



dirittoe salute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 3 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862

dirittoe salute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Direttore Scientifico:

Giuseppe Morbidelli

Direttore Responsabile:

Luigi Principato

Numero 3 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISNN 2532-1862

Fascicolo n. 3 del 2022

MARCO RIZZUTI, <i>Il problema degli interventi di «normalizzazione» dei neonati intersessuali</i>	4
ANDREA PISANI TEDESCO, <i>Dispositivi medici e nuove regole: grandi riforme e qualche occasione persa</i>	19
FLÁVIA SIQUEIRA e IZABELE KASECKER, <i>Cuidados paliativos e a responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida</i>	41
SARA LANDINI, <i>L'assicurazione della responsabilità civile verso i prestatori d'opera</i>	63
LEONARDO DANI, <i>Autonomia negoziale e destinazione delle spoglie umane</i>	107

Il problema degli interventi di «normalizzazione» dei neonati intersessuali*

di Marco Rizzuti**

Abstract IT: *il contributo esamina la questione degli interventi chirurgici cui sono sottoposti i neonati intersessuali e mette in discussione la legittimità di tale prassi.*

Abstract EN: *the paper deals with surgeries on intersex newborns and puts into question the legitimacy of such practices.*

Sommario: 1. Premesse. – 2. Stato della questione e prospettive evolutive. – 3. Valutazioni conclusive.

1. Premesse.

Il termine intersessualità è stato coniato, oltre cent'anni fa¹, per riferirsi a tutta una varietà di situazioni e condizioni differenti.

Anzitutto, benché, com'è noto, i cromosomi sessuali nella maggior parte degli esseri umani siano XX (sesso femminile) o XY (sesso maschile), esistono però anche persone che presentano un solo cromosoma X (sindrome di Turner) o cromosomi XXY (sindrome di Klinefelter), o molto più di rado cromosomi XYY o XXX, se non addirittura 4 o più cromosomi X. Peraltro, alcuni fenomeni di chimerismo, cioè di fusione di più embrioni gemelli eterozigoti in uno solo, possono peraltro far sì che la stessa persona presenti linee cellulari geneticamente diverse, poniamo una XX ed una XY.

Occorre, inoltre, considerare che, mentre il corredo cromosomico di ogni persona è già determinato nello zigote, la differenziazione sessuale inizia invece

* Il presente contributo è già stato edito in “*Identità e salute del minore. Problematiche attuali*”, Pisa, 2021, e viene qui ripubblicato con il consenso del curatore.

** Ricercatore in Diritto Privato Università degli Studi di Firenze.

¹ Dal genetista tedesco-americano R. GOLDSCHMIDT, *Intersexuality and the endocrine aspect of sex*, in *Endocrinology*, 1917, 433–456. Una diversa opzione terminologica, invero più patologizzante, cui spesso si ricorre è *Disorders of sex development (DSDs)*.

soltanto dalla sesta settimana dello sviluppo embrionale, in quanto nel periodo precedente, che ricapitola l'evoluzione della vita in cui per milioni di anni hanno prevalso forme di riproduzione agamica e il dimorfismo sessuale è apparso relativamente tardi, l'embrione umano presenta sia i precursori degli organi femminili (dotti di Müller) sia quelli degli organi maschili (dotti di Wolff). Di conseguenza, alcune mutazioni genetiche possono in certi casi incidere sullo svolgimento dei processi di differenziazione e determinare la nascita di persone con gonadi e/o genitali ambigui, quali ad esempio: testicoli interni e vagina a fondo cieco (sindrome di Morris), o al contrario genitali esterni simili a quelli maschili ma all'interno ovaie ed utero (iperplasia surrenale), oppure ancora genitali esterni simili a quelli femminili che però con la pubertà evolvono in senso maschile (sindrome di Imperato-McGinley), o persino una compresenza di testicoli e ovaie ovvero gonadi miste, anche se magari non sempre funzionali in entrambi i sensi (sindrome ovotesticolare)².

Va, ad ogni modo, precisato che l'intersessualità, facendo riferimento a fenomeni biologici, si pone su di un piano diverso da quelli su cui si pongono orientamento sessuale e identità di genere, che hanno invece un carattere sociale e psicologico.

Con il primo termine ci si riferisce, infatti, all'attrazione che, sia nelle persone di sesso maschile sia in quelle di sesso femminile sia in quelle intersessuate, potrà risultare, a seconda dei casi, orientata in senso eterosessuale, omosessuale, bisessuale, (ovvero, in un'accezione a volte diversa, pansessuale), *etc.*, oppure secondo una combinazione o graduazione delle predette ipotesi³. Occorre peraltro tenere presente che non è nemmeno imprescindibile che un'attrazione sessuale sussista sempre, in quanto può darsi pure un orientamento asessuale, ad esempio in relazione ad una scelta celibataria, ovvero al mancato funzionamento delle gonadi, dipendente da varie ragioni, alcune delle quali, ma non tutte, connesse ad ipotesi di intersessualità.

Quanto al secondo termine, si può parlare, anche in questo caso sia nelle persone di sesso maschile sia in quelle di sesso femminile sia in quelle intersessuate, di identità *cisgender* quando essa coincide col sesso assegnato alla nascita, come accade nella maggior parte dei casi, e di identità *transgender* quando invece tale conformità non sussiste e la persona aspira ad assumere le caratteristiche fisiche e comportamentali che sono, o vengono socialmente percepite come, tipiche del sesso opposto a quello attribuito alla nascita, oppure ancora di identità *agender*, *genderfluid* o *queer* per situazioni meno nettamente definibili e/o di rifiuto della stessa bipartizione dei generi, che può ricorrere anche, ma non solamente, in alcune persone intersessuali particolarmente consapevoli della propria condizione.

² Per ulteriori riferimenti, senza alcuna pretesa di esaustività, si possono vedere S. SYTSMA (a cura di), *Ethics and intersex*, London, 2006, e M. CRESTI, E. NAVE, R. LALA, *Intersexual Births: The Epistemology of Sex and Ethics of Sex Assignment*, in *Bioethical Inquiry*, 2018, 557–568.

³ La maggior parte degli esseri umani si collocano, invero, in un qualche punto intermedio della scala dell'orientamento sessuale, secondo quanto tendono a ritenere sia i sessuologi moderni, almeno a partire dal celebre rapporto di A. Kinsey del 1948-1953, sia anche gli storici dell'antichità (cfr. E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, 1988).

Occorre, d'altra parte, considerare che nella maggior parte dei casi l'intersessualità non è visibile alla nascita, e la persona interessata potrebbe non rendersi mai conto della propria condizione, ovvero accorgersene solo per ragioni molto specifiche: ad esempio la presenza di cromosomi XXY viene di solito diagnosticata in età adulta in conseguenza di accertamenti circa le cause dell'infertilità di persone con fenotipo maschile. In alcuni casi, però, la presenza di caratteri sessuali ambigui è invece palese già alla nascita, e determina così ben altre reazioni sociali e giuridiche, la cui variabilità può essere più agevolmente apprezzata se ci collochiamo in una prospettiva storica.

Nei tempi più antichi, tali situazioni erano attratte nell'ambito del prodigioso, e le spiegazioni che di questo, come del resto della gran parte dei fenomeni naturali, venivano elaborate dal pensiero mitico andavano a collocarsi su di un piano magico e/o religioso⁴. Su tali basi si poteva ritenere necessaria, da un punto di vista sacrale e quindi giuridico, l'eliminazione di siffatte creature non propriamente umane: nella Roma arcaica il neonato ermafrodito, come varie altre ipotesi di nascite anomale, era un *monstrum*, cioè un segnale dell'ira divina, da sopprimere secondo determinati rituali, con cui la collettività si sarebbe purificata dalle colpe che quella collera dovevano aver provocato⁵. Appare peraltro estremamente significativo ricordare come gli autori antichi utilizzassero il medesimo termine *monstrum* per indicare un diverso tipo di aberrazioni rispetto all'ordine "naturale" dei ruoli di genere, così qualificando quelle donne che avevano preteso di esercitare la professione forense⁶ o il potere politico⁷. Era però anche possibile, tutt'al contrario, che si arrivasse a

⁴ Ad esempio, ERODOTO, *Storie*, I, 105, spiegava la frequenza dei casi di intersessualità (*θηλειαν νοῦσον*: la "sindrome femminile") presso una certa popolazione scitica come il castigo inflitto da Afrodite Urania ai discendenti di coloro che avevano saccheggiato il suo tempio in Ascalona.

⁵ Pertanto, come attestano vari passi di Tito Livio e Giulio Ossequente, accadeva che a fronte di siffatte nascite "mostruose", come anche di molte altre che venivano considerate tali, per le deformità o anche solo per il numero di nati o il giorno infausto dell'evento, gli aruspici disponessero l'annegamento del nato/a in modo che il suolo patrio non ne restasse contaminato: cfr. F. MAROI, *L'interpretazione dei monstra nella legislazione decemvirale secondo G.B. Vico*, Roma, 1925; D. DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1984, II, 519 ss.; G. CRIFÒ, *'Prodigium' e diritto: il caso dell'ermafrodita*, in *Index*, 1999, 113-120; M. LENTANO, *Sbatti il mostro in fondo al mare*, in *Quad. Ramo d'Oro*, 2010, 292 ss.; A. MAIURI, *Enorme monstrum: deformità e difformità nel mondo greco-romano*, in *Venuste noster: scritti offerti a L. Gamberale*, Zurich, 2012, 535 ss.; C. TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant*, Pisa, 2013.

⁶ Come nel caso di Afrania riportato da VALERIO MASSIMO, *Fatti e detti memorabili*, VIII, 3.2 (cfr. CANTARELLA, *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1996, 94-95). Del resto, ancora nei dibattiti che precedettero l'approvazione della legge 17 luglio 1919, n. 1776, che avrebbe ammesso le donne alla professione forense, vi era chi paventava che in tal modo esse avrebbero finito per trasformarsi in una sorta di "terzo sesso" (cfr. G. ALPA, *L'ingresso della donna nelle professioni legali*, in *Rassegna forense*, 2010, 2, 239).

⁷ Il caso più celebre è quello di Cleopatra (ORAZIO, *Odi*, I, 37, 21), la regina straniera che sembrava rievocare semileggendarie figure di un inquietante mondo orientale caratterizzato dal rovesciamento dei ruoli di genere (cfr. A. M. G. CAPOMACCHIA, *Semiramis: una femminilità*

riconoscere ai soggetti ermafroditi qualità e poteri sovranaturali⁸, se non addirittura a concepire l'androginia come la condizione di vera compiutezza dell'essere umano⁹.

Nei periodi di maggiore laicizzazione del pensiero, gli stessi fenomeni venivano invece spogliati da siffatte connotazioni per essere spiegati in termini medici¹⁰, almeno in alcuni casi polemicamente contrapposti alle superstizioni del passato, o dei contemporanei più barbari¹¹. Gli ermafroditi erano dunque riguardati senza più timori sacrali, e apprezzati semmai da un punto di vista prettamente edonistico¹², mentre i giuristi, accettando ormai che di persone si trattasse,

ribaltata, Roma, 1986; Z. BAHRANI, *Women of Babylon. Gender and Representation in Mesopotamia*, London, 2001).

⁸ La mitologia greca conosce la figura dell'indovino Tiresia (nome derivante con ogni probabilità da *τέρας*, corrispondente al latino *monstrum*), che proprio in seguito ad una duplice vicenda di cambiamento del sesso avrebbe ricevuto da Zeus il dono della profezia.

⁹ L'androginia veniva così proiettata in una primigenia età dell'oro, cui avrebbero fatto seguito una condanna alla bipartizione e l'incessante ricerca della perduta pienezza, come nel celeberrimo mito narrato da PLATONE, *Simposio*, 189d-193d, e forse riecheggiato anche in *Genesi*, 1.27 (cfr. A. DI NOLA, *Bisessualità e androginia*, in *Enciclopedia delle religioni*, Firenze, 1970, I, 1144), nonché nella più tarda versione favolistica della fusione in un solo corpo degli amanti Ermafrodito e Salmacide (OVIDIO, *Metamorfosi*, IV, 285).

¹⁰ Nel *Corpus Hippocraticum* il caso di quegli Sciti che Erodoto riteneva vittime dell'ira di Afrodite veniva riletto con un'attribuzione delle loro sindromi a cause naturali (cfr. NISSEN, *Entre Asclépios et Hippocrate: Étude des cultes guérisseurs et des médecins en Carie*, Liège, 2009, 28).

¹¹ In un passo di DIODORO SICULO, *Βιβλιοθήκη ἱστοριῶν*, XXXII, 10-11, conservatoci da Fozio, la trattazione delle vicende di Alessandro Balas, un sovrano della Siria ellenistica, conduce ad accennare alla città araba di Abae ove egli morì nel 145 a.C., e che era nota anche per lo strano caso, ammantato di venature leggendarie, della fine del matrimonio di una moglie-bambina, ipotesi in quei contesti non rara né allora né oggi, la quale però, raggiunta la pubertà, avrebbe sviluppato genitali maschili. Lo storico innesta quindi sull'episodio un'interessante digressione, incentrata appunto sulla contrapposizione tra la superstizione di quanti, come i Romani, praticavano la soppressione dei *monstra*, e la razionalità scientifica ellenistica, attestata da fonti mediche a noi ignote cui Diodoro allude, nelle quali si negava l'esistenza di veri e propri ermafroditi e si riferiva l'analogo, ma più documentato, caso di una moglie-bambina di Epidauro che, raggiunta la pubertà, aveva iniziato ad avvertire forti dolori e rigonfiamenti in zona inguinale, risolti da un chirurgo con un'incisione che ne aveva fatto fuoriuscire gli organi maschili, dopodiché ella/egli aveva cambiato nome ed abbandonato il telaio e l'ago per imbracciare finalmente lo scudo e la lancia (cfr. O. LONGO, *La damigella di Epidauro. Anatomia di due travestiti*, in ID., *L'universo dei Greci. Attualità e distanze*, Padova, 2000, 55-64). Della vicenda siriana sarebbero peraltro possibili altre interpretazioni: si è suggerito che possa trattarsi del travisamento greco di un ipotizzabile coniugio omosessuale arabo, con il giovane sposo impubere qualificato come femmina (O. LONGO, op. cit., 63, nt. 21), ed in proposito si potrebbe ricordare che dagli Iturei di Abae sarebbe disceso, qualche secolo dopo, pure il famigerato imperatore Elagabalo, cui fonti ostili, e probabilmente miranti a farne una caricatura di Costantino dal punto di vista degli ultimi fautori della *religio* tradizionale, attribuivano un matrimonio *same-sex* in qualità di moglie, e persino un'autocastrazione (cfr. ELIO LAMPREDIO, *Historia Augusta, Vita di Elagabalo*, 10; F. ALTHEIM, *Deus invictus: le religioni e la fine del mondo antico*, trad. it. Roma, 2007, 158).

