse vera, si dovrebbe ritenere incostituzionale il sistema di separazione dei beni. La tesi maggioritaria, invece, si è concentrata sulla constatazione per cui la *ratio* della scelta legislativa va individuata nella **volontà di parificare la partecipazione dei coniugi alle ricchezze** conseguite *post nuptias*, agli incrementi patrimoniali realizzati durante la vita matrimoniale, la cui attribuzione "al solo coniuge che ne abbia procurato l'acquisto significherebbe (...) ignorare il contributo, diretto o indiretto, materiale o morale, che l'altro coniuge di solito (...) ha prestato alle fortune familiari, con propri sacrifici o rinunce, incentivando il risparmio comune, sostenendo, anche psicologicamente, l'attività del *partner*" (12). Questa impostazione sembra essere condivisa pure dalla Suprema Corte, a detta della quale, con una delle tante sentenze (13) pronunciate a favore della definitiva sepoltura della *presunzione muciana*, prescrive che il regime legale è "finalizzato al raggiungimento di un'eguaglianza economica dei coniugi con riferimento agli acquisti durante il matrimonio (sul presupposto legale di un eguale contributo, anche economico, di entrambi i coniugi alla realizzazione di essi) e proprio per questa ragione non si concilia con la disposizione dell'art. 70 della legge fallimentare, se si riflette che la presunzione dell'appartenenza del denaro al coniuge imprenditore è combattuta e vinta dal principio giuridico dell'attribuzione degli acquisti stessi ad entrambi i coniugi, a prescindere dall'accertamento della provenienza del denaro, anzi sulla opposta presunzione che il prezzo sia la risultante di un eguale apporto dei coniugi".

3. Natura della comunione de residuo.

I beni in comunione *de residuo* non possano considerarsi comuni, almeno fin tanto che non sia intervenuta una causa di scioglimento del regime legale. Più che di beni personali (ed anche per evitare confusioni con il catalogo *ex art. 179 c.c.*) si preferisce parlare, infatti, in tal caso di **beni propri**, di esclusiva titolarità del coniuge percettore. L'impiego dell'aggettivo "propri" è anche suggerito dal particolare regime giuridico cui i medesimi sono sottoposti, atteso che, in relazione ad essi, **non è consentito applicare il fenomeno della surrogazione** descritto nella lett. f) dell'art. 179 c.c. A tale conclusione perviene non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza di legittimità (14). In particolare la Cassazione nel 2003 ha apportato delle modifiche argomentative pur ribadendo la differenza tra comunione immediata e comunione *de residuo*, ma nel senso che i beni oggetto di quest'ultima rimangono *propri* del coniuge titolare sino al momento dello scioglimento, momento nel quale **entreranno a far parte di una situazione di**

contitolarità, che costituisce il presupposto della divisione in parti uguali. Se è vero, infatti, che i beni in comunione de residuo sono e continuano ad essere propri sino al momento dello scioglimento, ne deriva che essi sono aggredibili alla stregua di beni personali da parte dei creditori personali del coniuge. Un esempio significativo è costituito da una ormai remota sentenza di legittimità, riferita ad un bene in comunione de residuo ex art. 178 c.c., che la Corte ritenne liberamente aggredibile per intero dai creditori personali del coniuge acquirente, i quali avevano dedotto e dimostrato che il bene medesimo, sebbene acquistato in costanza di regime legale, era stato effettivamente e concretamente destinato all'esercizio dell'impresa gestita dal solo coniuge acquirente e costituita dopo il matrimonio. Successivamente con la pronuncia n. 7060/2004 i giuridici di legittimità hanno previsto : *“è noto che, in regime di comunione legale, tutti i beni che vengano acquistati da uno dei coniugi e siano destinati all'esercizio di un'impresa costituita dopo il matrimonio fanno parte della comunione medesima solo de residuo (art. 178 c.c.), cioè, se e nei limiti in cui sussistano al momento dello scioglimento di quest'ultima. Alla luce di tale principio, questa Corte ha già avuto occasione di chiarire che i beni acquistati e destinati all'esercizio dell'impresa sono, prima dello scioglimento della comunione, aggredibili per intero dai creditori del coniuge acquirente (Cass. 29 novembre 1986, n. 7060; Cass. 21 maggio 1997, n. 4533) per cui la conseguenza logica di ciò è che, qualora intervenga, come nel caso di specie, il fallimento del coniuge proprietario dei beni, la garanzia dei creditori necessariamente permane per l'intero su questi ultimi non essendo ipotizzabile che con la dichiarazione di fallimento la garanzia stessa possa ridursi (Cass. 2680/00)”*.

Proseguendo nell'analisi della questione in oggetto è stata recentemente proposta una differente lettura dell'espressione *non consumati* riferita ai frutti e ai proventi di ciascun coniuge. Secondo questa tesi il reddito (sia esso costituito dai frutti di un bene o dai proventi dell'attività lavorativa) viene consumato se non si traduce in un incremento del valore del patrimonio del soggetto che lo percepisce. Ricostruita in questo modo la nozione di consumo viene proposta una nuova interpretazione dell'art. 177, lett. b) e c): l'incremento del Patrimonio di ciascun coniuge derivante dai frutti dei beni personali e dai proventi della sua attività separata è oggetto di comunione differita, e quindi deve essere diviso al momento dello scioglimento della comunione. Oggetto di comunione differita sarebbe perciò **l'intero incremento patrimoniale conseguente alla percezione di un reddito**, valutato al momento dello scioglimento della comunione. Una parte della dottrina ritiene peraltro che la libertà di disporre da parte di ciascun coniuge dei frutti e dei proventi da lui percepiti durante il matrimonio trovi un limite nel principio generale

di buona fede: il consumo fraudolento dei frutti e dei proventi obbliga a risarcire all'altro coniuge i danni conseguenti. Con questo problema è connesso quello relativo **all'onere della prova** che il reddito non sia stato consumato al momento dello scioglimento della comunione. La dottrina prevalente ritiene che colui che afferma, al momento dello scioglimento della comunione, il diritto ad ottenere la metà dei frutti e dei proventi deve **provare che essi sono stati percepiti e che non sono stati consumati** (15).

3.1. Il problema dell'onere della prova.

Sono più che evidenti le difficoltà probatorie cui va incontro il coniuge creditore, su cui, come attore, ricade, in base agli ordinari criteri fissati dall'art. 2697 c.c., l'onere di dimostrare non solo la percezione da parte dell'altro di frutti e proventi, bensì anche di provare che tali somme si trovavano ancora nel patrimonio del percipiente al momento della cessazione della comunione. Bisogna, dunque, previamente distinguere la **prova della sottrazione con quella della consumazione**, specie quando la sottrazione avvenga improvvisamente, investa magari somme rilevanti e sia effettuata nel corso della crisi coniugale o, addirittura, nell'imminenza del momento di cessazione del regime legale. In tali circostanze sarà infatti più che ragionevole presumere, salvo prova contraria, che il **denaro sottratto non sia stato consumato**, ma sia, tutto al contrario, al sicuro difficilmente reperibile anche da parte del più astuto investigatore privato.

Data questa premessa ritorniamo alla questione probatoria. Con una prima decisione (**Cass. Civ. n. 8865/1996, e poi ribadita da Cass. Civ. n. 14897/2000**) la S.C. aveva ritenuto che grava sul titolare dell'attività l'onere di provare che essi sono stati consumati o per il soddisfacimento di bisogni della famiglia o per investimenti caduti in comunione. In tal modo si era compiuto un notevole sforzo per venire incontro alle esigenze del coniuge del soggetto percettore delle utilità in discorso, costretto a fornire una *probatio quasi diabolica*. Tuttavia questo orientamento non è esente da critiche, poiché onera il coniuge che presta la propria opera al di fuori delle mura domestiche di un puntuale rendimento dei conti circa il modo con cui ha impiegato i proventi della propria attività (e quindi anche di una contabilità gravosissima, atteso che la prescrizione in materia comincia a decorrere solo dal passaggio in giudicato della sentenza che ha pronunciato la separazione dei coniugi.