¹² PLINIO IL VECCHIO, *Storia naturale*, VII, 34, con riferimento agli ermafroditi icasticamente scriveva «*olim... in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis*». Al riguardo basterebbe pensare alla celebre e sensualissima statua dell'*Ermafrodito dormiente*, ritrovata nel Seicento e collocata nella Galleria del Cardinal Borghese, che è forse una copia romana di quella di Policle (menzionata peraltro

discutevano piuttosto sul se e come poterle sussumere tra i maschi o tra le femmine ai fini dell'operatività di determinati istituti che, come accadeva sovente nei diritti antichi, da tale classificazione facevano derivare conseguenze di tutto rilievo¹³. La questione era controversa anche tra i giureconsulti romani, a quanto pare soprattutto a fini successori, e veniva tendenzialmente risolta facendo applicazione del criterio del "sesso prevalente"¹⁴. Qualora poi entrambi i sessi fossero funzionali, i canonisti ritennero che il soggetto dovesse sceglierne uno e rinunciare all'altro¹⁵, mentre la legge prussiana avrebbe precisato che la scelta spettava ai genitori ma che il figlio, raggiunta la maggiore età, avrebbe potuto modificarla, salva però la possibilità di una perizia medica qualora venissero in rilievo diritti di terzi¹⁶.

L'avvento della modernità ha invece apportato due nuovi dati di fondo, che caratterizzano la nostra società, profondamente differenziandola da quelle del passato anche nell'approccio a tali problematiche.

dallo stesso PLINIO IL VECCHIO, op. cit., XXXIV, 80): cfr. O. M. PETER, *Olim in prodigiis, nunc in deliciis*, in *Iura antiqua, iura moderna. Festschrift für F. Benedek*, Pecs, 1991, 209 ss.

¹³ Nel *Talmud* si trova una dettagliata descrizione della posizione legale degli androgini e di come costoro dovessero essere considerati a certi fini come maschi ed a certi altri come femmine (*Mishnah, Bikkurim*, IV).

¹⁴ Lo attestano due passi di Ulpiano (*Dig.* 1.5.10; *Dig.* 28.2.6.2), ed uno di Paolo in cui si esplicitava come la prova di tale prevalenza dovesse essere fornita dalla considerazione di quale degli organi fosse suscettibile di eccitarsi (*Dig.* 22.5.15.1): cfr. L. FRANCHINI, *Lo status dell'ermafrodita ed il problema della determinazione del sesso prevalente*, in *www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*, IX, 2016. L'accoglimento di tali formule nella compilazione giustinianea, e quindi la generalizzazione di quelli che in origine dovevano essere stati espedienti elaborati per affrontare specifiche casistiche, ha fatto sì che esse influissero in seguito anche sul diritto canonico (cfr. *Decretum Gratiani*, C. 4, q. 2 et 3, c. 3) e sul *common law* (cfr. H. DE BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, 2, 32).

¹⁵ Tuttavia, in un caso di palese violazione della regola, con due ermafroditi coniugati tra di loro e reciprocamente ingravidatisi, D. D. MATEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali*, 1676, C. XLVIII, sostenne, con l'approvazione dell'Inquisizione spagnola, che non era applicabile la pena capitale, prevista per la sodomia, ma al più quella per lo spergiuro, sempreché la rinuncia fosse stata giurata (cfr. V. PUEYO, *Cuerpos plegables: anatomías de la excepción en España y en América Latina (siglos XVI-XVIII)*, Woodbridge UK, 2016, 122). Anche in un coevo caso francese la scoperta, tramite perizia medica, di una condizione di ermafroditismo salvò dal rogo l'imputato/a e la sua compagna, che sarebbero altrimenti risultate ree di lesbismo: cfr. J. DUVAL (a cura di V. Marchetti), *L'ermafrodito di Rouen. Una storia medico-legale del XVII secolo*, Venezia, 1988; V. MARCHETTI, *L'invenzione della bisessualità, Discussioni tra teologi, medici e giuristi del XVII secolo sull'ambiguità dei corpi e delle anime*, Milano, 2008; J. F. MONET (a cura di García López), *Sobre el derecho de los hermafroditas*, Tenerife, 2015. Dal punto di vista canonistico l'ermafroditismo in quanto tale non dovrebbe rappresentare un impedimento al matrimonio dell'intersessuale con una persona del sesso opposto a quello prevalente, o prescelto dal soggetto stesso con rinuncia a valersi dell'altro, anche se non sono mancate le dispute al riguardo (cfr. D. DI TULLIO, *Ermfroditismo*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1960, VI, 659), tanto che, a quanto pare, nel 1601 le autorità ecclesiastiche italiane avrebbero disposto lo scioglimento del coniugio tra una donna e D. Burghammer, un lanzicheneco ermafrodito che, in seguito ad un rapporto occasionale con un altro soldato, aveva addirittura partorito una figlia, poi data in adozione (cfr. A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body. Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, 2000, 35).

¹⁶ *Allgemeines Landrecht*, §§ 19-23.

Da una parte, il progetto rivoluzionario di affermazione del monopolio statale sul diritto e di radicale semplificazione delle complessità giuridiche proprie dell'*Ancien Régime*, è passato anche per l'introduzione delle discipline in materia di stato civile, in base alle quali organi amministrativi hanno il compito di far sì che la nascita ed altri fatti salienti dell'esistenza di tutti i soggetti dell'ordinamento risultino obbligatoriamente da pubblici registri¹⁷, in cui si provvede anche alla necessaria classificazione degli stessi come maschi o femmine. La necessaria appartenenza all'uno o all'altro genere, cui corrispondevano due differenziati statuti della capacità giuridica, è divenuta così un dato formalizzato e dotato di rilievo pubblicistico, facendo scomparire ogni spazio per la stessa pensabilità di situazioni intermedie, archiviate come favole degli antichi¹⁸ oppure risolte come ipotesi in cui occorra rettificare le risultanze dei registri relative ad un sesso "apparente" per indicare invece quello "vero"¹⁹. Dall'altra parte, la chirurgia moderna, con l'ausilio delle terapie ormonali, consente una trasformazione radicale dei caratteri anatomici, per cui è diventato possibile operare una persona intersessuale per conformarne i caratteri ambigui in un senso o nell'altro.

¹⁷ G. DE FILIPPO, F. MASCILLI, G. TUCCI, *Corso di Codice Civile di C. Demolombe. Prima versione italiana*, Napoli, 1847, I, 180, evidenziavano come l'istituzione dei registri, attestanti i principali avvenimenti relativi allo stato civile di tutte le persone, rispondesse anzitutto ad obiettivi statuali di "preveggenza sociale e di alta polizia".

¹⁸ Come esempi di un atteggiamento ampiamente diffuso fra i giuristi della modernità, cfr. F. DE ZEILLER, *Commentario sopra il Codice civile universale austriaco*, Venezia, 1815, I, 97, nt. 1: "Gli ermafroditi, l'esistenza dei quali è posta molto in dubbio dai moderni chirurghi..."; A. PADOVANI (a cura di), *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine, opera di G. Domat*, Pavia, 1825, I, 209, nt. 1: "I Romani tenevano per certa la esistenza degli ermafroditi... Ma studiando più accuratamente la natura e l'anatomia si conobbe che non esistono veri ermafroditi?"; F. FORAMITI, *Enciclopedia legale*, Venezia, 1839, III, 19: "Ma i fisici moderni pensano unanimemente che l'esistenza de' veri ermafroditi sia una supposizione gratuita".

¹⁹ In un caso ottocentesco che in Francia attirò anche l'attenzione della stampa, la scoperta della condizione intersessuale di una ventenne portò ad una sentenza di rettifica del suo stato civile in senso maschile, ed infine al suicidio dell'interessato/a nel 1868: cfr. FOUCAULT (a cura di), *Herculine Barbin dite Alexina B.*, Paris, 1978; nonché BERNINI, *Eterosessualità obbligatoria ed esistenza intersex*, in L. FERRARO, F. DICÉ, A. POSTIGLIOLA, P. VALERIO, (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Milano, 2016. Negli Stati Uniti invece una disputa sul sesso incerto di un ermafrodita parrebbe essere dipesa dalla circostanza che il suo voto era risultato determinante in una tornata elettorale locale del 1843, per cui il partito sconfitto aveva tutto l'interesse a dimostrare che, in quanto donna, non avrebbe potuto votare (cfr. A. FAUSTO-STERLING, *The Five Sexes. Why Male and Female Are Not Enough*, in *The Sciences*, 1993, 20-25). Per la scienza medica ottocentesca il tema si rivelò di grandissimo interesse (cfr. A. DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Cambridge MA, 2000), ma ancora oggi dispute in un certo senso analoghe si presentano all'attenzione della giustizia sportiva internazionale, in più occasioni chiamata a pronunciarsi in ordine alla partecipazione di atleti intersessuali, anagraficamente femmine, alle competizioni femminili (cfr. J. MACUR, *The Line Between Male and Female Athletes Remains Blurred*, in *New York Times*, 28 luglio 2015; V. MATHER, J. LONGMAN, *Ruling Leaves Caster Semenya With Few Good Options*, *ivi*, 31 luglio 2019; E. FALLETTI, *Il riconoscimento dell'identità di genere tra sport e non discriminazione: la vicenda di Caster Semenya*, in *GenIus*, 2020, 1, 125-137).

In particolare, si è potuta affermare l'idea di una totale malleabilità della psicosessualità dell'infante, per cui, operando in tempo e facendo sì che i genitori lo/a educassero in conformità con il genere conseguito all'operazione (esito che poteva essere attinto anche non informandoli affatto circa la condizione intersessuale presentatasi alla nascita e prontamente eliminata), sarebbe stato possibile garantire un suo pieno adeguamento alla nuova condizione²⁰, ed in tal modo evitargli/le un'esistenza ritenuta "mostruosa"²¹.

2. Stato della questione e prospettive evolutive.

Negli Stati Uniti d'America, da cui questi protocolli medici si sono diffusi nel resto del mondo, si va oggi invece progressivamente irrobustendo un approccio che propende, salvo nei particolari casi in cui non si tratti solo di un problema di "normalizzazione" ma occorra risolvere urgentemente problemi di salute (connessi ad esempio all'incidenza dell'anomalia genitale sulla funzionalità di altri apparati), per il rinvio del trattamento medico ad un'età che consenta al soggetto di esprimersi al riguardo²², mentre nel nostro Paese la prassi corrente è tuttora quella di procedere, di regola immediatamente, ad un intervento chirurgico di normo-conformazione dei genitali dei neonati intersessuali.

Si tratta, a ben vedere, di interventi invasivi ed irreversibili, suscettibili di determinare pesanti conseguenze fisiche e psichiche che incidono sugli interessati per tutta la loro vita, ma che vengono effettuati in assenza di una disposizione di legge che li preveda e di un intervento dell'autorità giudiziaria che li autorizzi²³, e pongono pertanto un serissimo problema di tutela dei valori, di rilevanza anche costituzionale, della dignità personale, dell'integrità fisica e

²⁰ Lo sviluppo dei protocolli sanitari relativi agli interventi di normo-conformazione degli intersessuali si deve ai contributi di H. YOUNG, *Genital Abnormalities, Hermaphroditism, and Related Adrenal Diseases*, Baltimore, 1937; R. R. GORDON, C. J. DEWHURST, *Ambiguous sex in the newborn*, in *Lancet*, 1962, 872-875; ma soprattutto J. MONEY, *Hermaphroditism: recommendations concerning case management*, in *Journal of clinical endocrinology and metabolism*, 1956, 4, 547-556; ID.; *Psychologic evaluation of the child with intersex problems*, in *Pediatrics*, 1965, 1, 51-55. Si veda in proposito, anche per ulteriori riferimenti, S. KESSLER, *La costruzione medica del genere: il caso dei bambini intersessuati*, in S. PICCONE, C. SARACENO (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, 1996, 95-117.

²¹ Sulla giustificazione offerta dalla cosiddetta "monster ethics" a siffatte pratiche si veda FEDDER, *Beyond Good Intentions*, in *Narrative Inquiry in Bioethics*, 2015, 2, 133-138, che riprende tale espressione da ANNAS, *Siamese Twins: Killing One to Save the Other*, in *Hastings Center Report*, 1987, 2, 27-29.

²² Si vedano, anche per gli ulteriori riferimenti, A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, 2, 109-127; G. CERRINA FERONI, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 2, 303-341; A. LORENZETTI (a cura di), *Focus. Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'incepimento del sistema*, in *GenLus*, 2018, 1, 5-58; G. VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, in *Riv. Biodiritto*, 2019, 1, 433-451.

²³ Com'è noto, la normativa sul transessualismo, di cui alla l. 14 aprile 1982, n. 164 (cfr., anche per ulteriori riferimenti, almeno A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, e F. BILOTTA, *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., Agg.*, Torino 2013, 732 ss.), disciplina vicende totalmente diverse, e comunque si basa sul presupposto che l'intervento di modifica dei caratteri sessuali debba essere autorizzato dal giudice.

dell'autodeterminazione in materia sanitaria del soggetto minore coinvolto²⁴. La giurisprudenza interna ha avuto sinora soltanto poche occasioni di pronunciarsi su profili in qualche modo attinenti a queste fattispecie, e non ha sicuramente brillato per particolare sensibilità²⁵, anche se in sede internazionale l'Italia è stata già ammonita al riguardo²⁶.

Ad ogni modo, si tende oggi a ritenere che l'unica base tecnico-giuridica a supporto delle prassi in discorso consista nella necessità di consentire il tempestivo inserimento del neonato nei registri di stato civile con un sesso certo, ed un nome ad esso coerente²⁷. Non mancano, però, prospettive di possibile evoluzione dell'ordinamento.

²⁴ Va peraltro tenuto presente che la prassi medica è di trasformare comunque i genitali ambigui in femminili, essendo tale operazione più agevole tecnicamente, a prescindere sia dal sesso cromosomico sia dall'orientamento della persona, che un neonato non può certamente manifestare: cfr. L. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 4, 597-636, il quale assume una posizione nettamente critica al riguardo e paragona addirittura l'ipotesi a quella delle mutilazioni genitali femminili tipiche di determinate culture africane e da sempre criticate in Occidente. Si possono vedere al riguardo: D. CROCETTI, *L'invisibile Intersex. Storie di corpi medicalizzati*, Pisa 2013; A. LORENZETTI, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo*, in GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La Famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 485-493; EAD., *Intersex People in Italy between Silence of Harmful practices and violation of the best interest of the child*, in A. LORENZETTI, M. F. MOSCATI (a cura di), *LGBTI Persons and Access to Justice*, London, 2015, 146-170; M. BALOCCHI (a cura di), *Intersex. Antologia multidisciplinare*, Pisa, 2019.

²⁵ Con una decisione che riterremmo di dubbia compatibilità con i nostri principi costituzionali, Trib. Min. Potenza, 29 luglio 1993, in *Dir. fam. pers.*, 1993, II, 1199, arrivò a sospendere dalla potestà i genitori che esitavano a procedere con gli interventi chirurgici sul figlio ermafrodito, quindi affidato alla USL affinché, d'intesa con un curatore speciale nominato all'uopo, si provvedesse in tal senso, agendo sul corpo del minore così da "riportarlo a normalità anche sul piano scolastico e sociale". Più di recente Trib. Bari, 25 giugno 2012, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2013, ha condannato i medici, responsabili di un errore diagnostico che aveva implicato l'attribuzione del sesso maschile ad una neonata affetta da sindrome adrenogenitale, a rifondere ai genitori le spese della procedura ex l. 164 del 1982, nonché a risarcire i danni connessi al patema d'animo e all'impatto "che taluni eventi possono avere in una piccola realtà di provincia, in cui è, quanto meno, più difficile mantenere la riservatezza". Con riferimento ai profili di responsabilità medica connessi al trattamento dei minori intersessuali si vedano anche R. CECCHI, G. MARROCCO, *Stati intersessuali e questioni medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1, 101 ss..

²⁶ Nelle sue Osservazioni del 31 agosto 2016, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, facendo riferimento all'art. 17 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, dedicato alla protezione del diritto all'integrità fisica, ha specificamente ammonito l'Italia, dichiarandosi "concerned that children are subjected to irreversible surgery for intersex variation and other medical treatments without their free and informed consent", e raccomandando al nostro Paese di "ensure that no one is subjected to scientific undocumented medical or surgical treatment during infancy or childhood, guarantee bodily integrity, autonomy and self-determination to the children concerned, and provide families with intersex children with adequate counselling and support". Più di recente, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con la sua Risoluzione n. 1952 del 2013, si è detta "particularly worried about a category of violation of the physical integrity of children, which supporters of the procedures tend to present as beneficial to the children themselves despite clear evidence to the contrary. This includes, among others... early childhood medical interventions in the case of intersex children".

²⁷ Il riferimento è alle disposizioni del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, recante il Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile: ai sensi dei suoi artt.

Da una parte, ferma restando la predetta normativa sullo stato civile, si è proposto di intervenire, nel quadro di una ipotizzata generale riforma della disciplina in tema di modifica dell'attribuzione del sesso, con un esplicito divieto degli interventi chirurgici in questione²⁸, come quelli che hanno poi visto effettivamente la luce in altri Paesi europei²⁹, oppure con l'introduzione di un meccanismo di annotazione riservata circa la condizione di intersessualità del neonato, da affiancare all'indicazione del sesso nei pubblici registri, in maniera tale da legittimare l'interessato/a ad ottenerne poi l'eventuale rettifica secondo una procedura semplificata³⁰.

Dall'altra parte, non è peregrina l'ipotesi che ad essere prima o poi modificata sia proprio la stessa disciplina sulla necessaria classificazione binaria a livello di stato civile. Esistono, infatti, vari Paesi del mondo che consentono il ricorso a registrazioni quali, ad esempio, "sesso indeterminato" o "non specificato" o "neutro", ovvero ad "X" invece di M o F³¹, e, in particolare, occorre considerare come sul riconoscimento del terzo genere si stia già avviando la formazione di un *consensus* europeo, imperniato sulle recenti pronunzie delle Corti

29, 30 e 35 l'atto di nascita, formato sulla base di una dichiarazione che è obbligatorio rendere entro il termine di dieci giorni dal parto, deve obbligatoriamente contenere anche l'indicazione del sesso del nato/a e del nome a lui/lei imposto, che a tale sesso deve corrispondere.

²⁸ Si allude al d.d.l. Lo Giudice, n. 405, presentato al Senato della Repubblica in data 9 aprile 2013, ma mai approvato, ed invero nemmeno discusso, dal nostro Parlamento. In particolare, in base a tale disegno, per i maggiorenni il procedimento di cui alla l. 164 del 1982 sarebbe stato sostituito da un'istanza al prefetto, analoga a quella cui si ricorre ai fini della modifica del nome, mentre l'intervento chirurgico, meramente facoltativo, non avrebbe richiesto autorizzazione di sorta. Per i minori sarebbe stato invece previsto un ricorso al giudice tutelare per la modifica dell'attribuzione di sesso e l'autorizzazione dell'eventuale trattamento medico. Infine, l'art. 13, rubricato "*Diritto all'autodeterminazione del sesso*", avrebbe proibito gli interventi sui neonati intersessuali finalizzati all'assegnazione dei caratteri di un solo sesso, con l'unica eccezione dei casi in cui tali interventi siano resi necessari da situazioni di pericolo di vita o esigenze attuali di salute fisica tali da escludere la possibilità di rinviare l'intervento.

²⁹ Vanno ricordati, in particolare, Malta, con la legge sull'identità di genere del 14 aprile 2015 n. 11, e il Portogallo, con l'art. 5 della *Lei n° 38/2018 de 7 de agosto "Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa"*.

³⁰ Con il parere "*I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici?*", 28 febbraio 2010, il Comitato Nazionale per la Bioetica, pur ritenendo gli interventi medici in questione leciti e addirittura doverosi, ha però auspicato che si evitino mutilazioni e sterilizzazioni non necessarie, ed ha ammesso che in casi eccezionali può essere opportuno non procedervi immediatamente dopo la nascita ma posticiparli, e quindi coinvolgere il minore nella decisione. Ha inoltre suggerito di riformare l'ordinamento dello stato civile nel senso indicato nel testo, così da evitare alla persona interessata la necessità di dover magari poi ricorrere alla procedura di cui alla l. 164 del 1982.

³¹ Si può vedere C. PARRINIELLO, *Riflessioni sull'appartenenza di genere come diritto fondamentale all'identità personale*, in www.comparazionediritto.civile.it, 2015, per i riferimenti a varie esperienze europee, americane, oceaniche ed asiatiche. Il citato parere del nostro Comitato Nazionale per la Bioetica del 2010 ha invece rifiutato tale prospettiva con riguardo alle persone intersessuali.

Costituzionali di area germanica³² e su scelte dello stesso legislatore comunitario³³.

Un siffatto esito, oltre ad apparire quantomeno più aderente alla realtà dei fatti, varrebbe ai nostri fini ad eliminare la necessità giuridica di qualificare ogni neonato come maschio o femmina, e quindi la giustificazione legale della normo-conformazione chirurgica immediata. Si porrebbero, però, anche problemi relativi ai rischi di stigmatizzazione della condizione così formalizzata, oltre che al dubbio giuridico circa l'equiparazione dei soggetti in questione agli appartenenti al genere maschile ovvero a quello femminile ai fini dell'applicazione delle norme che a tale bipartizione facciano in qualche maniera riferimento³⁴.

Più radicalmente, potrebbe dunque essere il caso di domandarsi se, in un contesto ordinamentale che avrà pienamente implementato il principio di eguaglianza tra uomo e donna, rimarrà sempre necessario far constare dai registri di stato civile tale bipartizione legale che, invero, ha un senso giuridico ed un'utilità pratica se ed in quanto sussista una qualche differenziazione in punto di capacità tra le due categorie³⁵. Beninteso, ciò non toglie che riferimenti

³² In Germania il Bundesverfassungsgericht, 20 ottobre 2017, 1 BvR 2019/16, in www.articolo29.it, con nota di F. BRUNETTA D'USSEAUX, ha giudicato inadeguata la scelta del legislatore tedesco di consentire di omettere l'indicazione del sesso, che dal punto di vista italiano sarebbe già un passo avanti, ritenendo che una persona intersessuale abbia piuttosto il diritto ad una positiva indicazione del suo terzo sesso, ed il legislatore ha quindi provveduto al riguardo entro il termine del 31 dicembre 2018 prescrittogli dalla sentenza. Frattanto pure l'omologa Corte austriaca era intervenuta per adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'ordinamento dello stato civile, tale da consentire registrazioni differenti da maschile o femminile (cfr. F. BRUNETTA D'USSEAUX, *La Corte costituzionale austriaca impone l'immediato riconoscimento del terzo genere*, in www.articolo29.it), mentre in Olanda era già stato un giudice di merito (Limburg District Court di Roermond, 28 maggio 2018) a riconoscere direttamente il diritto di una persona intersessuale ad avere sul passaporto una X al posto di M o F.

³³ L'opzione del sesso indeterminato figura ormai anche nel modulo *standard* multilingue per la circolazione degli atti di nascita di cui al Reg. UE 6 luglio 2016, n. 1191, in vigore dal 16 febbraio 2019.

³⁴ In Germania si è dibattuto su come andrebbero considerate le persone appartenenti al terzo sesso legale ai fini dell'operatività del meccanismo di "quote rosa" a fini elettorali proposto da K. Schulze, mentre in Italia ci potremmo, ad esempio, chiedere con chi la persona di sesso neutro possa sposarsi e con chi invece costituire un'unione civile. D'altra parte, le associazioni esponenziali delle persone *transgender* hanno contestato la nuova legge tedesca per aver riconosciuto l'opzione del terzo sesso soltanto alle persone intersessuali, e non anche ai fini di una generale libera autodeterminazione dell'identità di genere. Sul rapporto fra le due diverse condizioni in discorso si veda anche C. P. GUARINI, *Appunti su "terzo sesso" e identità di genere*, in Dirittifondamentali.it, 11 giugno 2019.

³⁵ Invero, fra le opzioni che la citata sentenza costituzionale tedesca del 2017 proponeva al legislatore per realizzare un assetto non discriminatorio, rientrava, in alternativa all'introduzione del terzo sesso legale, pure la cancellazione *tout court* del sesso dallo stato civile, mentre a livello internazionale il n. 31 dei *Yogyakarta Principles plus 10*, adottati il 10 novembre 2017, raccomanda agli Stati di "end the registration of the sex and gender of the person in identity documents". Circa la prospettiva futuribile evocata nel testo si possono vedere G. APRILE, G. MALGIERI, F. PALAZZI, *Transessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di una originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1, 57 e ss.; nonché M.

al sesso biologico di una persona potrebbero, anche in tale ipotetico scenario, continuare a risultare nei documenti sanitari, come si fa oggi ad esempio per i gruppi sanguigni, senza con ciò influire sui registri di stato civile. Si potrebbe quindi anche concludere che, così come razza e religione non risultano più dai documenti anagrafici, in quanto si tratta di caratteristiche che non incidono sullo *status* delle persone, ed anzi in linea di massima non rilevano per il diritto³⁶ se non ai fini del principio di non discriminazione, lo stesso potrebbe avvenire in futuro per il sesso e per il genere. Evidentemente, un esito di questo tipo eliminerebbe in radice il problema di inquadrare chi versi in condizioni anomale e tali da renderne difficile, o instabile, la classificazione secondo i parametri più consueti³⁷.

RIZZUTI, *Soggettività e identità di genere*, in F. BILOTTA, F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020, 143-152.

³⁶ In proposito appare di notevolissimo interesse, per così dire *a contrario*, la recente vicenda giudiziaria olandese di E. Ratelband, un sessantanovenne che invocava il diritto a poter modificare la propria età anagrafica, abbassandola di vent'anni, sulla base dei precedenti a suo avviso rappresentati proprio dalle riconosciute libertà di cambiare religione, nome o sesso: ebbene, in primo grado i giudici hanno rigettato tale istanza, rimarcando che dall'età, a differenza di quanto appunto accade nelle altre ipotesi considerate, dipendono importanti conseguenze giuridiche, quali il diritto di voto o l'obbligo scolastico nonché gli effetti previdenziali (cfr. P. DEL RE, *A 69 anni vuole abbassarsi l'età, ma i giudici olandesi dicono che non si può*, in *La Repubblica*, 4 dicembre 2018). Il caso ha già suscitato un intenso dibattito bioetico: cfr. J. RÄSÄNEN, *Moral case for legal age change*, in *Journal of Medical Ethics*, 2019, 45, 461-464; C. SAAD, *Against the nihilism of 'legal age change': response to Räsänen*, *ivi*, 465-466; I. BRASSINGTON, *What a drag it is getting old: a response to Räsänen*, *ivi*, 467-468; W. SIMKULET, *On legal age change*, *ivi*, 469-470; J. RÄSÄNEN, *Further defence of legal age change: a reply to the critics*, *ivi*, 471-472.