Più convincente la sentenza **Cass. Civ. n. 2597/2006** secondo la quale la **prova liberatoria dovrebbe necessariamente consistere nel fatto che i beni oggetto della comunione *de residuo* sono stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della**

famiglia o per investimenti già caduti in comunione. L'esistenza di un diritto *ex communiōe de residuo* è legato al solo fatto che determinate utilità siano ancora presenti nel patrimonio di uno dei coniugi, a prescindere nella maniera più assoluta dalle ragioni che ne abbiano determinato l'eventuale sparizione, anche solo un momento prima del verificarsi di uno degli eventi descritti dall'art. 191 c.c.

4. Conclusioni.

Per ciò che attiene all'amministrazione dei beni in comunione *de residuo*, occorre riferirsi al parametro espresso dall'art. 217 c.c. in relazione ai beni dei coniugi in regime di separazione, disposizione riferibile, tra l'altro, anche al patrimonio personale ex art. 179 c.c. Infatti in relazione ai beni in comunione *de residuo*, non ancora individuati e dei quali non è certa la loro stessa venuta ad esistenza, il coniuge non titolare non vanta alcun potere di disposizione o di amministrazione, né gli è riconosciuto il diritto al rendiconto. Questi beni costituiscono una categoria a sé stante e non sarà mai applicabile la disciplina propria dell'amministrazione dei beni della comunione ex art. 180 c.c., perché non esistendo una comunione, all'amministrazione di tali beni si applicheranno le norme di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 217.

Quali rimedi e tutele sono, dunque, previsti a fronte di un comportamento del coniuge tale da pregiudicare le aspettative dell'altro? Secondo costante giurisprudenza:

- (a) l'azione diretta alla separazione giudiziale dei beni ex art. 193 c.c.;
- (b) l'azione diretta al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.;
- (c) l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c.

Eppure tali rimedi sembrano non convincere, posto che gli stessi giudici hanno proclamato il carattere di *semplice aspettativa di fatto* della situazione del coniuge non percettore dei proventi oggetto della comunione de residuo (16). Una qualche forma di tutela del coniuge sarà, invece, assicurabile in presenza di atti (donazioni o contratti di mutuo), con i quali il soggetto titolare di beni soggetti alla comunione de residuo determini simulatamente la fuoriuscita dal proprio patrimonio dei beni medesimi. In tal caso al coniuge leso potrà essere riconosciuta la posizione di terzo, al quale l'ordinamento tutela l'interesse a far prevalere la realtà sull'apparenza, con quanto ne consegue per ciò che attiene alle agevolazioni sul piano probatorio. Il rimedio dell'inefficacia/invalidità non appare invece praticabile nel caso in cui l'atto sia stato posto in essere realmente, anche se con l'esclusivo intento di ledere la posizione del coniuge. Sul tema dell'applicabilità dell'art. 2043 c.c. alla fattispecie in esame (17),

secondo cui la previsione del danno ingiusto quale presupposto per il riconoscimento della tutela risarcitoria postula pur sempre la lesione di un interesse giuridicamente riconosciuto, che nella presente ipotesi si stenta a rinvenire, risultando a tal fine troppo generico il riferimento agli interessi del coniuge, della famiglia o della comunione, contenuto nell'art. 193, cpv., c.c. Né sembra ammissibile, per tale via, invocare la violazione del principio del *neminem laedere*, visto che anche in questo caso si rende necessaria l'individuazione di una situazione soggettiva tutelata in capo a colui che lamenta la lesione rispetto al conseguimento del residuo, laddove il coniuge, nella fase precedente allo scioglimento della comunione, non vanta nessuna situazione giuridicamente protetta, né in termini di diritto relativo né tanto meno in termini di diritto di proprietà.

Si può affermare che, molto probabilmente, una volta soppresso l'unico espresso riferimento del nostro sistema normativo alla figura del coniuge debole, la Corte di legittimità con la citata sentenza del 2006 ritiene di dover rivedere una sua precedente posizione, nata proprio dall'esigenza di tutelare le aspettative della parte che, dovendo risultare avvantaggiata dai conteggi di dare e avere, in relazione a beni in comunione *de residuo*, veda in realtà le proprie aspettative frustrate dal compimento di sottrazioni poste in essere dall'altro coniuge in epoca anteriore a quella in cui viene a cessare il regime legale. L'odierna scelta legislativa, che anticipa lo scioglimento della comunione all'emanazione dei provvedimenti presidenziali, è stata accolta con favore dalla dottrina, poiché risponde all'intento di consentire ai coniugi, ormai non più legati da vincoli di solidarietà, di liberarsi quanto prima del regime legale, compiendo acquisti personali senza dover rendere conto all'altro coniuge ed inoltre risponde all'esigenza di contrastare comportamenti scorretti e fraudolenti da parte dei coniugi nelle more del procedimento di separazione. L'autonomia dei coniugi, che la normativa sulla comunione de residuo mira a salvaguardare, riguarda la gestione, l'utilizzo e lo sfruttamento di detti beni al fine di favorire, come detto, l'autonomia imprenditoriale e l'iniziativa economica individuale di ciascun coniuge. Tuttavia, nel momento in cui tali risorse vengono utilizzate per l'acquisto di un nuovo bene, non vi è ragione per ritenere che non si applichi la regola generale sulla comunione degli acquisti posto che, se il legislatore avesse voluto escludere tale eventualità, avrebbe dovuto e potuto prevedere una norma specifica a tal fine.

Note e riferimenti bibliografici

1. BIANCA, *La comunione legale*, a cura di Bianca, I, 2ss.; BUSNELLI, *R. not.* 76, I, p. 32.

2. SCHLESINGER, *Comm. dir. it. fam.*, III, p.73.
3. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, D. 4a ed., p.33.
4. Cass. Civile n.16559/2013; Cass. Civile n. 26168/2014.
5. AVONDOLA, *Fam., pers. e succ.*, 2006, p.218
6. Cass. Civile n. 2405/1979 in *Vita Notarile*, 1979, p. 1073; GABRIELLI, *sub art. 228*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro –Trabucchi, II, Padova, 1976, p. 20; Cass. Civile S.U. n. 4235/1987, in *Riv.Not.*, 1988, p. 710.
7. Corte Cost. n. 311/1988; Cass. Civile S.U. n. 17952/2007.
8. Cass. Civ. S.U. n. 651/1996; Cass. Civ. n. 2680/2000.
9. Cass. Civ. n. 9513/1991; Cass. Civ. n. 1548/2008; Cass. Civ. n.799/2009.
10. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Milano, 1977, p. 361.
11. RUSSO, *Considerazioni sull'oggetto della comunione*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 11 ss.; SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit. p. 70 ss.; OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile*, commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2005, p. 20 ss.
12. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., 1992, p. 73.
13. Cass. civ. n. 351/1990.
14. RUSSO, op. cit.; Cass. Civ. n. 9355/1997; Cass. Civ. n.13441/2003.
15. RUSSO, op. cit. p. 79 ss.
16. Nel senso dell'aspettativa di diritto v. invece BUSNELLI, *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato*, p. 37.
17. BUSNELLI, *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato*, Id., *Linee di tendenza della dottrina nei primi due anni di applicazione della riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 416 s.

SULLA INAMMISSIBILITÀ STRUTTURALE DELL'ATTO DI APPELLO: UN CAMBIAMENTO DI ROTTA CON LA MOTIVAZIONE?

L'atto d'appello non può essere aspecifico e deve essere come un bisturi che seziona le parti della sentenza da ricostruire. La vecchia e la nuova formulazione dell'art. 342 cpc non mutano sostanzialmente il concetto di motivo di appello. Nota a sentenza della Corte di Appello di Potenza n. 372 del 2016.

Irene Coppola - Pubblicazione, lunedì 25 settembre 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. La sentenza: il fatto; 2. La sentenza: in diritto; 3. Il commento.

1. La sentenza: il fatto

Tizio ha convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Lagonegro, Caio per ottenere la risoluzione del “compromesso di vendita di locale commerciale e depositi” stipulato fra le parti in data 0 gennaio 0000, allegando difformità edilizie da cui sarebbero affetti i locali.

Si è costituito il convenuto Caio che non solo ha contestato la domanda, ma ha agito in via riconvenzionale chiedendo di dichiarare la risoluzione del preliminare e l'incameramento della caparra.