³⁷ Nel recente passato, per gli ordinamenti razzisti poteva essere problematico inquadrare le persone appartenenti ai gruppi non considerati nell'originaria stesura delle norme in materia, per cui, ad esempio, secondo 10th Judicial Circuit Court, 8 marzo 1921, *State of Alabama vs. J. Rollins & E. Labue*, un'italiana non poteva considerarsi bianca "oltre ogni ragionevole dubbio". Non meno arduo risultava qualificare i frutti delle unioni interrazziali: così per la nostra l. 13 maggio 1940, n. 822, i meticci nati prima dell'entrata in vigore del r.d.l. 19 aprile 1937, n. 880, potevano mantenere la cittadinanza e gli *status familiae* acquisiti, mentre quelli nati successivamente andavano considerati sudditi coloniali e figli non riconoscibili. Peraltro, in certi casi particolari occorre prevedere eccezionali procedimenti che consentissero il mutamento della qualifica razziale attribuita ad una persona, come l'arianizzazione di cui alla l. 13 luglio 1939, n. 1024, e soltanto perché le leggi segregazioniste americane erano già state abrogate non si è posto il problema di come sulle stesse potessero incidere modificazioni esteriori del tipo di quelle cui si era sottoposto M. Jackson, o quelle, invero molto meno invasive, cui oggi fanno ricorso le persone non a caso definite come *transracial* (cfr. R. SANGHANI, *Are we about to witness the rise of 'transracialism'?*, in *The Telegraph*, 3 febbraio 2019). Del pari, negli ordinamenti in cui l'appartenenza religiosa incide direttamente sullo *status personae*, come tutt'oggi in buona parte del Medio Oriente, le conversioni, se ammesse, non possono restare nel foro interno ma devono essere burocratizzate e proceduralizzate, mentre risulta problematico inquadrare la posizione di chi non appartenga a nessuna confessione, o a nessuna di quelle riconosciute. Tali questioni non hanno invece rilievo giuridico laddove razza o religione non esercitino alcuna influenza sullo stato civile delle persone, e lo stesso accadrebbe per quelle attinenti alle persone intersessuali, nonché a quelle transessuali, in un ipotetico ordinamento in cui nemmeno il sesso vi incidesse. Così, L. IPPOLITO, *In Inghilterra si accende la battaglia sulle identità sessuali e di genere*, in *Corriere della Sera*, 15 ottobre 2017, si può domandare

3. Valutazioni conclusive.

Senza bisogno di giungere a tanto, riterremo però che oggi un giudice ordinario italiano, eventualmente interpellato sul punto, potrebbe arrivare già *de jure condito* alla conclusione dell'inammissibilità degli interventi chirurgici sui neonati intersessuali, senza nemmeno bisogno di rimettere la questione all'esame della Consulta³⁸.

Occorre, infatti, tenere presenti i recenti interventi giudiziari sul diritto della persona *transgender* non operata di ottenere comunque la modifica dell'attribuzione di sesso: com'è ben noto, la nostra giurisprudenza di legittimità, anche sulla base dei precedenti europei³⁹, ha ritenuto che la disciplina in materia vada interpretata nel senso di non considerare imprescindibile la chirurgia ai fini della rettifica⁴⁰, e la giustizia costituzionale ha quindi potuto evitare di dichiarare incostituzionale la normativa in parola solo in quanto il diritto vivente l'aveva

se la società britannica, dopo essere divenuta post-religiosa e post-razziale stia ora diventando anche "post-sessuale".

³⁸ A livello comparatistico, un intervento diretto della giustizia costituzionale *in subiecta materia* si è avuto, a quanto pare, soltanto in Colombia, e oltretutto senza esiti decisivi. Dapprima, la locale Corte Costituzionale, con sentenza del 23 ottobre 1995, T-477/95, caso *Gonzalez*, aveva ritenuto esorbitante dalla potestà genitoriale la decisione di mutare il sesso del figlio, in un caso in cui gli organi genitali maschili dello stesso avevano subito danni gravi e tecnicamente irreparabili in un incidente, per cui i medici ritenevano che quella fosse l'unica soluzione atta a garantirgli una vita "normale". Di conseguenza, altri medici ritennero opportuno chiedere un'autorizzazione giudiziaria prima di procedere ad interventi di normalizzazione su bambini intersessuali, come era stato loro richiesto dai genitori. La medesima Corte, investita quindi anche della nuova questione, ha bensì stabilito, con sentenza del 12 maggio 1999, SU-337/99, caso *Ramos*, che rispetto al caso di un paziente di otto anni ai genitori non possa essere riconosciuto il potere di prendere tale decisione, ma con sentenza del 2 agosto 1999, T-551/99, caso *Cruz*, ha anche ritenuto che rispetto ai minori di cinque anni debbano essere comunque i genitori a decidere al riguardo, esprimendo un consenso informato e orientato all'interesse dell'infante. L'impatto effettivo della vicenda si rivela quindi alla fine modesto, in quanto nella maggior parte dei casi gli interventi di questo tipo riguardano neonati, ben al di sotto del limite di età che è stato posto alla possibilità di eterodeterminazione genitoriale: il rinvio all'ottavo anno di età nel caso *Ramos* era dipeso nella specie solo dal rifiuto dei medici, intimoriti dalla precedente sentenza, di procedervi prima del completamento dell'*iter* giudiziario. Si veda al riguardo, anche per gli ulteriori riferimenti, K. HAAS, *Who Will Make Room for the Intersexed?*, in *American Journal of Law and Medicine*, 2004, 1, 41-68.

³⁹ CEDU, 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n. 14793/08, ha ritenuto lesiva dell'art. 8 Conv. la disciplina turca che prevedeva come requisito per la transizione una condizione di sterilità. L'orientamento è stato recentemente ribadito da CEDU, 6 aprile 2017, *A.P., Garçon & Nicot vs. France*, ric. 79885/12, 52471/13 e 52596/13 decisi congiuntamente, che ha ritenuto illegittima la disciplina francese che condizionava il mutamento di sesso ad un intervento chirurgico di sterilizzazione (cfr. F. MORETTA, *Corte EDU tra divieto di sterilizzazione preventiva e definizione dell'identità di genere: è l'individuo davvero libero di determinare la propria?*, in *Diritto e Salute*, 2017, 4, 31-44), disciplina peraltro nel frattempo superata dai nuovi artt. 61-5 e 61-6 introdotti nel *Code Civil* dalla *loi* 18 novembre 2016, n. 1547 (cfr. F. AZZARRI, *La nuova legge francese sul mutamento anagrafico di sesso*, in *www.familia.it*, 18 ottobre 2017).

⁴⁰ Il *revirement* è stato segnato da Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, in *Foro it.*, 2015, I, 3137, con nota di G. CASABURI, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico "radicale" – Rivive il mito dell'ermafroditismo?*

già conformata in tal senso⁴¹. Nell'odierno sistema ordinamentale, è dunque inevitabile, in quanto addirittura costituzionalmente necessario, che le risultanze dei registri di stato civile possano non corrispondere alla situazione anatomica delle persone interessate⁴², il che è già sufficiente a destituire di fondamento la pretesa di ravvisare nelle norme di stato civile la base su cui fondare la legittimità degli interventi di normo-conformazione dei neonati intersessuali, per cui la prassi in esame, una volta rimosso tale precario sostegno, rimane *praeter legem* e *contra ius*.

Si tratta, del resto, di esiti in linea con il più ampio quadro "postmoderno" che va delineandosi, e che implica una tendenziale prevalenza del diritto all'identità personale rispetto all'interesse dello Stato ad una classificazione dei soggetti secondo criteri certi, oltre che, al tempo stesso, una prevalenza dell'autodeterminazione dell'individuo, e dell'autonomia professionale del medico, rispetto ad etero-determinazioni normative dei trattamenti sanitari. Entrambe le tendenze trovano, oltretutto, riscontro in ulteriori settori dell'ordinamento, come possono dimostrare, da un lato, le recenti decisioni a livello europeo e costituzionale che hanno introdotto margini di volontarismo nelle regole sulla attribuzione del cognome dei figli, precedentemente rimessa a meri automatismi⁴³ e, dall'altro, le ben note pronunzie in materia di procreazione assistita che hanno condannato i tentativi legislativi di imporre determinati protocolli a prescindere dalle particolarità dei singoli casi e dalle valutazioni di adeguatezza medica⁴⁴.

⁴¹ Si allude a Corte Cost., 5 novembre 2015, n. 221, in *Foro it.*, 2015, I, 3758. Più di recente l'approdo è stato ribadito da Corte Cost., 13 luglio 2017, n. 180, e Corte Cost., 13 luglio 2017, n. 185, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

⁴² Da questo punto di vista l'ordinamento già conosce il "terzo sesso", come criticamente posto in rilievo da Trib. Avezzano, ord. 12 gennaio 2017, che fondava la sua critica alle menzionate Cass. Civ., sent n. 15138 del 2015 e Corte Cost. 221 del 2015 anche sul presupposto che ammettere alla rettificazione le persone transessuali non operate avrebbe appunto finito per introdurre nell'ordinamento un inaccettabile *tertium genus*, lesivo di quello che il giudice chiama il "pieno duopolio uomo/donna": la peculiare questione di legittimità costituzionale del diritto vivente così proposta dal giudice abruzzese è stata dichiarata infondata dalla citata Corte Cost. 185 del 2017, ma su questo specifico profilo la Consulta non sembra essersi soffermata. A difesa del predetto "duopolio" argomentano M. E. RUGGIANO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 180 del 2017: inquieta e preoccupa la irrilevanza della biologia e della chirurgia per l'attribuzione della identità di genere e il compito del giudice nel relativo accertamento*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 344 ss., e T. MAUCERI, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 6, 1475 ss.

⁴³ Corte Cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 165, con nota di V. CARBONE, rifacendosi a CEDU, 7 gennaio 2014, *Cusan & Fazzo c. Italie*, ric. 77/07, ha dichiarato incostituzionali le norme, desumibili in via implicita o esplicita dal Codice Civile e da ulteriori fonti, che impedivano ai genitori di attribuire di comune accordo al figlio matrimoniale, o extramatrimoniale simultaneamente riconosciuto o congiuntamente adottato, anche il cognome materno. Si sono dunque ritenute prevalenti l'autonomia dei genitori ed il diritto all'identità personale del figlio, rispetto all'interesse pubblico ad una tracciabilità certa delle appartenenze familiari sulla base di un criterio univoco, che nel nostro Paese era tradizionalmente quello patrilineare.

⁴⁴ Può essere interessante ricordare come nel giudizio che ha condotto all'emanazione di Corte Cost. 221 del 2015, cit., l'interveniente Associazione Radicale Certi Diritti abbia richiamato le

È stato quindi lo stesso legislatore ad esplicitare in termini generali, con riferimento a tutto l'ambito dei trattamenti sanitari, la sussistenza di un diritto della persona minore d'età "alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione"⁴⁵, capacità che il neonato chiaramente non può esprimere, e che per essere valorizzate implicano dunque (salvi soltanto i già ricordati casi peculiari in cui sussistano ragioni di urgenza *stricto sensu* sanitarie) il rinvio dell'eventuale intervento medico ad un momento successivo, in maniera tale da consentire la salvaguardia di quello che nel recente dibattito bioetico nordamericano è stato chiamato "the right to an open future"⁴⁶.

celeberrime Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, 2324, con nota di G. CASABURI, sulla fecondazione eterologa, e Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Giust. civ.*, 2009, 6, 1177, con nota di E. GIACOBBE, sull'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto di non più di tre embrioni, facendo riferimento ad entrambe per sostenere l'irragionevolezza di previsioni che cristallizzino protocolli sanitari, disconoscendo la centralità del ruolo del medico nella valutazione del caso concreto e nell'applicazione dei trattamenti.

⁴⁵ Il riferimento è al disposto dell'art. 3, comma 1, della legge 22 dicembre 2017 n. 219. Con specifico riferimento all'impatto della norma anche sul tema qui in esame cfr. M. RIZZUTI, *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, in *Diritto e Salute*, 2018, 4, 166-183, e soprattutto L. GIACOMELLI, *Il diritto fuori binario. La tutela giuridica dei minori con varianza di genere tra responsabilità genitoriale e autonomia individuale: una prospettiva comparata*, in *Diritto e Salute*, 2019, 2, 39-70.

⁴⁶ Postulata la sussistenza in capo al minore di un siffatto diritto alla non predeterminazione, se ne è ricavato anzitutto il divieto per i genitori di pregiudicarlo, ad esempio rinunciando a delle opportunità di istruzione (cfr. J. FEINBERG, *The Child's Right to an Open Future*, in W. AIKEN, H. LA-FOLLETTE (a cura di), *Whose Child? Children's Rights, Parental Authority, and State Power*, Totowa NJ, 1980, 124-153), ovvero selezionando, ed in futuro direttamente manipolando, il genoma del figlio nascituro (cfr. DAVIS, *Genetic Dilemmas and the Child's Right to an Open Future*, in *Rutgers Law Journal*, 1997, 549-592 e quindi EAD., *Genetic Dilemmas: Reproductive Technology, Parental Choices, and Children's Futures*, New York, 2001), ma anche imprimendo sul corpo del neonato le proprie opzioni religiose o culturali (cfr. R. J. L. DARBY, *The child's right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2013, 463-468).

Dispositivi medici e nuove regole: grandi riforme e qualche occasione persa.

di Andrea Pisani Tedesco*

Abstract IT: *Il contributo affronta il tema delle nuove sfide regolatorie riguardanti i dispositivi medici, con particolare attenzione alla normativa europea. I dispositivi medici oggi giocano un ruolo cruciale nella sanità, dalla diagnosi alla cura, contribuendo a salvare vite. In un contesto di bilanci ristretti e invecchiamento della popolazione, i sistemi sanitari devono adattarsi per rispondere alle nuove esigenze, superando le disuguaglianze e garantendo assistenza a una società che invecchia.*

Abstract EN: *The contribution addresses the issue of new regulatory challenges concerning medical devices, with particular attention to European legislation. Medical devices today play a crucial role in healthcare, from diagnosis to treatment, contributing to saving lives. In a context of tight budgets and an aging population, healthcare systems must adapt to meet new needs, overcoming inequalities and ensuring care for an aging society.*

Sommario: 1. Il contesto socioeconomico di riferimento. – 2. Il precedente quadro normativo basato su tre pilastri: le direttive sui *Medical Devices* (c.d. “MDD”). – 3. I motivi del cambio di rotta: l’approdo normativo dopo la navigazione nelle Corti. – 4. L’attuale quadro normativo e regolatorio nei nuovi Regolamenti UE: i cambiamenti principali. – 5. Qualche conclusione.

1. Il contesto socioeconomico di riferimento.

Qualsiasi riflessione sui dispositivi medici, oggi, si colloca necessariamente ad un crocevia di saperi. All’incrocio, piuttosto affollato, troviamo la medicina, le tecnologie e, quasi a dirigere il “traffico”, il diritto.

Volgendo lo sguardo indietro, al secolo passato, specie in relazione alle tecnologie medicali si registra un salto di qualità enorme: basti pensare, ad esempio, alle potenzialità del *bioimaging*, che ha offerto al medico nuovi potenti

* Assegnista di ricerca in Diritto privato comparato presso l’Università degli Studi di Milano Bicocca.

occhi per esplorare l'interno del corpo umano e i suoi misteri. Come noto, nel Novecento i progressi tecnici sono stati “esponenziali”, con veri e propri balzi in avanti⁴⁷. Sicché, sul piano fenomenico, il giurista ha iniziato a confrontarsi con strumenti sempre più evoluti e sofisticati, i quali hanno sollecitato – sino ad un punto di stress significativo – sia l'approccio regolatorio adottato a monte, sia istituti cardinali, come la responsabilità civile e l'assicurazione.

In questo quadro si colloca la nuova normativa di marca europea sui dispositivi medici, contenuta in una coppia di Regolamenti⁴⁸, oggetto delle riflessioni del presente lavoro.

Ad oggi, i dispositivi medici (in avanti anche “DM”) rivestono un ruolo sociale assai rilevante, contribuendo a salvare vite umane, intervenendo in ogni fase del rapporto di cura: dalla diagnosi, anche a scopo preventivo, al controllo, passando, ovviamente, per il trattamento o l'attenuazione della malattia⁴⁹.

Inoltre, in un'epoca di ristrettezza di bilancio e con una società sempre più anziana, i sistemi sanitari pubblici sono particolarmente sollecitati e “*devono adattarsi per fronteggiare le nuove e le future esigenze, e per farlo occorre una visione comune degli obiettivi in materia di assistenza sanitaria per superare le disuguaglianze e prendersi cura di una società che invecchia*”⁵⁰.

Oltre al ruolo cruciale giocato dai DM nell'ambito dell'assistenza sanitaria, essi rappresentano altresì un settore significativo per l'economia dei paesi europei. Tradizionalmente, il mercato UE dei dispositivi medici è competitivo e innovativo e si caratterizza per una forte presenza di PMI (circa il 95%). In termini economici, esso corrisponde a oltre un quarto del mercato globale, per un valore totale di circa 140 miliardi di euro⁵¹.

In tale mercato vi sono oltre cinquecentomila tipi di dispositivi medici e dispositivi medico-diagnostici in vitro. Come si vedrà meglio *infra*, l'espressione “dispositivi medici” si riferisce a una categoria eterogenea di prodotti ad attività terapeutica o diagnostica, di varia complessità e con diverso profilo di rischio: per fare qualche esempio: i cerotti, le valvole cardiache, le protesi mammarie,

⁴⁷ Cfr. E. COGNIGNI, D. MIRTELLA, *Dispositivi medici: norme, responsabilità, rischio clinico*, Macerata, 2015, 31.

⁴⁸ Regolamento (UE) 2017/745, relativo ai *dispositivi medici* (in avanti anche “MDR”); e Regolamento (UE) 2017/746, relativo ai *dispositivi medico-diagnostici* in vitro (anche “IVDR”) – sui quali si rinvia spec. al § 4 *infra*.

⁴⁹ Si veda l'articolata definizione normativa *ex art. 2, n. 1*, MDR.

⁵⁰ Cfr. la Panoramica offerta dalla Commissione europea, consultabile al sito: https://ec.europa.eu/health/medical-devices-sector/overview_it.

⁵¹ Cfr. la Panoramica offerta dalla Commissione europea, consultabile al sito: https://ec.europa.eu/health/medical-devices-sector/overview_it; e *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report accompanying the document, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space*, 3 maggio 2022, SWD(2022) 131 final, spec. 9.

talune applicazioni software. D'altro canto, i “dispositivi medico-diagnostici in vitro” sono usati per effettuare analisi su campioni: si pensi ai test di gravidanza, ai sistemi per il controllo della glicemia per i pazienti diabetici, ai test ematici per l'HIV, nonché ai recenti, e famigerati, COVID-19 test.

Veniamo al rilievo giuridico dei dispositivi medici.

L'importanza che l'universo dei DM riveste per il legislatore è testimoniata in modo immediato dalla normativa di nuovo conio qui commentata. Come si vedrà, tuttavia, non si tratta di un semplice *restyling* normativo. Cambia in modo significativo la politica del diritto adottata a monte. D'altronde, esaminando a volo d'uccello la storia del diritto dei dispositivi medici dell'ultimo secolo – prima solo nazionale e, da un certo momento in poi, di matrice comunitaria – possiamo osservare una varietà di approcci che oscillano dal “disinteresse” legislativo (*rectius*: assenza di una normativa speciale) ad un modello “quasi-autorizzativo” (simile, per certi versi, a quello retrostante la legislazione farmaceutica).

In estrema sintesi, dagli inizi del '900 possiamo registrare una notevole crescita del peso del diritto speciale rispetto a quello comune, con significativi mutamenti di approcci regolatori, che si possono schematizzare nei tre seguenti modelli:

- a) *libera commercializzazione dei DM, salvo talune (limitate) eccezioni* di “presidi medici e chirurgici” indicati nel regolamento di esecuzione della L. 1070/1927, sottoposti a una “speciale registrazione da parte del Ministero dell'Interno”, all'epoca competente in materia⁵²;
- b) *approccio regolatorio “snello”*, orientato alla libera circolazione dei prodotti, c.d. “nuovo approccio” in materia di armonizzazione tecnica e DM, adottato dalle Istituzioni comunitarie dal 1985 in avanti, di cui si dirà meglio avanti;
- c) *approccio regolatorio “hard”*, orientato (principalmente) alla sicurezza, sposato nei due nuovi regolamenti europei MDR e IVDR⁵³.

In chiusura, sul rapporto tra tecnologia medicina e diritto si potrebbe dire quanto segue. Come noto, il diritto ha, quasi sempre, una funzione preventiva volta a propiziare un ordinato sviluppo delle attività umane (*ne cives ad arma veniant*). Sebbene, come si dirà, i nuovi regolamenti rappresentino un *corpus* normativo elefantino, piuttosto ostico per la mole di impegni e adempimenti richiesti agli attori in gioco (soprattutto se PMI), specie in relazione ai dispositivi

⁵² L'elenco individuato nel regolamento di esecuzione di tale legge era piuttosto esiguo e comprendeva soltanto: 1. Pessari; 2. Irrigatori, docce, siringhe, insufflatori vaginali; cannule vaginali; 3. Disinfettanti e sostanze poste in commercio come “battericide” “germicide”; 4. Apparecchi di contenzione di ernie intestinali, o di organi addominali (Allegato al R.D., 6 dicembre 1928, n. 3112). Cfr. DGFDM, MINISTERO DELLA SALUTE, *Dispositivi Medici. Aspetti Regolatori e Operativi*, II ed., Roma, 2010, 11 ss. anche per un'interessante ricostruzione storica della materia dai primi del '900 in avanti; e E. COGNIGNI-D. MIRTELLA, *o cit.*, 33 ss.

⁵³ Per avere un'idea di tale approccio cfr. i *considerando* (2) e (4) MDR.

medici si può pensare al diritto come a una guida per il tempo di pace. Le c.d. regole del gioco, possono *guidare* gli operatori del settore a lavorare con diligenza e serenità. Sembra appena il caso di aggiungere che la mera adesione, passo passo, a quanto richiesto dai Regolamenti in parola non garantirà, *per se*, l'immunità dal rischio e, conseguentemente, dalla responsabilità. L'immunità dal rischio non è di questo mondo industriale⁵⁴. Ma anche la possibilità di minimizzare il rischio di contenzioso *ex post* rappresenta, certamente, un obiettivo desiderabile, sia per il singolo attore che per la collettività nel suo complesso.

2. Il precedente quadro normativo basato su tre pilastri: le direttive sui *Medical Devices* (c.d. "MDD").

Come noto, la vecchia normativa era costruita su tre pilastri: le direttive sui Dispositivi Medici, conosciute anche, collettivamente, come MDD. In particolare, si trattava delle seguenti fonti: i) la Direttiva 90/385/CEE, sui dispositivi medici impiantabili attivi; ii) la Direttiva 93/42/CEE, sui dispositivi medici; e iii) la Direttiva 98/79/CE, sui dispositivi medico-diagnostici in vitro. La logica di base sottesa a tali direttive era quella di raggiungere un *livello minimo di armonizzazione* tra gli Stati membri, senza disciplinare ogni dettaglio tecnico dei prodotti regolati. Si tratta del c.d. "Nuovo Approccio" adottato dalla Commissione e dal Consiglio UE dal 1985 in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione⁵⁵. Fino a quel momento, invero, le Istituzioni comunitarie avevano perseguito l'obiettivo di un mercato unico tramite direttive di armonizzazione per classi di prodotti, che prevedevano requisiti tecnici di

⁵⁴ Il che è particolarmente evidente quando ci si spinga verso le frontiere scientifiche e tecniche conosciute in un dato momento storico. Un esempio interessante, in tal senso, è costituito dall'utilizzo di nanomateriali in ambito medico. Il legislatore europeo riconosce infatti che "vi è una situazione di incertezza sul piano scientifico in merito ai rischi e ai benefici dei nanomateriali utilizzati per i dispositivi"; e, pertanto, "nella progettazione e nella fabbricazione dei dispositivi i fabbricanti dovrebbero procedere con *particolare cautela* al momento di utilizzare nanoparticelle in relazione alle quali sussiste un potenziale medio o alto di esposizione interna. Tali dispositivi dovrebbero essere sottoposti alle *procedure più rigorose di valutazione della conformità*" (considerando n. (15) MDR). Pur non essendo richiamato espressamente, riecheggia con forza il portato precettivo del *principio di precauzione*. Esso si può compendiare nell'idea base per cui "*for any perceived risk posed by a technology, means must be found to effectively mitigate those risks before the technology is pursued or implemented*" (così G.E. MARCHANT-W. WALLACH (edited by), *Emerging technologies: Ethics, Law and Governance*, Oxon-New York, 2017, 8, ed ivi in generale sul principio di precauzione applicato alle nuove tecnologie). Il *precautionary principle* trova ormai un autorevole riconoscimento a livello di fonte primaria nell'art. 191(2) TFUE, ivi previsto in materia ambientale, e poi elevato a principio generale e trasversale almeno a far data dal *leading case* Trib. UE, 26 novembre 2002, *Artegodan c. Commissione*, T-74/00, ECLI:EU:T:2002:283.

⁵⁵ Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985 relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione (85/C 136/01); nella rubrica inglese: "*new approach to technical harmonization and standards*" – in avanti anche "la Risoluzione 'Nuovo Approccio'".

estremo dettaglio (emblematici in proposito furono il settore farmaceutico e quello alimentare), scontando, tuttavia, i tempi lunghi richiesti da un'armonizzazione tecnica minuta; tempistiche che sembrarono inconciliabili con gli ambiziosi obiettivi che si stava ponendo la Comunità Europea a metà degli anni Ottanta⁵⁶.

Sicché, si ritenne urgente rimuovere gli ostacoli tecnici agli scambi e l'incertezza che ne risultava per gli operatori economici, ponendo fine alla proliferazione di direttive particolari eccessivamente tecniche su singole classi di prodotti⁵⁷.

In altre parole, le Istituzioni comunitarie, da quel momento in poi, intendevano adottare norme “leggere”, finalizzate a identificare i “requisiti essenziali di sicurezza” (ma non altro), onde favorire al massimo la libera circolazione delle merci nel mercato interno.

Le tre MDD richiamate sono state costruite completamente secondo la filosofia normativa del c.d. Nuovo Approccio. Essa viene richiamata esplicitamente nella Direttiva 93/42/CEE sui Dispositivi Medici e, in suo ossequio, si dichiara che *“le norme che disciplinano l'elaborazione e la fabbricazione dei dispositivi medici si devono limitare alle disposizioni necessarie a soddisfare i requisiti essenziali”, e “che i requisiti essenziali devono essere applicati con discernimento per tener conto del livello tecnologico esistente nel momento della progettazione e per tener conto altresì delle esigenze tecniche ed economiche, compatibili con un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza”*⁵⁸.

Pertanto, in termini di politica del diritto, e ad un'analisi distaccata delle MDD – che si può ormai condurre quasi in una “serena” prospettiva storica, essendo state consegnate al passato dalla normativa di nuovo conio – sembra possibile affermare quanto segue.

La libera circolazione dei DM e la rimozione degli ostacoli tecnici agli scambi erano gli obiettivi trainanti, rispetto agli altri, ancillari, di *sicurezza* ed *efficacia* dei dispositivi stessi. Non si intende sostenere che la sicurezza dei dispositivi fosse totalmente pretermessa dal legislatore. Tuttavia, e si potrà verificare la correttezza dell'affermazione analizzando il nuovo MDR, l'obiettivo sicurezza (dei dispositivi medici) non rappresentava propriamente la chiave di volta del sistema.

In via generale, si osservava un'ampia discrezionalità in capo al fabbricante nel raggiungere gli obiettivi di qualità e sicurezza dei DM. E non c'era un controllo

⁵⁶ DGFDM, MINISTERO DELLA SALUTE, *Dispositivi Medici. Aspetti Regolatori e Operativi*, cit., 13 s.

⁵⁷ Cfr. Risoluzione “Nuovo Approccio”, All. II, spec. quinto capoverso.

⁵⁸ Direttiva 93/42/CEE, considerando n. 8. Altrettanto eloquente era la Direttiva 90/385/CEE sui dispositivi medici impiantabili attivi, la quale stabiliva che le disposizioni nazionali “vanno armonizzate per assicurare la libera circolazione dei dispositivi medici impiantabili attivi senza abbassare il livello di sicurezza esistente e giustificato negli Stati membri” (considerando n. (3)).

esterno particolarmente incisivo sui produttori. Né un sistema adeguato di sorveglianza post-commercializzazione: si pensi, ad esempio, a quella norma della Direttiva 93/42/CE che lasciava liberi gli Stati membri di decidere se rendere obbligatoria o meno, in capo ai medici e agli organismi sanitari, la denuncia dei sinistri relativi ai DM alle Autorità competenti (art. 10, § 2).

Invero, si è trattato di un approccio forse eccessivamente liberale – non a caso criticato in dottrina⁵⁹ – che ha mostrato la corda con l’insorgenza di taluni casi approdati nelle corti. Si ponga mente, tra gli altri, al precedente *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio*, nel quale la Corte di giustizia aveva affermato la titolarità esclusiva dello Stato membro per l’adozione della procedura di salvaguardia volta a bloccare un dispositivo medico, marcato CE, ma ritenuto non sicuro (ad esempio da un singolo ospedale); con una serie di problemi evidenti e rilevanti in caso di inerzia statale⁶⁰. O, ancora, ai sinistri relativi alle protesi mammarie *Poly Implant Prothèse*, di cui si dirà *infra*.

Qualche ultima considerazione relativa allo strumento giuridico adoperato nell’architettura MDD.

Come noto, una direttiva è un atto legislativo che stabilisce un obiettivo che tutti i paesi dell’Unione europea devono realizzare. Spetta, però, ai singoli Stati membri definire, attraverso disposizioni nazionali, come raggiungere l’obiettivo *de quo*⁶¹.