Con la sentenza impugnata, il Tribunale ha rigettato la domanda principale ed accolto la domanda riconvenzionale avanzata dal convenuto, dichiarando per l'effetto *sussistere i presupposti per il recesso e la sussistenza del diritto di Caio al definitivo incameramento della caparra contrattualmente prevista.*

Il Tribunale ha osservato: che i locali siti al piano seminterrato sono stati indicati nel contratto quali “depositi”, di talché *alcuna lagnanza in ordine alla destinazione degli stessi può essere sollevata da parte dell'attore*; che il locale sito al piano terra è risultato conforme alle prescrizioni edilizie; che, quanto alle altezze diverse riscontrate nei locali-deposito, esse rappresentano una parziale *difformità rispetto alla concessione edilizia e che non sussistono gli estremi per una impugnativa del contratto in quanto la*

regolarità urbanistica non è requisito essenziale nei contratti preliminari; che la ingiustificata stipula del contratto definitivo a seguito di formale invito del convenuto rappresenta una ipotesi di inadempimento.

Avverso detta sentenza Tizio ha proposto appello per i seguenti motivi: A) Vizio di motivazione. Afferma l'appellante che il Tribunale, dopo aver riscontrato la difformità relativa all'altezza dei locali adibiti a deposito, ha ritenuto *che esse potrebbero essere anche dovute agli interventi di ristrutturazione posti in essere dall'attore. Viceversa, la prova per testi articolata ha dimostrato quali lavori siano stati eseguiti, per cui non è pensabile che la difformità dell'altezza derivi da intervenuti successivi*; B) Decisione *ultra petitem*: il Giudice riqualifica la domanda riconvenzionale del convenuto asserendone la fondatezza sulla presunzione che il convenuto (che agisce in riconvenzionale per domandare la risoluzione del contratto) in realtà avrebbe voluto chiedere il recesso ex art 1385 c.c. C) Nullità dalla vendita. Afferma l'appellante che *la vendita di un immobile che presenti irregolarità dal punto di vista urbanistico non comporta semplicemente l'inadempimento e dunque la responsabilità del venditore, ma implica la nullità del contratto stesso. Per cui, la difformità di altezza incide in modo rilevante sul contratto perché varia la destinazione d'uso dei locali che, per effetto della mutata altezza, non sono più da considerarsi locali "deposito"*.

Chiede, alla stregua di tanto, la riforma della sentenza impugnata, con conseguente accoglimento della domanda principale e rigetto di quella incidentale. Con ordinanza del 00.00.0000 la Corte di Appello ha fissato per la discussione l'udienza, ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c.

All'udienza 000000, la causa è stata discussa e decisa con lettura contestuale del dispositivo e della motivazione della sentenza.

2. La sentenza: in diritto

L'appello é inammissibile: esso difetta dei requisiti richiesti dalla legge.

Come è noto, l'attuale formulazione dell'art. 342 c.p.c. prescrive che l'appello debba essere motivato.

La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità:

1. L'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal

giudice di primo grado;

2. l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Il previgente art. 342 c.p.c. indicava invece quali elementi necessari dell'atto di appello l'esposizione sommaria dei fatti e i motivi specifici dell'impugnazione.

La norma novellata, lungi dall'escludere la necessità di specifici motivi di appello, malgrado l'eliminazione del precedente espresso riferimento ad essi, pone in stretta relazione le attività previste dai nn. 1 e 2 del secondo comma con l'onere di motivazione previsto dal primo comma.

Nel caso di specie non risulta esserci l'atto di appello redatto conformemente ai dettami inderogabili dell'art. 342 cpc.

Ergo l'appello è inammissibile.

Condanna alle spese ed al doppio del contributo a carico della parte soccombente.

3. Commento

Questa sentenza rappresenta un'applicazione interessante dell'art. 342 c.p.c. nuova formula, perché non si limita a fornire una stringata motivazione sul punto, ma si sofferma sulla **giustizia applicativa della fattispecie per indurre l'operatore a riflettere sul contenuto della norma stessa.**

L'atto di appello viene esaminato, prima di tutto, nella sua corretta impostazione formale, nella sua struttura e, poi, con riferimento alla fondatezza dello stesso.

L'appello è un atto che va sostenuto da motivi. Esso non può e non deve limitarsi a mere deduzioni, magari già ripetute nel corso del giudizio di primo grado; l'atto di appello deve contenere censure alla sentenza di primo grado e le censure formulate, rappresentate da vere e proprie critiche, in punto di fatto e di diritto, alla decisione gravata, vanno esaustivamente motivate [\[1\]](#)

I motivi, difatti, non possono e non devono mancare, altrimenti scatta la sanzione dell'inammissibilità. Motivare, dunque, non significa, come giustamente ed analiticamente sostenuto dalla Corte annotata, svolgere un'attività meramente assertiva, ma occorre uno studio ed una attività che va oltre la mera ed infeconda considerazione

sicché l'appellante, deve:

- a) **indicare** le ragioni per le quali ritiene che debba essere modificata la ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado, sottoponendo una critica sufficientemente specifica le argomentazioni contenute nella sentenza impugnata;
- b) **esporre**, sempre in maniera specifica, le ragioni per cui ritiene un'inesatta ricostruzione della fattispecie sotto il profilo giuridico, indicando le conseguenze che ne derivano ai fini di una decisione.

Sotto il profilo contenutistico, vanno anche rilevate le differenze tra l'atto d'appello "ammissibile" ai sensi del previgente art. 342 c.p.c e quello "ammissibile" ai sensi della stessa norma processuale riformulata.

In ordine all'aspetto in esame la Corte si sofferma ad una vera e propria ricostruzione della fattispecie che merita indubbia attenzione.

Nel regime anteriore, l'appellante, dopo una sommaria ricostruzione dei fatti, poteva limitarsi a esporre una critica sufficientemente specifica all'operato del giudice di prime cure, effettuando un richiamo, anche generico, agli atti del primo grado e alla motivazione della sentenza impugnata.

Spettava poi ai giudice d'appello verificare, leggendo gli atti e le motivazioni della sentenza, la fondatezza delle censure.

Ciò imponeva spesso (ed impone, nelle cause ancora non assoggettate al nuovo rito di appello) una defatigante ricerca, nei verbali e negli atti di causa, delle circostanze in ipotesi non adeguatamente valutate dal giudice di prime cure.

Tale procedimento non è più consentito.

Come si evince dalle relazioni che hanno preceduto l'adozione della novella, lo scopo perseguito è quello di migliorare l'efficienza del sistema delle impugnazioni, con chiaro riferimento al § 520 del codice di procedura civile tedesco.

Il legislatore tedesco, infatti, attesta la **necessità di una motivazione seria e sostitutiva di un punto errato della sentenza appellata**, con sufficiente perentorietà.

E' ora necessario, in altri termini:

- a) indicare i passi della sentenza non condivisi, se non trascrivendoli integralmente, almeno riassumendone in maniera chiara e sufficientemente specifica il contenuto;
- b) esporre i motivi specifici di dissenso, indicando gli errori, anche di diritto, e omissioni

in cui è incorso il giudice di primo grado;

c) esporre, sulla scorta di essi, un “ragionato progetto alternativo di decisione”. [2]

In altre parole, come afferma correttamente la Corte di Appello di Potenza, tenuto anche conto del riferimento dell'art. 342 c.p.c. alla “motivazione”, il nuovo atto di appello assume un aspetto contenutistico assimilabile a quello della sentenza, nel senso che anche per l'appello deve esserci il **requisito dell'autosufficienza**. Ma il contenuto è solo assimilabile a quello di una sentenza.

Difatti la motivazione della sentenza contiene il ragionamento logico giuridico nell'interezza del *casus decisis*; mentre la motivazione nell'atto di appello incide e motiva relativamente alla critica del singolo punto o della singola parte della sentenza da espungere o correggere.

Vero è che in entrambi i casi si parla di autosufficienza. In tal caso l'autosufficienza è **l'assoluta autonomia della motivazione** che, da sola, deve costituire parte del tutto e far intendere appieno, senza possibilità di confusione o di scarsa chiarezza, il ragionamento logico giuridico ed i punti analizzati e risolti in un modo piuttosto che in un altro.

La motivazione è essa stessa decisione; è il *decisus*.