L’uso della direttiva, da un punto di vista di politica del diritto, consente dunque di dare a ciascuno Stato un margine di flessibilità nel regolare la materia e tenere in considerazione le specificità nazionali. Pertanto essa è stata storicamente adottata quando gli Stati membri già possedevano una disciplina articolata della materia oggetto della direttiva e implica la permanenza di normative nazionali parzialmente differenziate, sia pure nei limiti degli obiettivi comuni disposti a livello UE⁶².

⁵⁹ Cfr. E. COGNIGNI, D. MIRTELLA, *o cit.*, 38 ss.; e G. CONTALDI, *La normativa comunitaria sui dispositivi medici*, in M. CINGOLANI (a cura di), *Atti del Congresso Nazionale G.I.S.D.I. – IV Giornate di Studio*, Milano, 2011, 19 ss., spec. 23. E si veda invece ora il fraseggio del *considerando* (2) MDR: gli obiettivi di buon funzionamento del mercato interno, da un lato, e di “standard elevati di qualità e sicurezza dei dispositivi medici”, dall’altro, “sono *perseguiti contemporaneamente* e sono *indissolubilmente legati*, senza che uno sia secondario rispetto all’altro”.

⁶⁰ CGUE, 14 giugno 2007, C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337. Nel § 52 della sentenza si legge: “*la necessità di conciliare la libera circolazione dei dispositivi di cui trattasi con la protezione della salute dei pazienti implica che, in caso di comparsa di un rischio connesso a dispositivi certificati conformi alla direttiva 93/42, lo Stato membro interessato attui la procedura di salvaguardia prevista all’art. 8 di tale direttiva, senza che organi non autorizzati possano decidere direttamente e unilateralmente le misure da adottare in tale situazione*”.

⁶¹ Cfr. Art. 288, § 3, Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

⁶² R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, III ed., Torino 2020, 182 ss.

Il lato oscuro, intuibile, di una legislazione costruita con le direttive, è la mancanza di uniformità nei 27 paesi dell'Unione. Mancanza di uniformità che in taluni settori appare particolarmente critica.

3. I motivi del cambio di rotta: l'approdo normativo dopo la navigazione nelle Corti.

Diversi fattori possono spiegare la necessità di cambiare il quadro normativo sentita dal legislatore europeo.

Prima di tutto, si devono menzionare il cambiamento delle condizioni socio-economiche e i progressi della scienza e della tecnologia medica: *ex multis* si consideri la straordinaria evoluzione tecnica del software biomedico negli ultimi tre decenni (v. *considerando* 19 MDR). È ormai chiaro come il progresso tecnologico, dal "Secolo breve" in avanti, non abbia un andamento lineare. Invero, tre decenni nella nostra "era digitale" potrebbero rappresentare una sorta di era geologica.

Inoltre, bisogna ricordare l'espansione dell'Unione europea e del suo mercato comune, che ha fatto emergere importanti differenze nell'applicazione delle disposizioni delle MDD.

Ancora, la fiducia nel sistema normativo-regolatorio era stata minata da taluni sinistri clamorosi che hanno fatto emergere alcune criticità del precedente approccio e, probabilmente, catalizzato il percorso che ha portato alla nuova legislazione del settore.

Si consideri, ad esempio, la vicenda relativa alle valvole cardiache meccaniche brasiliane Tri-Technologies, le quali si erano guadagnate la sinistra fama giornalistica di "valvole killer". In sostanza, taluni pazienti, sottoposti ad un intervento di sostituzione della valvola aortica con le predette valvole meccaniche (IT), erano poi deceduti a causa di un malfunzionamento dinamico della protesi impiantata, dalla quale si era staccato uno dei lembi valvolari per la rottura del perno dell'emidisco di acciaio⁶³. In consimili casi, di (prevedibile)

⁶³ Cass. Pen, 4 maggio 2011, n. 40897, spec. § 3.2. ss., in banca dati *Dejure*: escluso un qualsiasi errore di progettazione delle protesi vascolari, ne accertava un difetto di produzione e, in particolare, la responsabilità dei produttori per "non avere vigilato adeguatamente sulla fase di produzione delle protesi e, quindi, sul sistema di sicurezza adottato per la garanzia di qualità delle stesse e di averle, nonostante tali carenze comportamentali, immesse disinvoltamente sul mercato, senza considerare che, così operando, non garantivano il massimo standard di sicurezza tecnicamente raggiungibile per presidi destinati ad essere impiantati nel corpo umano".

Per un'appendice risarcitoria relativa a un impianto di valvole difettose Tri-Technologies, cfr. Cass., 11 dicembre 2018, n. 31966, che allarga, peraltro, il perimetro della responsabilità medica, affermando che rispondono dei danni derivanti dall'utilizzo di una valvola cardiaca difettosa, oltre al primario che ha deciso l'impianto e scelto il dispositivo, anche tutti i membri dell'equipe medica che abbiano partecipato attivamente all'operazione. A tali regole di diligenza e prudenza non si sottrae, dunque, la scelta dei DM da utilizzare. In ordine alla

malfunzionamento delle valvole, altri pazienti erano stati sottoposti in via precauzionale a un nuovo intervento d'urgenza per la sostituzione della valvola difettosa con altra più affidabile.

Oppure, si pensi alla vicenda, di significativo rilievo transnazionale, relativa all'uso improprio di silicone industriale nelle protesi mammarie prodotte dalla società francese Poly Implant Prothèse SA (PIP), che ha generato diversi contenziosi, uno dei quali arrivato avanti la Corte di giustizia UE, a seguito del rinvio pregiudiziale effettuato dal *Bundesgerichtshof*⁶⁴.

Ora, per quel che qui rileva, emergevano due temi giuridici fondamentali relativi al diritto europeo dei dispositivi medici fondato sul sistema MDD e sulla cui interpretazione veniva investita la Corte di giustizia:

- gli obblighi e il perimetro dei doveri dell'Ente notificato; in particolare se esso fosse tenuto, in via generale, a effettuare ispezioni a sorpresa presso il fabbricante, ad esaminarne la documentazione commerciale e/o a controllare fisicamente i dispositivi⁶⁵;
- le condizioni per l'insorgenza di una responsabilità diretta dell'Ente notificato nei confronti del paziente a fronte di un inadempimento colpevole agli obblighi incombenti sul primo in forza delle MDD⁶⁶.

necessità di provvedere alla sostituzione, in via precauzionale, di alcuni dispositivi medici impiantabili e sulla responsabilità per danno da prodotto (potenzialmente) difettoso, cfr. CGUE, 5 marzo 2015, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v. AOK Sachsen-Anhalt et alii*, cause riunite C-503/13 e C-504/13, ECLI: EU:C:2015:148, con nota di S. NOBILE DE SANTIS, *Sostituzione di dispositivi medici «potenzialmente» difettosi e product liability: le indicazioni della Corte di giustizia*, in *Res civ. e prev.*, 3/2015, 756 ss.

⁶⁴ CGUE, 16 febbraio 2017, *E. Schmitt v. TÜV Rheinland LGA Products GmbH*, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128. Si veda anche la recente sentenza della Corte d'Appello di Parigi che, in consimili casi originati dai dispositivi PIP, ha affermato la responsabilità dell'Organismo Notificato e lo ha condannato al risarcimento del danno patito dalle pazienti costrette a subire un nuovo intervento per l'espianto delle protesi mammarie. In particolare, Cour d'Appel Paris, 20 mai 2021, Pôle 4 – Ch. 10, ha affermato la responsabilità delle società TÜV Rheinland e TÜV France “...*au titre de leurs manquements fautifs dans la surveillance du système qualité de l'entreprise, manquements qui ont concouru au maintien sur le marché de produits qui ne répondaient pas aux exigences de santé publique de la directive 93/42/CEE transposée en droit national*”. Per un commento della sentenza e la ricostruzione delle fasi precedenti del contenzioso cfr. M.F. STEINLÉ-FEUERBACH, *Prothèses mammaires PIP: les limites de la responsabilité des sociétés certificatrices*, in *Journal des Accidents et des Catastrophes*, CERDACC, 28 settembre 2021.

⁶⁵ Sul punto la Corte di giustizia dichiarava che in base al diritto all'epoca vigente (MDD) “*l'organismo notificato non è tenuto, in via generale, ad effettuare ispezioni impreviste, a controllare i dispositivi e/o ad esaminare la documentazione commerciale del fabbricante. Nondimeno, in presenza di indizi atti a suggerire che un dispositivo medico può non essere conforme ai requisiti posti dalla Direttiva 93/42, come modificata dal regolamento n. 1882/2003, tale organismo deve adottare tutte le misure necessarie al fine di rispettare gli obblighi ad esso imposti...*”: CGUE, 16 febbraio 2017, *E. Schmitt v. TÜV Rheinland*, cit., 10 ss.

⁶⁶ Con una decisione invero poco coraggiosa, nel caso *E. Schmitt v. TÜV Rheinland* citato, la Corte ha stabilito che la direttiva sui DM “*dev'essere interpretata nel senso che l'intervento dell'organismo notificato nell'ambito della procedura relativa alla dichiarazione di conformità CE è volto a proteggere i*

Casi come quelli citati hanno evidenziato talune carenze nel modello di certificazione e controllo del sistema MDD e hanno senz'altro accelerato una revisione del quadro normativo.

Non sembra infatti dovuto al caso il fraseggio dei *considerando* 50 e 52 MDR⁶⁷, o quello dell'Allegato VII, che prescrive all'Ente notificato di definire procedure documentate per “audit *in loco* senza preavviso presso i fabbricanti, e se del caso presso i subcontraenti e i fornitori”, per lo svolgimento di test sui prodotti e la sorveglianza della conformità (§ 4.10); nonché di sottoscrivere un'adeguata assicurazione di responsabilità (§1.4)⁶⁸. Le norme citate rappresentano il distillato della “lezione” giuridica offerta dai casi PIP: una opportuna risposta di *hard law* ai sinistri richiamati e alla, connessa, perdita di fiducia dei cittadini europei nel sistema.

Per contro, deve essere criticata la scelta del legislatore unionale di non introdurre un obbligo assicurativo generalizzato, “paneuropeo”, per i fabbricanti⁶⁹. Da un lato, essendo rimessa la questione alle scelte nazionali⁷⁰, si ripropone, *in parte qua*, il rischio di un panorama frammentato tra i paesi dell'Unione – rischio che l'adozione del Regolamento aveva inteso scongiurare.

destinatari finali dei dispositivi medici. Le condizioni alle quali un inadempimento colpevole da parte di detto organismo degli obblighi ad esso incombenti in forza di tale direttiva, nell'ambito della suddetta procedura, può far sorgere la sua responsabilità nei confronti di tali destinatari rientrano nel diritto nazionale, fermi restando i principi di equivalenza e di effettività”.

⁶⁷ Considerando 50: “il funzionamento corretto degli organismi notificati è fondamentale per garantire un livello elevato di protezione della salute e della sicurezza come pure la fiducia dei cittadini nel sistema. La designazione e la sorveglianza degli organismi notificati da parte degli Stati membri, svolti secondo criteri rigorosi e dettagliati, dovrebbero pertanto essere soggetti a controlli a livello dell'Unione”; e considerando 52: “la posizione degli organismi notificati nei confronti dei fabbricanti dovrebbe essere rafforzata, anche per quanto riguarda il loro diritto e dovere di effettuare audit *in loco* senza preavviso e di condurre test fisici o di laboratorio sui dispositivi per garantire che i fabbricanti mantengano la conformità dopo aver ricevuto la certificazione iniziale”.

⁶⁸ L'Allegato VII, § 1.4., MDR prevede: “l'organismo notificato sottoscrive un'adeguata assicurazione di responsabilità per le sue attività di valutazione della conformità, a meno che detta responsabilità non sia coperta dallo Stato membro in questione a norma del diritto interno o che tale Stato membro non sia direttamente responsabile della valutazione della conformità. La portata e il valore finanziario complessivo dell'assicurazione di responsabilità corrispondono al livello e alla portata geografica delle attività dell'organismo notificato e sono commisurati al profilo di rischio dei dispositivi certificati dall'organismo notificato. L'assicurazione di responsabilità copre i casi in cui l'organismo notificato può essere obbligato a revocare, limitare o sospendere i certificati”.

⁶⁹ L'art. 10, § 16, MDR si limita a prescrivere: “in modo proporzionale alla classe di rischio, alla tipologia di dispositivo e alla dimensione dell'impresa, i fabbricanti dispongono di misure che forniscono una copertura finanziaria sufficiente in relazione alla loro potenziale responsabilità ai sensi della direttiva 85/374/CEE, fatte salve eventuali misure di protezione più rigorose ai sensi del diritto nazionale” – nostra l'enfasi. Non v'è, dunque, un obbligo assicurativo esplicito. Tuttavia, ci si deve chiedere quali misure – diverse da un'assicurazione – potrebbero mai fornire una copertura sufficiente, specie in relazione ai DM di classe III e a grandi imprese che distribuiscono i prodotti su tutto il territorio europeo. Assai scettico sulla scelta compiuta, sul punto, dal legislatore anche A. PARZIALE, *Le “chioccioline di Bobek”*: il principio europeo di non-discriminazione tra assicurazione, responsabilità civile e dispositivi medici, in *Danno e res*, 2/2021, 205 ss.

⁷⁰ La Francia, ad esempio, prevede un obbligo assicurativo per il produttore di DM: cfr. art. L. 1142-2 *Code de la santé publique*.

Dall'altro lato, in caso di incapacienza del produttore obbligato al risarcimento, i danneggiati potrebbero restare privi di tutela, ove abbiano patito il danno in uno Stato membro non coperto, ad esempio, dall'assicurazione del produttore/danneggiante⁷¹.

Sicché, in ultima analisi, si è trattato di un'occasione mancata per alzare – e uniformare su tutto il territorio UE – il livello di tutela del paziente/potenziale vittima di un sinistro⁷².

4. L'attuale quadro normativo e regolatorio nei nuovi Regolamenti UE: i cambiamenti principali.

Come anticipato, la normativa vigente è contenuta in una coppia di regolamenti. Lo strumento giuridico adoperato consegna subito all'interprete un'informazione importante sull'intenzione del legislatore: spingere con forza verso l'armonizzazione. È fin troppo noto: un regolamento non ha bisogno di essere recepito nel diritto nazionale. Nella sua qualità di atto completo e autoesecutivo, deve essere applicato nella sua interezza e in modo uniforme in tutta l'Unione.

Si cominci con il regime temporale del diritto in commento.

Il Regolamento (UE) 2017/745, relativo ai dispositivi medici ("MDR") è pienamente applicabile dal 26 maggio 2021, dopo una lunga *vacatio legis*, giudicata, tuttavia, dalle imprese del settore, non sufficiente per implementare le significative modifiche richieste⁷³.

Il Regolamento (UE) 2017/746, relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro ("IVDR"), e che completa la normativa di settore, è invece pienamente

⁷¹ Sembra infatti comune la prassi di polizze assicurative che limitano la copertura ai danni verificatisi nel territorio di uno o pochi stati membri. Peraltro, la Corte di giustizia – in un caso originato sempre dalle protesi mammarie PIP – ha affermato, in sostanza, che la copertura assicurativa per danni derivanti da dispositivi medici può essere limitata su base geografica, senza che ciò violi l'art. 18, primo comma, TFUE (divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità): CGUE, 11 giugno 2020, *RB v. TÜV Rheinland LGA Products GmbH, Allianz LARD SA*, C-581/18, ECLI: EU:C:2020:453, in *Danno e res*, 2/2021, 199 ss., con nota di A. PARZIALE.

⁷² A. PARZIALE, *op. cit.*, 206 parla di "un'occasione persa" ed auspica una modifica del MDR sul punto.

⁷³ Si lamenta, in particolare, l'esiguità degli enti notificati sul territorio UE che crea "colli di bottiglia" per gli operatori del settore: cfr. F. GELLONA, *Dispositivi medici: come applicare il "nuovo" Regolamento UE, tra incognite del presente e sfide del futuro?*, cit., 6; v. anche art. 123 MDR per l'applicabilità differenziata di alcune norme.

applicabile dal 26 maggio 2022⁷⁴. In avanti ci si concentrerà principalmente sul commento del MDR⁷⁵.

Non ci si può esimere da qualche telegrafica osservazione sulla tecnica redazionale adoperata dal *conditor* europeo.

Si tratta di un *corpus* normativo elefantiaco ed estremamente dettagliato (120 articoli e 17 allegati tecnici). Il nuovo regolamento è quattro volte più lungo del suo predecessore, la direttiva sui dispositivi medici.

Invero, si può osservare che trattasi di una caratteristica comune della legislazione contemporanea dell'Unione europea: è lo stesso per il GDPR e per gli altri regolamenti in cantiere, come l'*Artificial Intelligence Act*.

Una tecnica legislativa siffatta, oltre a sconfortare gli interpreti e gli operatori, pare senz'altro discutibile se si considera che la storia del diritto boccia come velleitaria la pretesa di ingabbiare una realtà in impetuoso divenire in una casistica ossessivamente minuta, di prevedere tutto *ex ante*, insomma. E, d'altro canto, tutta la materia del fatto illecito e del risarcimento del danno nei codici civili italiano e francese, ad esempio, è regolata da poche e snelle clausole generali; che, sebbene "lavorate" incessantemente da dottori e giudici nel corso del tempo, hanno mostrato una straordinaria longevità⁷⁶.

⁷⁴ Recentemente, il legislatore, con il Regolamento (UE) 2022/112, ha modificato le disposizioni transitorie per determinati dispositivi medico-diagnostici in vitro e stabilito un'applicazione differita delle condizioni concernenti i dispositivi fabbricati internamente (c.d. dispositivi *in house*); allo scopo di favorirne un'introduzione progressiva (cfr. in particolare il Considerando n. (2) di tale Regolamento).

⁷⁵ Ove opportuno, saranno richiamate le (*grosso modo*) speculari disposizioni dell'IVDR. In via generale, basti qui considerare che anche il Regolamento (UE) 746/2017, in accordo ai principi della GHTF (*Global harmonization task force*), impone una classificazione basata sul rischio. Ai sensi dell'art. 2, n. 2), IVDR per dispositivo medico-diagnostico *in vitro* si intende "qualsiasi dispositivo medico composto da un reagente, un prodotto reattivo, un calibratore, un materiale di controllo, un kit, uno strumento, un apparecchio, una parte di attrezzatura, un software o un sistema, utilizzato da solo o in combinazione, destinato dal fabbricante a essere impiegato in vitro per l'esame di campioni provenienti dal corpo umano, inclusi sangue e tessuti donati, unicamente o principalmente al fine di fornire una o più delle seguenti informazioni: a) su un processo o uno stato fisiologico o patologico; b) su una disabilità fisica o intellettiva congenita; c) sulla predisposizione a una condizione clinica o a una malattia; d) per determinare la sicurezza e la compatibilità con potenziali soggetti riceventi; e) per prevedere la risposta o le reazioni a un trattamento; f) per definire o monitorare le misure terapeutiche. Anche i contenitori dei campioni sono considerati dispositivi medico-diagnostici in vitro".

I dispositivi medico-diagnostici in vitro vengono suddivisi nelle quattro classi di rischio A, B, C, D; considerando che la classe D annovera quei dispositivi che presentano i rischi massimi per pazienti e salute pubblica. Cfr. per tutti P. MINGHETTI, *Legislazione farmaceutica*, X ed., Bologna, 2021, 579.

⁷⁶ Si ricorda l'insegnamento di A. GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 442 ss., § 4: "in realtà... è insito nelle codificazioni il rischio di fossilizzare anziché modernizzare il diritto"; nonché ID., voce *Francia*, in *Digesto it., Disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino 1992, 471 ss.; cfr. anche A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, 2022, spec. ca III, 255 ss.

Sarebbe opportuno, *pro futuro*, riflettere seriamente, e a tutti i livelli di normazione, sulla buona tecnica legislativa: ne va dell'efficacia stessa delle norme, obiettivo ineludibile per ogni legislatore che non ambisca soltanto a creare regole declamatorie⁷⁷.

Concentriamoci ora su talune delle principali caratteristiche e innovazioni introdotte dal *Medical Devices Regulation*⁷⁸.

A) *Enfasi sulla sicurezza dei dispositivi*: si tratta sicuramente della parola chiave nel testo in commento; ove appare oltre 300 volte. Nella Direttiva sui DM figurava, invece, 24 volte. Non è solo una questione di forma: la sicurezza rappresenta l'obiettivo principale del legislatore e una sorta di appello rivolto a tutti i soggetti coinvolti nel processo produttivo. Dalla progettazione alla sorveglianza *post-market* (cfr. Considerando n. 2 MDR). Per un esempio impressivo, si pensi all'inedito obbligo per i fabbricanti di disporre, all'interno della propria organizzazione, di (almeno) una *persona responsabile del rispetto della normativa*, con adeguate competenze nel settore (art. 15 MDR)⁷⁹.

B) *Ridefinizione delle obbligazioni degli Operatori Economici* (Fabbricante, Mandatario, Importatore e Distributore).

⁷⁷ Si tratta di un tema classico; quasi l'assillo di ogni legislatore e, di converso, dell'interprete chiamato a riempire di significato una norma. Per un affresco lucidissimo degli effetti nefasti di una tecnica legislativa improvvisata e oscura, con *focus* sul processo civile, cfr. A. TEDOLDI, *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa, 2021, ed ivi riferimenti.

⁷⁸ In generale sul MDR cfr. I. COHEN, T. MINNSEN, W. PRICE II, C. ROBERTSON, C. SHACHAR, *The Future of Medical Device Regulation: Innovation and Protection*, Cambridge, 2022; K. LUDVIGSEN, S. NAGARAJA, A. DALY, *When Is Software a Medical Device? Understanding and Determining the "Intention" and Requirements for Software as a Medical Device in European Union Law*, *European Journal of Risk Regulation*, 13(1), 2022, 78-93; TODD, C. HANDS, C. O'SULLIVAN, *Medical devices, medicines and regulatory compliance*, *J.I. Law*, 2, 2021, 100-104; F. KRPELKA, *Transformations of Directives into Regulations: Towards a More Uniform Administrative Law?*, *European Public Law*, 27(4), 2021, 781-806; H. JARMAN, S. ROZENBLUM, T.J. HUANG, *Neither Protective nor Harmonized: The Crossborder Regulation of Medical Devices in the EU*, *Health Economics Policy and Law*, 16(1), 2021, 51-63; D. CERINI, A. PISANI TEDESCO (a cura di), *Dispositivi medici e innovazione tecnologica in ambito sanitario: novità normative, opportunità e rischi*, Torino, in corso di pubblicazione.

⁷⁹ Le piccole e microimprese non sono obbligate ad avere un responsabile del rispetto della normativa come dipendente interno (cosa che farebbe lievitare eccessivamente i costi per tali *player*), ma "sono tenute ad averla a disposizione in maniera permanente e continuativa" (art. 15, § 2, MDR). La persona responsabile del rispetto della normativa ha il compito di assicurarsi *inter alia* che: a) la conformità dei dispositivi sia adeguatamente controllata conformemente al sistema di gestione della qualità in base al quale i dispositivi sono fabbricati prima del rilascio di un dispositivo; b) la documentazione tecnica e la dichiarazione di conformità UE siano redatte e aggiornate; c) siano soddisfatti gli obblighi di sorveglianza post-commercializzazione di cui si dirà *infra*; d) siano soddisfatti gli obblighi di segnalazione di cui agli articoli da 87 a 91 MDR. La presenza di tale figura nell'organizzazione di ciascun fabbricante, con le mansioni appena descritte, rafforza, e plasticizza potremmo dire, l'attenzione per la sicurezza nella concreta realtà aziendale; sia nelle fasi precedenti l'immissione in commercio, sia, considerato il sistema dinamico di controllo introdotto, lungo il ciclo di vita del prodotto. Un obbligo analogo è previsto anche per il mandatario (art. 15, § 6, MDR).

Il *Fabbricante* è la pietra angolare su cui è edificata l'intera normativa. Al momento dell'immissione sul mercato, garantisce che il DM è stato progettato e fabbricato in conformità alla normativa vigente. Istituisce, attua e mantiene un sistema di gestione del rischio ed effettua le richieste valutazioni cliniche (art. 10 MDR). Prepara il fascicolo tecnico e procede alla valutazione della conformità del dispositivo ai sensi del MDR (Art. 52 e All.ti da IX a XI). Se la procedura di valutazione della conformità, per la classe di rischio del prodotto *de quo*, richiede l'intervento di un organismo notificato, quest'ultimo viene scelto e interviene su richiesta del produttore (art. 53 MDR). Il suo ruolo, e le sue obbligazioni, però non cessano con la vendita del dispositivo. Come si vedrà meglio innanzi, infatti, si prevede un significativo coinvolgimento del Fabbricante nelle fasi a valle della distribuzione e dell'uso⁸⁰.

Una novità di rilievo riguarda la figura del *Mandatario*, ossia qualsiasi persona fisica o giuridica stabilita nell'Unione che ha ricevuto un mandato scritto da un fabbricante extra-UE, che lo autorizza ad agire per suo conto in relazione a determinate attività che ricadono nel campo di applicazione del MDR. Peraltro, si prevede espressamente che il Fabbricante che non dispone di una sede in uno Stato UE possa immettere il dispositivo medico sul mercato dell'Unione soltanto se designa un mandatario unico (art. 11, § 1, MDR).

Orbene, accanto alla responsabilità del produttore estero, si prevede la *responsabilità solidale del Mandatario* per danno da prodotto difettoso (art. 11, § 5, MDR). Si tratta di una novità da accogliere positivamente, già che responsabilizza il Mandatario e, soprattutto, facilita la posizione del potenziale danneggiato, che troverà una tasca nell'Unione europea per ottenere il dovuto risarcimento in caso di sinistro. Una norma, dunque, che potrebbe contribuire ad archiviare la brutta – ma comunissima – pellicola che fa seguire al fotogramma del danno quello della beffa in capo ai danneggiati, costretti a guardare il danneggiante estero sfuggire alla propria *liability*.

C) *Le nuove regole di classificazione dei dispositivi medici in 4 classi di rischio.*

Secondo un format ormai collaudato del diritto europeo, e in linea con il generale principio di precauzione, la normativa è costruita in modo “modulare”, assestandosi su livelli direttamente collegati al rischio dei diversi *devices*.

Infatti, i DM sono suddivisi in quattro classi di rischio (I, IIa, IIb, e III) in funzione della *destinazione d'uso* prevista dei dispositivi e dei *rischi* che comporta, in ossequio alle 21 regole di classificazione previste (cfr. art. 51 e Allegato VIII MDR). Le regole di classificazione, da utilizzare per assegnare la classe di rischio

⁸⁰ Per talune interessanti riflessioni d'ordine pratico cfr. S. STEFANELLI, F. GELLONA, *Dispositivi medici: come applicare il “nuovo” Regolamento UE, tra incognite del presente e sfide del futuro?*, in *Policy and Procurement in HealthCare*, ebook, Torino, 25 febbraio 2021, 5 ss.

di un *medical device*, si basano, essenzialmente, sul grado/tipo di invasività, la durata del contatto con il corpo umano, il punto di contatto/sito anatomico e le specifiche caratteristiche del dispositivo: attivo/non attivo⁸¹, monouso/riutilizzabile; costituiti/non costituiti da nanomateriali; fabbricati utilizzando tessuti o cellule di origine umana/animale resi non vitali.

Si passa dai dispositivi relativamente “semplici”, considerati a basso rischio, e pertanto qualificati di classe I (come una sedia a rotelle o una siringa), a quelli particolarmente complessi e invasivi, che presentano un rischio alto e, quindi, sono classificati di classe III (si pensi alle valvole cardiache o alle protesi mammarie).

A ciascuna classe di rischio identificata corrisponde una diversa procedura per l’ottenimento del marchio CE, “che vanno dall’autocertificazione, per i dispositivi più semplici (classe I), all’istituzione di un sistema di qualità che può riguardare l’intera produzione o essere ristretto alle fasi necessarie per garantire la conformità del dispositivo a un esemplare ‘tipo’ precedentemente approvato”⁸².

Inoltre, sempre ai fini della marcatura CE, per il grosso dei dispositivi medici è previsto l’intervento di un Organismo Notificato, ossia di un ente di valutazione della conformità deputato alle operazioni di controllo e verifica⁸³.

È proprio la marcatura CE ad indicare e garantire a colpo d’occhio che un dispositivo è *conforme ai requisiti applicabili* stabiliti nel Regolamento 745/2017 e in altre normative di armonizzazione dell’Unione applicabili che ne prevedono l’apposizione (v. *Considerando* (35)).