L'autosufficienza deve poter consentire al lettore (anche comune) di comprendere appieno, in modo esaustivo, il contenuto, lo svolgimento e la decisione del processo, senza dover rinviare ad altro ed, in particolare, senza dover rinviare alla lettura di verbali, memorie, documenti per poterne cogliere il senso. **L'autosufficienza distacca la sentenza dal processo conferendole piena autonomia.**

Il requisito della motivazione, nel senso precisato, condiziona l'ammissibilità del gravame, ma non esonera tuttavia il giudice, superato tale vaglio, da una concreta verifica della rispondenza della ricostruzione operata dall'appellante in base a tutti gli elementi di causa (al contrario di ciò che accade nel giudizio di legittimità, in cui la lettura degli atti processuali diversi dalla sentenza impugnata e dal ricorso è consentita solo nel caso in cui siano proposte censure di carattere processuale). [3]

E' il caso di evidenziare che la norma riformata, tesa all'agevolazione e allo sveltimento del lavoro del giudice di appello, si pone in stretta connessione con la previsione del **“filtro in appello” (art. 348 bis c.p.c.)**, istituito a sua volta riconducibile al § 522 del codice di procedura civile tedesco.

Infatti, l'interpretazione dell'art. 348 bis c.p.c., che la Corte ritiene più convincente, identifica la probabile infondatezza dell'appello con la sua palese infondatezza, rilevabile, cioè, ad una prima lettura dell'atto di gravame nell'ambito di fattispecie sostanziali e processuali non particolarmente complesse.

Non è ragionevole, infatti, ipotizzare l'adozione del modello procedimentale, previsto dagli artt. 348 *bis* e segg. c.p.c., che consente inoltre una motivazione semplificata, in casi differenti.

Non a caso, si afferma nella motivazione del testo della novella approvato dalla Camera dei Deputati il 23/7/2012 che l'art. 348 bis c.p.c., traendo spunto dal § 522 del codice di procedura civile tedesco, consente al giudice di vedere agevolato il proprio compito di esame, fugando il rischio di un utilizzo arbitrario del filtro, impedito dalla traccia specifica proposta dall'appellante, su cui necessariamente dovrà tararsi la prognosi di ragionevole probabilità di accoglimento.

In tale contesto, la redazione dell'atto di appello secondo le modalità previste dall'art. 342 c.p.c., permette al giudice di valutare con immediatezza il tipo di procedimento e di provvedimento da adottare (ordinanza di inammissibilità, sentenza - eventualmente ex art. 281 *sexies* c.p.c. - in caso di palese infondatezza dell'appello, rinvio ordinario per la precisazione delle conclusioni nel caso di fattispecie più complesse e con profili sostanziali e processuali di particolare problematicità).

Non bisogna, però, incorrere in errore. Anche nell'appello "vecchio rito" sussiste l'obbligo del motivo specifico.^[4]

Si è passati dal motivo specifico ad un obbligo di motivazione più ampio perché inclusivo anche di una sorta di "**progetto decisionale**" (mera suggestione senza ambizione di sostituire la decisione che è sempre, solo ed esclusivamente, del giudice), o meglio di una **bozza di sentenza** che possa valere a sostituire quelle appellata.

Anche prima dell'emendamento, infatti, l'appello doveva (ed è) essere sorretto dalla motivazione.

Il Giudice d'appello doveva (e deve, attesa la copiosa pendenza degli appelli vecchio rito) vagliare e valutare i motivi d'appello, ben espressi con chiarezza e precisione, in modo dettagliato e non meramente assertivo, costituenti vere censure al provvedimento

gravato e deciderne l'inammissibilità, l'accoglimento (perché fondato) oppure il rigetto (perché infondato).

I motivi di appello devono sempre essere specifici e tale previsione sussiste nella formulazione originario dell'art. 342 c.p.c., applicabile ai processi di appello cd. "vecchio rito" e, precisamente, a quelli introdotti prima della novella. Il che impone all'appellante di procedere sempre secondo l'indicazione precisa della censura alle parti della sentenza di primo grado e del suo perché.

Al di là della critica, soltanto enunciata, occorre specificare e riportare nell'atto di appello quali siano le parti della motivazione insufficienti, carenti e contraddittorie, con l'indicazione delle ragioni della decisività degli errori motivazionali con la loro rilevanza ai fini della decisione.[\[5\]](#)

Quello che effettivamente costituisce novità è l'indicazione della parte della sentenza "in come dovrebbe essere riformata"; in altri termini quello che sembra essere elemento dirimente di inutili e defatiganti giudizi è dato dalla suggestione di una nuova e diversa minuta di sentenza.

Tale profilo non è immune da criticità.

Difatti non può tacersi che "il progetto di decisione" della sentenza, in pratica, non trova alcun sensibile riscontro perché il magistrato e, nella fattispecie, la Corte di Appello, non gradisce suggestioni, ma opera sempre come giudice terzo per garantire un imparziale e giusto provvedimento.

Il progetto di sentenza appare come un'idea nell'Iperuraneo di Platone.

Trattasi di un concetto astratto e senz'altro con scarsa fortuna applicativa. Anche perché lo sforzo più massacrante per l'operatore del diritto consiste proprio nel momento applicativo della norma che spesso e volentieri appare eccessivamente scollegata dai casi concreti e, dunque, di difficile (se non di impossibile) applicazione.

Di qui consegue che il lavoro non risulta alleggerito nell'esame e nello studio delle carte che c'è e deve esserci sempre.

Fin quando la giustizia sarà *res publica*.

Il Giudice pubblico, espressione di amministrazione pubblica, interviene *super partes* e per decidere non può accontentarsi di una bozza di sentenza suggerita, ma deve adoperarsi attraverso la esatta ricostruzione della fattispecie per addivenire

all'applicazione della norma attraverso la **personale ed indelegabile attività di sussunzione**.

Quello che piuttosto aiuta a snellire ed ad evitare l'abuso del processo che attualmente costituisce uno dei più delicati e difficili problemi dell'amministrazione giustizia, è la sanzione dell'inammissibilità che scatta a monte se l'atto di appello si appalesa strutturalmente inammissibile (art. 342 cpc), oppure è inammissibile per ragionevole probabilità di non accoglimento, in sede di udienza filtro (art. 348 bis e ss c.p.c.).

La sanzione è la chiave di volta.[\[6\]](#)

La sanzione afflittiva dell'inammissibilità con la condanna alle spese ed al doppio del contributo è il vero deterrente (art. 13 comma *quater* del DPR 115/2002, come modificato dalla L. n. 228/2012).

La riflessione sulla necessità della sanzione e sull'aspetto coattivo ed afflittivo del diritto nasce dall'osservazione puntuale del momento applicativo della norma. La regola senza sanzione non trova cittadinanza in un ordinamento. Il comando (positivo o negativo) non può prescindere dalla pena. Senza, è mera *cartula*.

L'appello in esame della Corte di Potenza difetta dei requisiti di cui al novellato art. 342 c.p.c.

Sotto il profilo formale che l'appellante ha completamente ommesso di indicare le parti del provvedimento che si intendono impugnare e le modifiche richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado.

Né si ha modo di verificare quali siano le circostanze da cui deriverebbe la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Sotto il profilo contenutistico, l'appellante non indica le ragioni per le quali ritiene che debba essere modificata la ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado, non sottoponendo ad una critica sufficientemente specifica le argomentazioni contenute nella sentenza impugnata e non esponendo, in maniera specifica, le ragioni ai fini della decisione.

La sanzione preliminare dell'inammissibilità penalizza indubbiamente l'aspettativa di una decisione sul merito, ma il processo è un metodo fatto basato su di un procedimento che

bisogna osservare per poter ottenere una risposta dallo Stato.

Ignorare il procedimento, la regola procedurale, la tecnica di redazione di un atto processuale, può solo portare a gravi confusioni ed alla negazione del riconoscimento di ogni tutela.

Note e riferimenti bibliografici

[1] D. FABIANI, *Oggetto e contenuto dell'appello civile*, in *L'appello e il ricorso per cassazione della riforma del 2012*, in *FI*, 2012, V, pp. 284 e 285. G. LUDOVICI, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in (www.judicium.it)

[2] A. TEODOLDI, *L'appello civile*, Torino 2016; E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, collana Univ. Milano-Fac. giuridica, Milano, 2001

[3] **Cass. n. 1651/2014**: "La specificità dei motivi di appello deve essere commisurata alla specificità della motivazione e non è ravvisabile laddove l'appellante, nel censurare le statuizioni contenute nella sentenza di primo grado, ometta di indicare, per ciascuna delle ragioni esposte nella sentenza impugnata sul punto oggetto della controversia, le contrarie ragioni di fatto e di diritto che ritenga idonee a giustificare la doglianza. Ne consegue l'inammissibilità dell'atto di appello che, a fronte della motivazione con la quale il tribunale abbia respinto la domanda di risarcimento del danno commisurata al valore estrattivo dei beni espropriati, basata sul difetto dell'attualità della destinazione estrattiva, si sia limitato a far rilevare il contrasto della motivazione del tribunale con la legislazione e la giurisprudenza in tema di danni provocati dalla P.A. nella materia della illegittima occupazione di fondi."

Cass. n. 19222/2013: "Il difetto di specificità dei motivi di appello ai sensi dell'art. 342 c.p.c. (nel testo anteriore alla modifica di cui all'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134), non rilevato d'ufficio dal giudice del gravame, può essere proposto come motivo di ricorso per cassazione dalla parte appellata, ancorché essa non abbia sollevato la relativa eccezione nel giudizio di appello, poiché si tratta di questione che, afferendo alla stessa ammissibilità dell'impugnazione e, quindi, alla formazione del giudicato, è rilevabile anche d'ufficio dalla Corte di cassazione."

[4] Qualora l'appellante non contrasti in modo adeguato e con sufficiente grado di specificità, come previsto dall'articolo 342 c.p.c., il fondamento logico giuridico di tutte le argomentazioni del primo giudice, l'accertamento ed il giudizio valutativo di quest'ultimo non possono essere assoggettati a riesame.

[5] Corte di Cassazione, sezione terza, sentenza n. 24629 del 2015.

[6] Sul punto si legga voce inammissibilità in Enciclopedia Treccani.it Nel diritto processuale, vizio dell'atto che impedisce al giudice di esaminare la richiesta avanzata da una parte del processo non presentando essa i requisiti stabiliti dalla legge.

LA NOZIONE COMUNITARIA ED ITALIANA DI CONSUMATORE E LE DIFFERENTI FORME DI TUTELA ATTIVABILI

Una biografia del consumatore tra Codice del Consumo e Codice Civile, alla luce dei recenti interventi dell'AGCOM e della Sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 2610 del 2017.

Michele Motta - Pubblicazione, martedì 26 settembre 2017
Redattore: **Massimiliano Pace**

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. - 2. La nozione di consumatore: ambito soggettivo di operatività. - 2.1. (segue) orientamenti dottrinali di segno contrario. - 3. La nozione di consumatore: ambito oggettivo di operatività. - 4. Le tutele individuali di matrice codicistica e le tutele collettive di matrice consumeristica. - 4.1. Le azioni avverso le pratiche commerciali scorrette. - 4.2. L'azione inibitoria avverso le clausole vessatorie. - 4.3. L'azione inibitoria avverso le violazioni di interessi collettivi di consumatori ed utenti. - 4.4. Le azioni risarcitorie collettive. - 4.4.1. L'azione avverso i professionisti e le imprese. - 4.4.2. (segue) La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n° 2610/2017 - 4.4.3. L'azione avverso la Pubblica Amministrazione e i concessionari di pubblici servizi. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

Il Codice del Consumo, all'art. 3 co 1, fornisce una definizione unitaria e restrittiva di *consumatore*, identificandolo con la persona fisica che agisce per scopi estranei alla attività imprenditoriale o professionale da lui eventualmente svolta; viceversa, qualifica come *professionista* la persona, fisica o giuridica, che agisce nell'esercizio dell'attività professionale o imprenditoriale svolta.

Rientra pertanto nell'orbita attrattiva della nozione di professionista qualsiasi ente, di diritto o di fatto, avente natura pubblica o privata, dotato o meno di personalità giuridica, ivi compresi gli enti no profit - limitatamente all'attività imprenditoriale o professionale strumentale allo svolgimento dell'attività sine lucrum - nonché gli enti pubblici. Viene attratta altresì la categoria degli 'intermediari' del professionista (lato sensu comprensiva non soltanto dei mandatari o dei rappresentanti, ma altresì di qualsiasi soggetto che si innesti professionalmente nella catena produzione-distribuzione: agenti, mediatori, vettori).

2. La nozione di consumatore: ambito soggettivo di operatività.

Trovandoci di fronte a due nozioni 'speculari', il primo interrogativo concerne l'ambito di applicazione c.d. soggettivo della disciplina del consumatore, ed in particolare la possibilità di estendere o meno l'operatività della disciplina in esame al di là del mero dato letterale dell'art. 3 co 1 Cod. Cons., applicandola analogicamente, per esigenze di equità, a soggetti pur non dotati di natura fisica.

A livello sovranazionale, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel 2001, ha ritenuto essenziale il requisito della natura 'fisica', escludendo l'estensione analogica della disciplina in esame all'impresa che avesse stipulato un contratto di scambio avente ad oggetto beni di esclusiva fruizione da parte dei dipendenti.

A livello nazionale, la questione è stata affrontata dalla Corte di legittimità ben prima dell'emanazione del Codice del Consumo, in vigore della disciplina codicistica delle clausole vessatorie, (artt. 1469 bis ss.), con la sentenza n° 10721/2001, escludendo l'estensione della qualità di 'consumatore' a favore di colui che, pur non 'in veste' di proprietario di un negozio, avesse stipulato un contratto bancario volto a regolare la successiva concessione di finanziamenti ai propri futuri acquirenti. In questa occasione la Corte:

a) ha ribadito la nozione restrittiva di consumatore, ricomprendendovi unicamente le persone fisiche non esercenti attività professionali od imprenditoriali ovvero le persone fisiche che, sebbene esercenti tali attività, avessero concluso il contratto de qua per la soddisfazione di bisogni della vita quotidiana, e dunque agendo per scopi estranei all'attività medesima. Tale orientamento, in armonia con le indicazioni della giurisprudenza sovranazionale, risponde al convincimento che l'ente, personificato o no, non possa agire per scopi diversi da quelli indicati nell'atto costitutivo e nello statuto, e da tale assunto conseguirebbe una sorta di 'presunzione di professionalità' degli atti compiuti.

b) ha ritenuto influente la circostanza che il soggetto non avesse agito 'in veste' di professionista o imprenditore, ritenendo sufficiente, per l'esclusione dell'operatività della nozione di 'consumatore', che il contratto fosse stato stipulato per il conseguimento di uno scopo obiettivamente connesso all'attività professionale od imprenditoriale eventualmente svolta.

In altra occasione, con sentenza n° 10086/2001, la Corte ha preso in esame talune operazioni economiche che, formalmente imputabili ad un ente, fossero in realtà

ricongiungibili ad una pluralità di persone fisiche (il caso di specie concerneva taluni contratti stipulati dall'amministratore di condominio in qualità di mandatario con rappresentanza dei singoli condomini), ritenendo estensibile, a favore di questi ultimi, la qualifica di 'consumatore'.

2.1. (segue) orientamenti dottrinali di segno contrario.

Nonostante il rapporto di concordanza tra gli orientamenti giurisprudenziali sovranazionali e quelli interni della corte di legittimità, talune pronunce di merito, muovendo da ragioni di giustizia sostanziale, hanno invece sottolineato la necessità di ricorrere ad un'estensione analogica della nozione di 'consumatore' a favore di enti, personificati o no, connotati dalla medesima condizione sostanziale di 'debolezza' nei confronti del professionista.

Pertanto, nel 2001, un Giudice di Pace di Sanremo ha sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., in relazione alla disciplina delle clausole vessatorie di cui all'art. 1469 bis, co 2 (oggi art. 33 co 2, cod. cons.), nella misura in cui, fra i soggetti beneficiari di tale regime più favorevole, non menzionava le persone giuridiche e gli enti di fatto connotati da obiettiva condizione di debolezza.

La Consulta, intervenendo con sentenza n° 469/2002, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sollevata, condividendo la scelta del legislatore di ancorare la qualità di 'consumatore' all'inedefittibile requisito (non sufficiente, sebbene necessario) della natura fisica del soggetto contraente, con ciò escludendo dal regime speciale tutti quei soggetti (professionisti, piccoli imprenditori, artigiani) che, in forma individuale o collettiva, agissero per scopi in qualche modo connessi all'attività economica svolta. In ragione dell'attività abitualmente esercitata, detti soggetti procederebbero ad una contrattazione in condizioni di parità con la controparte 'professionista'.

Le medesime conclusioni sono state condivise anche dalla dottrina maggioritaria, la quale ha ribadito come la ratio alla base della politica comunitaria di tutela del consumatore sia di natura economica, piuttosto che sociologica ed equitativa, avendo di mira i mercati finali (in cui persone fisiche si contrappongono a professionisti) e non i mercati intermedi, in cui si muovono piccole e medie imprese e liberi professionisti. [1]

3. La nozione di consumatore: ambito oggettivo di operatività.

Un secondo interrogativo investe invece l'ambito di applicazione oggettivo della norma, e concerne in particolare la disciplina applicabile ai cd. 'contratti a finalità promiscua,

privata e professionale'.

Vi è concordanza, a tal proposito, fra il piano sovranazionale e quello interno, così come, all'interno di quest'ultimo, tra le opinioni della dottrina maggioritaria e quelle della giurisprudenza di legittimità.

A livello sovranazionale, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, esclusivamente competente in materia di interpretazione dei trattati e di ogni altro atto di derivazione comunitaria, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla corretta interpretazione da attribuire all'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del '68, è intervenuta nel 2005 per chiarire come la controparte di un contratto stipulato per finalità mista, personale e professionale, di regola non abbia il diritto di avvalersi del beneficio delle regole derogatorie di competenza del foro del consumatore, previste dagli artt. 13-15, se non nell'eccezionale ipotesi in cui, fra il contratto stipulato e l'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta, intercorra un legame talmente modesto da divenire assolutamente marginale (e in ogni caso la valutazione degli elementi, afferenti al caso concreto, spetterà al giudice interno).

A livello nazionale, l'orientamento dottrinale assolutamente dominante (ALPA, CHINÈ) ha elaborato la teoria dello "scopo obiettivo dell'atto", escludendo l'applicabilità della disciplina del consumatore alle ipotesi di contratti a finalità mista, nella misura in cui l'art. 3 co. 1 si riferirebbe esclusivamente agli scopi totalmente "estranei", in linea con la giurisprudenza di legittimità (si veda la già citata sentenza della Corte di Cassazione n° 10127/2001) secondo la quale l'accertamento della natura (privata o professionale) dello scopo per il quale il soggetto ha agito debba avvenire in virtù di un criterio oggettivo, a nulla rilevando l'intenzione soggettiva (il cd. motivo) che abbia animato il contraente. Il giudice dovrà pertanto valutare gli elementi soggettivi (modalità dell'atto, forme utilizzate, circostanze di tempo e di luogo, condizioni di pagamento) al fine di verificare che l'atto sia stato effettivamente compiuto per soddisfare i bisogni personali o familiari. A nulla rileva altresì, come già precisato, che la stipula sia formalmente avvenuta in veste di professionista/imprenditore o piuttosto di consumatore, *dovendosi guardare unicamente allo scopo*.

Non è tuttavia mancata una certa tendenza dottrinale [2], corroborata da disparate pronunce di merito [3], protesa a distinguere da un lato gli "atti della professione", esclusi dall'ambito protettivo della disciplina in esame e, dall'altro lato, gli "atti relativi alla professione" (fra cui gli atti a finalità promiscua) che invece vi rientrerebbero. Tale

distinzione viene fortemente criticata e ritenuta irrilevante dall'orientamento maggioritario [4] giacché finirebbe per accordare protezione anche a soggetti che non subirebbero alcuna "asimmetria informativa" rispetto alla controparte contrattuale.

4. Le tutele individuali di matrice codicistica e le tutele collettive di matrice consumeristica.

Venendo adesso alle forme di tutela esperibili da parte del consumatore, la disciplina consumeristica affianca alle tradizionali azioni individuali, esperibili dal singolo consumatore, una serie di tutele *mediate*.

Resta ferma, infatti, al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge, la possibilità di esperire l'azione contrattuale per inadempimento, ai sensi degli artt. 1218 ss cod. civ., l'azione precontrattuale ex art. 1337 cod. civ., od infine l'azione extracontrattuale ex artt. 2043 ss. In questi casi gli esempi sono molteplici: si pensi alla condotta precontrattuale di un dipendente che, in nome e per conto dell'operatore di telefonia mobile per il quale presta servizio, contatti ripetutamente un ex cliente per convincerlo a ritornare, a tal proposito proponendo tariffe molto più vantaggiose di quelle di cui attualmente esso gode, per poi revocare l'offerta fatta, ed applicarne altra non vantaggiosa, al momento della stipula del contratto; oppure si pensi, ancora, al danno extracontrattuale - eziologicamente cagionato dal malfunzionamento di un apparecchio difettoso (poi esploso) - ed invocabile dalla madre del bambino che accidentalmente risulti coinvolto nell'esplosione durante una passeggiata nel negozio convenzionato in cui il macchinario veniva esposto per finalità promozionali.

Allo stesso modo resta impregiudicato il diritto di procedere, al ricorrere dei presupposti concernenti ipotesi di *asimmetria patologica*, all'esercizio di un'azione di annullamento o di rescissione.

All'interno del Codice del Consumo viene poi introdotta una serie di tutele *speciali*, che adesso analizzeremo più nel dettaglio.

4.1. Le azioni avverso le pratiche commerciali scorrette.

Una prima disciplina speciale è prevista con riferimento alle pratiche commerciali scorrette. Con tale espressione ci si riferisce ai comportamenti idonei a limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore, inducendolo ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

A tal proposito merita attenzione, a livello sovranazionale, il regolamento 2004/2006 CE, adottato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio per la cooperazione e l'assistenza reciproca tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, al fine di prevenire le infrazioni intra comunitarie.

L'art. 27 Cod. Cons., richiamando il regolamento in questione, individua l'AGCOM (Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato) quale autorità nazionale competente, cui spetta in via esclusiva l'intervento, d'ufficio o su istanza di soggetti od organizzazioni che ne abbiano interesse, per inibire la continuazione di pratiche commerciali scorrette:

- disponendone con provvedimento motivato la sospensione provvisoria laddove sussista particolare urgenza, ed avviando un'istruttoria regolamentata, a carico del professionista, nella quale sia garantito in ogni caso il principio del contraddittorio;
- comminando, in caso di inottemperanza senza giustificato motivo, sanzioni amministrative pecuniarie di diversa entità.

Il tema delle pratiche commerciali sleali rimane, ancor oggi, un terreno protagonista di lotte continue. A tal proposito, nell'Agosto 2017 è intervenuta l'autorità Antitrust, su segnalazione del Codacons, comminando la massima sanzione amministrativa a carico di Trenitalia. I sistemi informativi, messi a disposizione dei viaggiatori perché questi potessero provvedere autonomamente all'acquisto dei titoli di viaggio, mostravano in evidenza solo le combinazioni di viaggio più onerose (ossia quelle concernenti treni ad alta velocità), mentre quelle più economiche diventavano visibili solo allorché fosse il cliente a selezionare "tutte le soluzioni". In quest'occasione l'AGCOM ha provveduto alla comminazione di una maxi-sanzione di 5 milioni di euro, dando origine al primo atto di una dichiarazione ufficiale di guerra al colosso italiano dei trasporti ferroviari.

4.2. L'azione inibitoria avverso le clausole vessatorie.

Un'ulteriore garanzia, di natura generale e preventiva, attivabile dagli enti collettivi riconosciuti, è riconosciuta a favore del consumatore in materia di clausole vessatorie: **l'azione inibitoria.**

Prima dell'emanazione del codice del consumo, l'art. 1469 sexies cod. civ. attribuiva alle camere di commercio e alle associazioni dei consumatori la legittimazione attiva nel giudizio avverso il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzassero o

raccomandassero l'utilizzo di condizioni generali di contratto di accertata abusività.

Il Codice del Consumo introduce una specifica disciplina, all'art. 37, prevedendo la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione inibitoria in capo alle associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, nonché delle associazioni rappresentative dei professionisti o delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, potendo queste convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzino o raccomandino l'utilizzo di condizioni generali di contratto. Presupposto per la concessione dell'inibitoria è che ricorrano "*giusti motivi di urgenza*" ex art. 669 bis cod. proc. civ., requisito valutato con riferimento all'idoneità della clausola vessatoria ad incidere qualitativamente su diritti fondamentali della persona o su beni primari, come chiarito dalla giurisprudenza. Il co. 4 dell'art. 37 cod. cons. prevede che, per quanto non espressamente disciplinato dallo stesso, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori si applicano le disposizioni dettate dall'art 140 cod. cons. sull'inibitoria collettiva.

4.3. L'azione inibitoria avverso le violazioni di interessi collettivi di consumatori ed utenti.

Un ulteriore strumento di tutela, attivabile unicamente dalle associazioni rappresentative avverso le violazioni di interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, è quello introdotto dall'art. 140 cod. cons.

Sono necessarie, tuttavia, alcune precisazioni preliminari.

I) dato il diverso ambito soggettivo di operatività, unicamente le associazioni hanno la possibilità di chiedere al giudice l'adozione delle misure riparatorie; gli altri soggetti (Camere di commercio, associazione di professionisti) sono invece legittimati al l'esperimento dell'azione inibitoria, disciplinata dall'art. 37, concernente il divieto di utilizzo futuro delle clausole vessatorie.

II) con questo strumento non è possibile ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti dai singoli consumatori, poiché con l'azione collettiva le associazioni agiscono a tutela o in rappresentanza non dei singoli diritti, ma degli interessi collettivi.

Resta fermo il diritto del singolo consumatore, pertanto, come espressamente previsto dal co. 9 dell'art. 140, di avviare un'azione risarcitoria individuale, eventualmente concorrente con l'azione inibitoria delle associazioni, sul presupposto che l'atto o il

comportamento sia stato individualmente lesivo nei confronti del singolo (e ferma restando l'applicazione, in questo caso, delle regole processuali in materia di litispendenza, continenza, riunione, connessione).

Le associazioni, non prima che siano trascorsi 15 giorni dalla bonaria ed infruttuosa richiesta di cessazione del comportamento lesivo attraverso raccomandata a/r all'impresa o al professionista, possono agire in giudizio per chiedere al tribunale di:

1) ordinare al soggetto la cessazione di atti o comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori, ovvero vietarne la ripetizione in futuro;

Il provvedimento può consistere nell'imposizione di un obbligo di fare (ritiro del prodotto difettoso, innalzamento degli standard qualitativi) ovvero di un obbligo di non fare (inibire l'utilizzo di clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto).

2) adottare misure idonee ad eliminare o correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate; il contenuto di queste misure è deciso dal giudice, ed è volto a ripristinare la situazione preesistente.

3) ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani.

Con questo rimedio si intende far conoscere a tutti i consumatori potenziali del prodotto la natura vessatoria delle clausole (art. 37) o la decisione circa la misura adottata dal giudice al fine di eliminare le violazioni commesse dal professionista (art. 140), e funge da deterrente per l'adozione di buone condotte del professionista, il quale potrebbe essere mosso proprio dall'esigenza di evitare la cattiva pubblicità che di riflesso potrebbe derivare dalla divulgazione della notizia.

Le associazioni, così come gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciute in altro Stato comunitario, hanno la facoltà di attivare prima del ricorso al giudice la procedura di conciliazione dinanzi alla Camera di Commercio competente per territorio, attivabile altresì dal soggetto al quale viene chiesta la cessazione del comportamento, e in questo caso l'autorità giurisdizionale si limiterà ad omologare il contenuto del verbale di conciliazione.

4.4. Le azioni risarcitorie collettive.

4.4.1. L'azione avverso i professionisti e le imprese.

L'azione collettiva risarcitoria nei confronti dei professionisti e delle imprese è disciplinata dall'art. 140 bis cod. cons., introdotto con la Legge finanziaria del 2008 e successivamente modificato dal decreto sulle liberalizzazioni n° 1/2012; la class action specifica, avverso atti e comportamenti della PA, è stata introdotta e disciplinata invece dal d. lgs. n° 198/2009.

L'art. 140 bis introduce una vera e propria class action ordinaria, attraverso la quale far valere diritti individuali ed omogenei dei consumatori. Tale previsione estende l'azione delle associazioni di categoria oltre l'ambito di operatività degli strumenti - meramente inibitori - previsti dagli artt. 37 e 140, consentendogli di agire in giudizio per il (preventivo) accertamento delle violazioni commesse dall'impresa, con la quale si è entrati in rapporti contrattuali mediante sottoscrizione di contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 cid. civ., e per la (successiva) determinazione e quantificazione del danno risarcibile. Le violazioni possono essere cagionate dalla diffusione di prodotti difettosi, o dall'assunzione di comportamenti commerciali scorretti o contrari alle norme concorrenziali. Tale ricorso riduce notevolmente i costi processuali che il singolo dovrebbe sostenere qualora intentasse un'azione individuale, consentendogli anche di aderire successivamente alla pretesa di classe già azionata.

La legittimazione attiva è riconosciuta, oltre che alle associazioni riconosciute dal DM, ex art. 137, anche alle associazioni e ai comitati dotati di rappresentatività; per contro, la legittimazione passiva è invece limitata alle sole imprese.

I consumatori che intendano avvalersene devono comunicare per iscritto, all'associazione proponente, la propria adesione entro e non oltre l'udienza di precisazione delle conclusioni (sistema di opt-in) e il giudice può adottare idonee forme di pubblicità.

L'art 140 bis co. 3 statuisce che il tribunale, alla prima udienza, pronunci sulla ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncerà in camera di consiglio.

Qualora la domanda venga accolta, il giudice individua i criteri per la liquidazione delle somme, e nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza l'impresa propone il pagamento di una somma. Se questa viene accettata dal consumatore, la proposta diviene titolo esecutivo.

Qualora la proposta non venga accettata, o in caso di inerzia dell'impresa condannata, si avvierà una fase di conciliazione, dinanzi ad una camera a composizione paritetica e

presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale.

4.4.2. (segue) La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n° 2610/2017

Con ordinanza n° 8433/2015 viene rimessa alle Sezioni Unite la risoluzione del contrasto concernente la definitività o meno dell'ordinanza di inammissibilità, dipendendo da tale interrogativo, per un verso, la possibilità di riproposizione della domanda risarcitoria in sede ordinaria, per i medesimi fatti e contro la medesima impresa e, per altro verso, la ricorribilità in Cassazione avverso l'ordinanza de qua. Il collegio remittente era orientato per la definitività dell'ordinanza (ritenendo determinante, a tal proposito, l'assenza di indicazioni del legislatore in tal senso, a fronte del combinato disposto dei commi 3 e 15 che, invece, consentirebbero espressamente la riproposizione della domanda risarcitoria individuale); tuttavia, un altro orientamento delle sezioni semplici del 2012 aveva proteso per la non definitività dell'ordinanza (ritenuta per ciò non ricorribile in Cassazione - se non per la pronuncia sulle spese - in quanto fondata su una delibazione sommaria, e pertanto idonea a fondare una mera pronuncia di rito, non ostativa della riproposizione dell'azione risarcitoria collettiva in via ordinaria).

Le Sezioni Unite Civili intervengono con Sentenza n. 2610 del 2017 a risoluzione del contrasto in esame.

In prima battuta, i giudici di legittimità ribadiscono i due caratteri indispensabili perchè una qualsiasi ordinanza possa essere oggetto di ricorso straordinario in Cassazione, ossia la 'definitività' e la 'decisorietà', caratteristiche volte a rendere l'ordinanza idonea ad incidere, con efficacia di giudicato, su diritti soggettivi sostanziali. Successivamente, escludono la sussistenza dei requisiti predetti, e dunque la legittimità di un ricorso straordinario, con riferimento al caso di specie, alla luce del comma 15 dell'art. 140 bis. La definitività raggiunta attraverso l'ordinanza è di natura processuale ma non sostanziale, pertanto non può essere giustificato alcun ricorso straordinario.

A questo punto, la Corte elabora il seguente principio di diritto: "*Allorquando l'azione di classe sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche un interesse collettivo, l'ordinanza d'inammissibilità adottata dalla Corte d'appello in sede di reclamo **non è impugnabile con ricorso straordinario ex art. 111 co 7 Cost.**, essendo il medesimo diritto suscettibile di tutela attraverso l'azione individuale finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno*".

Pertanto l'ordinanza di inammissibilità, se per un verso fa stato nei confronti di chi abbia

già partecipato all'azione di classe (o di chi vi abbia aderito) - atteso che a questi soggetti è legittimamente preclusa la reiterazione dell'iniziativa processuale, coerentemente con il principio del 'ne bis in idem' - per altro verso non preclude la proposizione dell'azione da parte di altri soggetti, ossia ad opera "*di chi non abbia aderito all'azione oggetto di quella dichiarazione*" - poichè l'ordinanza, non definitiva, non ha pregiudicato il diritto di questi ultimi.

4.4.3. L'azione avverso la Pubblica Amministrazione e i concessionari di pubblici servizi.

Infine, completa il quadro delle tutele la L. n° 15/2009, attraverso il nuovo istituto dell'azione collettiva rivolta alle amministrazioni e ai concessionari di servizi pubblici, che si affianca alla class action ordinaria, di matrice consumeristica.

La nuova class action, avente ad oggetto il rapporto tra cittadino e P.A., si propone di garantire l'effettività della pretesa del primo al rispetto dei canoni di qualità, economicità e tempestività da parte della seconda, in un'ottica sempre più permeata dalla visione delle amministrazioni pubbliche come 'amministrazioni di risultato'.

Tuttavia, essa ha natura esclusivamente ripristinatoria, e non risarcitoria.

Per un verso, gli enti esponenziali hanno una legittimazione attiva autonoma (non necessitando di uno specifico mandato dei singoli componenti della classe), che si affianca a quella dei titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei; per altro verso, la sentenza finale di accoglimento non provvede sul risarcimento del danno subito dai cittadini, per espressa esclusione legislativa, restando fermi i rimedi ordinari (si pensi all'azione risarcitoria dinanzi al G.A., ex art. 30 c.p.a.).

La domanda verrà accolta qualora, nel primo giudizio:

a) venga accertata, alternativamente:

- la violazione degli standard qualitativi ed economici;
- la violazione degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi;
- la violazione degli obblighi di emanazione (concernenti atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo)
- la violazione dei relativi termini a provvedere (e in quest'ultimo caso, il rimedio si aggiunge all'azione individuale per danno da ritardo ex art. 2 bis L. n° 241/1990)

b) sia provata la lesione diretta, concreta ed attuale, eziologicamente connessa ad una delle violazioni precedentemente elencate.

L'azione presuppone una diffida (assente nella class action ordinaria) all'amministrazione o al concessionario, con la quale vengono invitati ad intervenire spontaneamente per la composizione degli interessi lesi, che diviene condizione di procedibilità, ragion per cui il ricorrente ha l'onere di provare l'avvenuta notificazione della diffida all'organo di vertice dell'amministrazione.

L'azione non può essere promossa:

I) se un organismo di regolazione nazionale o regionale abbia instaurato, e non completato, un procedimento istruttorio volto ad accertare le medesime condotte;

II) se sia stato già instaurato, in relazione alle medesime condotte, un giudizio inibitorio o risarcitorio ex artt. 139, 140, 140 bis del Codice del Consumo (i quali prevarranno anche se avviati dopo l'azione pubblica, data la sussidiarietà dell'azione in esame).

L'eventuale accoglimento della domanda veicola una condanna ad un facere, poiché il giudice ordina alla Pubblica Amministrazione, o al concessionario, di porre rimedio alla violazione, all'omissione o all'inadempimento entro un congruo termine, nei limiti delle risorse e senza maggiori oneri per la finanza pubblica.

L'espressa esclusione legislativa di un ricorso al fine di chiedere al giudice una sentenza di condanna al risarcimento del danno rappresenta, per un verso, un grosso limite sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale; per altro verso, appare disarmonica con la tendenza, instaurata a partire dalla sentenza Cass. Sez. Un. n° 500/1999, ad una piena responsabilizzazione dei soggetti pubblici. Anche la fase dell'esecuzione, così come quella della cognizione, è rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; ciò consente, in caso di inadempimento dell'amministrazione o del concessionario, il ricorso al giudizio di ottemperanza ex art. 112 c.p.a.

Per quanto concerne, infine, l'attribuzione delle controversie aventi ad oggetto le erogazioni di pubblici servizi, ad opera di pubbliche amministrazioni o di pubblici concessionari, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essa appare una scelta condivisibile perché coerente con gli insegnamenti della Corte Cost., la quale, con sentenza n° 204/2004, rispondendo all'interrogativo circa l'esistenza o meno di parametri o limiti in ordine a tale devoluzione, ha individuato il 'criterio della pertinenza', secondo il quale può dirsi costituzionalmente legittima unicamente la devoluzione concernente

materie che intercettano non esclusivamente diritti soggettivi, ma altresì interessi legittimi (come evidentemente nel caso di specie può dirsi).

Con l'azione di classe introdotta dalla riforma Brunetta, appena analizzata, si chiude la giostra delle tutele attivabili dal consumatore. In particolare avverso quest'ultima non sono mancate severe critiche, essendo ritenuta fortemente carente sotto il profilo dell'effettività della tutela contro le inefficienze della P.A. per l'assenza di profili risarcitori e per la scarsa deterrenza da essa veicolata.

5. Considerazioni conclusive.

Sebbene sia innegabile che, nella stragrande maggioranza delle ipotesi, il 'consumatore' verta davvero in condizioni di squilibrio informativo nei confronti del professionista, alcune riserve possono forse nutrirsi con riferimento a quella classe di ipotesi nelle quali il contraente sia qualificabile come 'professionista' o 'imprenditore', sebbene in relazione a settori 'estranei' a quelli oggetto del contratto stipulato.

La Corte di Giustizia, con una recente pronuncia del 3 Settembre 2015, in relazione al C-110/14, ha nuovamente ribadito che il professionista (nel caso di specie un avvocato di nazionalità rumena), quando agisce 'fuori dallo studio', è da considerarsi sempre e comunque un 'consumatore'.

Sebbene tale pronuncia sia in linea con l'orientamento costante in precedenza analizzato (il quale ancora unicamente alla natura fisica del contraente e allo scopo sotteso all'atto concluso ogni indagine concernente la qualificazione del contraente come consumatore) è innegabile l'esistenza di alcune ipotesi pratiche, e molto meno 'limite' di quanto potrebbe sembrare, in relazione alle quali la disciplina si risolve, forse, in un eccesso ingiustificato di tutela.

Si prendano in esame le ipotesi in cui il 'consumatore' sia un imprenditore con decenni di esperienza professionale "nel mondo del commercio", o un avvocato (magari) civilista, (magari anche) specializzato nella disciplina delle clausole vessatorie; si pensi a un qualsiasi professionista che sia abituato alla contrattazione mediante adesione a formulari e moduli predisposti. Immaginare che tutti questi soggetti provvedano alla stipula di un contratto con altro professionista – sebbene in ambiti non concernenti direttamente l'attività professionale svolta – non prestando la dovuta attenzione al contenuto del contratto stesso, ma dimenticando l'esperienza maturata, rasenta la fantasia.

Probabilmente questo eccesso di tutela, che è il fisiologico corrispettivo di una disciplina ancorata quantomeno a requisiti oggettivamente accertabili, rappresenta una parziale forzatura con riferimento ai casi appena analizzati.

Note e riferimenti bibliografici

[1] CHINE', La nozione di consumatore nel diritto vivente, in AA. VV., Lezioni di diritto privato europeo, Padova, 2007, 898.

[2] GABRIELLI, Il consumatore e il professionista, in GABRIELLI-MINERVINI (a cura di), I contratti dei consumatori, Tomo I, Torino, 2005, 20 ss.

[3] Tribunale di Roma, 20 ottobre 1999; Pret. Foggia, Sez. dist. Orta Nova, 17 Dicembre 1998.
[4] DI MARZIO, Ancora sulla nozione di 'consumatore' nei contratti, in Giust. civ., 2002, I, 694;
STELLA RICHTER, Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori), ivi, 1997, II, 202.