Ancora, si deve sottolineare che, salve talune esenzioni specificamente indicate, per i dispositivi medici di classe III e per quelli impiantabili sono necessarie “*indagini cliniche*”, al fine di verificare che i *devices* in oggetto siano *efficaci* (i.e. forniscano le prestazioni e i benefici clinici specificati dal fabbricante) e *sicuri* (v. artt. 61, § 4, e 62 MDR⁸⁴). Si precisa, correttamente, che le indagini cliniche

⁸¹ Per “*dispositivo attivo*” si intende “*qualsiasi dispositivo il cui funzionamento dipende da una fonte di energia diversa da quella generata dal corpo umano per tale scopo o dalla gravità e che agisce modificando la densità di tale energia o convertendola*”: art. 2, n. 4) MDR.

⁸² P. MINGHETTI, *o cit.*, 580.

⁸³ In sostanza fanno eccezione i dispositivi di classe I, per i quali è il fabbricante ad autodichiarare la conformità del DM (art. 52 MDR). Cfr. il *Considerando* (60) MDR: “*la procedura di valutazione della conformità per i dispositivi della classe I dovrebbe essere svolta, in linea di massima, sotto la responsabilità esclusiva del fabbricante, dato il basso livello di vulnerabilità associata a tali dispositivi. Per i dispositivi delle classi IIa, IIb e III, dovrebbe essere obbligatorio un livello appropriato di intervento di un organismo notificato*”.

⁸⁴ Sembra opportuno precisare che per sicurezza non deve intendersi la totale assenza di rischio e/o di effetti collaterali: orizzonte ideale desiderabile, certo, ma piuttosto velleitario. L’indagine clinica deve essere condotta per stabilire e verificare anche “*gli eventuali effetti collaterali indesiderati in condizioni normali d’uso del dispositivo e valutare se essi rappresentano un rischio accettabile rispetto ai benefici conseguiti dal dispositivo*” (art. 62, § 1, c) MDR).

debbano essere programmate e svolte in modo che i diritti, la sicurezza, la dignità e il benessere dei soggetti che vi partecipano “siano tutelati e prevalgono su ogni altro interesse e che i dati clinici ricavati siano scientificamente validi, affidabili e solidi”; e che le indagini cliniche siano poi soggette a revisione scientifica ed etica.

V'è poi da considerare che le nuove regole di classificazione sono state pensate per tenere conto dello stato dell'arte del progresso scientifico; sebbene, come si dirà, vi siano ancora dei prodotti di frontiera di non agevole qualificazione⁸⁵. Si pensi, ad esempio, alla nuova “Regola 21” pensata per gli innovativi dispositivi costituiti da sostanze o da combinazioni di sostanze destinate a essere introdotte nel corpo umano attraverso un orifizio o a essere applicate sulla pelle e che sono assorbite dal corpo o in esso localmente disperse (All. VIII, § 7.8 MDR).

Le regole di classificazione introdotte dal nuovo Regolamento comportano, peraltro, una *significativa riclassificazione di taluni devices esistenti*: per molti di essi, infatti, aumenta la classe di rischio ai sensi del MDR e si prevede, conseguentemente, un maggior intervento dell'Ente Notificato⁸⁶.

D) *Organismi Notificati: ruolo, criteri di designazione e regole di controllo.*

Dell'accresciuto ruolo e dei più incisivi poteri di controllo assegnati agli Organismi Notificati s'è già anticipato.

Il nuovo Regolamento dedica un capo significativo e un intero allegato alla disciplina di tali enti (Capo IV, artt. 35-50; e All. VII, *Prescrizioni cui devono conformarsi gli Organismi Notificati*). In via generale, basti qui osservare che si definiscono criteri assai rigorosi per la designazione e la supervisione degli Organismi Notificati da parte delle Autorità nazionali competenti e della Commissione europea⁸⁷.

Si richiede alle Autorità Responsabili degli Organismi Notificati un *monitoraggio in continuo* dei medesimi stabiliti nel territorio di propria competenza, con una *rivalutazione almeno annuale* sul loro operato e sull'adempimento agli obblighi di legge. Si prescrive, opportunamente, che tale riesame comprenda un *audit in loco*

⁸⁵ FEDERCHIMICA, ASSOGASTECNICI, *Linea guida Regolamento UE sui Medical Devices* EU 2017/745, 2018, < https://assogastecnici.federchimica.it/docs/default-source/linee-guida/linee-guida-gruppo-gas-medicinali/linea-guida-regolamento-eu-sui-dm.pdf?sfvrsn=671de528_4>, 26, considera che la vecchia direttiva sui DM “era stata studiata per dispositivi elettromedicali o meccanici, solo più di recente era stata emendata per includere i software ma mancava ancora di elementi per una corretta classificazione di tutti i dispositivi a base di sostanze, o combinazioni di sostanze, in particolare per tutti quelli che pur non ottenendo la loro destinazione d'uso con mezzi farmacologici, immunologici o metabolici, sono assorbiti dal corpo umano o in esso localmente dispersi”.

⁸⁶ Cfr. S. STEFANELLI, F. GELLONA, *ibidem*, 5; FEDERCHIMICA, ASSOGASTECNICI, *Linea guida*, cit., 26 ss., anche per taluni esempi di riclassificazione in relazione ai dispositivi del settore gas medicali.

⁸⁷ Per l'Italia è il Ministero della Salute ad essere Autorità Competente e Autorità Responsabile degli Organismi Notificati.

di ciascun organismo notificato e, ove necessario, delle sue controllate e subcontraenti (art. 44 MDR). Al fine di un opportuno coordinamento al livello sovranazionale, la Commissione dovrà provvedere all'organizzazione di una condivisione delle esperienze nazionali e al coordinamento delle migliori prassi amministrative, anche tramite l'elaborazione di "codici di buone prassi" e "documenti di orientamento" (art. 48).

Un'enfasi particolare è posta, opportunamente, sui requisiti di *indipendenza* e *imparzialità* che l'Organismo Notificato deve rivestire e mantenere, nonché sull'*assenza di conflitti di interesse* tra i suoi dipendenti e i Fabbricanti dei DM da valutare (All. VII, § 1.2⁸⁸).

E) *Trasparenza e tracciabilità dei Dispositivi medici: codice UDI e banca dati EUDAMED.*

In via generale, tutti i dispositivi medici devono avere un proprio codice identificativo unico (*Unique Device Identification system*, "UDI") apposto, se possibile, direttamente sul *device*, e su tutti i livelli esterni di confezionamento (spec. artt. 27-29). L'UDI ha lo scopo di migliorare la tracciabilità dei dispositivi medici lungo la catena di fornitura, collegando le informazioni relative al singolo dispositivo attraverso un archivio di informazioni digitali unico per tutto il mercato comunitario: lo *European Database on Medical Devices*, "EUDAMED" (art. 33 s.).

Si tratta di una banca dati, parzialmente accessibile al pubblico, ed aggiornata in continuo, nella quale confluiscono tutte le informazioni relative agli attori del Sistema e al singolo DM, lungo il suo ciclo di vita. Vi rientrano, fra le altre, le informazioni relative a: le indagini cliniche eseguite; la registrazione dei fabbricanti (con la notifica del responsabile della normativa) e degli altri operatori economici; l'organismo notificato intervenuto; la vigilanza e la sorveglianza post-commercializzazione (quindi anche i dati relativi a incidenti ed eventuali azioni correttive di sicurezza messe in campo).

Si tratta, evidentemente, di una mole enorme di informazioni che richiede la cooperazione e il coordinamento di una pluralità di attori. La banca dati EUDAMED è stata creata ma non è ancora pienamente operativa. I suoi vantaggi, a regime, sono intuibili ed apprezzabili: si tratta di uno strumento performante che consentirà di svolgere in via preventiva gli opportuni controlli, alle competenti Autorità di intervenire tempestivamente in caso di incidenti e,

⁸⁸ L'All. 7, §1.2.1, MDR recita: "*l'organismo notificato è un organismo terzo indipendente dal fabbricante del dispositivo in relazione al quale svolge attività di valutazione della conformità. È inoltre indipendente da ogni altro operatore economico interessato al dispositivo nonché da ogni concorrente del fabbricante. Ciò non preclude lo svolgimento, da parte dell'organismo notificato, di attività di valutazione della conformità per i fabbricanti concorrenti*".

altresì, ai danneggiati di ricostruire la cronistoria di un DM difettoso in caso di sinistro.

Con riguardo all'Italia, nelle more del completamento tecnico di EUDAMED, si applicano le precedenti regole relative alla banca dati nazionale dei dispositivi medici⁸⁹.

F) Sorveglianza post-market, Vigilanza e Sorveglianza del mercato.

Nel capo VII, il Regolamento 754/2017 si cura di implementare un articolato sistema di sorveglianza e controllo post-commercializzazione, che vede la cooperazione di fabbricanti e pubbliche autorità ed è costruito, essenzialmente, sui tre seguenti pilastri.

i) Sistema di sorveglianza post-commercializzazione, a carico del fabbricante (artt. 83 ss.).

Per ogni dispositivo il produttore deve pianificare, istituire e aggiornare un sistema di sorveglianza post-commercializzazione in modo proporzionato alla classe di rischio e adeguato alla tipologia di dispositivo, che fa parte del sistema di gestione della qualità del fabbricante. Tale sistema è finalizzato a raccogliere, registrare e analizzare attivamente e sistematicamente i pertinenti dati sulla qualità, le prestazioni e la sicurezza di un DM durante la sua intera vita, a trarre le necessarie conclusioni e a determinare le eventuali azioni preventive e correttive.

ii) Vigilanza: ossia segnalazione di incidenti gravi e azioni correttive di sicurezza (art. 87 ss.).

Si tratta di adempimenti a carico dei fabbricanti, da effettuare sotto la stretta supervisione della competente Autorità nazionale. In particolare, essi devono segnalare alle Autorità competenti: a) *qualsiasi incidente grave* relativo ai propri DM, eccetto gli effetti collaterali attesi che sono chiaramente documentati nelle informazioni sul prodotto; b) *qualsiasi azione correttiva di sicurezza* relativa a dispositivi messi a disposizione sul mercato dell'Unione. Si precisa che i fabbricanti debbano segnalare ogni incidente grave immediatamente dopo aver stabilito il nesso causale, "anche solo ragionevolmente possibile", tra l'incidente e il loro dispositivo, e non oltre 15 giorni dopo aver avuto scienza dell'incidente (art. 87, §§ 1 e 3, MDR).

Dopo la segnalazione, il produttore provvede senza indugio a svolgere le indagini necessarie in relazione al sinistro in questione e coopera con le Autorità competenti e, se del caso, con l'organismo notificato interessato. L'indagine,

⁸⁹ Cfr. Circolare del Ministero della Salute, 12 novembre 2021, *Indicazioni relative a taluni aspetti del Regolamento (UE) 2017/745 in materia di dispositivi medici*. La finalità di tale circolare è quella di fornire una linea di indirizzo comune a tutti i soggetti interessati su taluni temi dubbi e/o su aspetti previsti dal MDR ma non ancora tecnicamente a regime, come la banca dati EUDAMED.

dunque, viene affidata in prima battuta al fabbricante. Tuttavia, essa non è abbandonata al suo completo dominio, stante l'ovvio rischio di conflitto di interessi. Sicché, è comunque la pubblica Autorità competente ad *“assicura[re] il monitoraggio dell'indagine sull'incidente grave effettuata dal fabbricante. Ove necessario, l'autorità competente può intervenire nell'indagine di un fabbricante o avviare un'indagine indipendente”* (art. 89, § 4, MDR).

Non solo. *Ad adiuvandum*, al fine di irrobustire il sistema di vigilanza, si richiede agli Stati membri di adottare misure adeguate per incoraggiare e consentire agli operatori sanitari, agli utilizzatori e ai pazienti di fare rapporti alle Autorità su incidenti gravi sospetti. Si aumenta così in modo significativo la probabilità che la *“notizia criminis”* arrivi nelle competenti sedi, scongiurando il rischio di insabbiamenti interessati.

In ogni caso, è richiesto ai produttori di segnalare altresì *“ogni aumento statisticamente significativo della frequenza o della gravità di incidenti che sono diversi da quelli gravi o effetti collaterali indesiderati attesi che possano avere un impatto significativo sull'analisi dei rischi e dei benefici [del DM]... e che hanno comportato o possono comportare rischi per la salute o la sicurezza di pazienti, utilizzatori o altre persone, che sono considerati inaccettabili rispetto ai vantaggi previsti”* (art. 88, § 1, MDR). Sicché, neppure gli incidenti lievi possono essere trascurati. Essi dovranno invece essere segnalati ed oggetto di una *“relazione sulle tendenze”*, nella quale il produttore specifica il modo per gestire tali incidenti. Le competenti autorità, a propria volta, possono imporre al fabbricante di adottare misure appropriate *“al fine di garantire la protezione della salute pubblica e della sicurezza dei pazienti”* (art. 88, § 2, MDR).

iii) Sorveglianza del mercato, a carico delle Autorità competenti (art. 93 ss. MDR).

Si tratta di un incisivo controllo pubblico sulle *caratteristiche di conformità* e sulle *prestazioni* dei dispositivi medici. Al fine di adempiere agli obblighi previsti dal Regolamento, le Autorità competenti possono, tra l'altro, imporre agli operatori economici di mettere a disposizione la documentazione e le informazioni necessarie, fornire i necessari campioni di dispositivi, compiere ispezioni – se necessario anche senza preavviso – dei locali degli operatori, fornitori e/o subfornitori, nonché presso gli utilizzatori professionali (art. 93, § 3).

Se le Autorità competenti constatano che il dispositivo *de quo* presenta un rischio inaccettabile per la salute e la sicurezza dei pazienti, chiedono immediatamente al fabbricante, e agli altri operatori economici interessati, di intraprendere tutte le misure correttive adeguate per minimizzare o neutralizzare il rischio specifico manifestatosi (limitarne la messa a disposizione sul mercato, subordinarla a prescrizioni specifiche, ritirare il dispositivo dal mercato o richiamarlo entro un tempo ragionevole). Se l'operatore economico non adempie nel termine

indicato, le Autorità si sostituiscono d'imperio per adottare le misure adeguate (art. 95, spec. §§ 1 e 4, MDR). Sono previste apposite procedure per notificare tempestivamente le misure adottate a livello nazionale alla Commissione UE e agli altri Stati membri, nonché per valutarle al livello dell'Unione e tenere conto delle eventuali obiezioni sollevate da altro Stato membro contro le medesime misure. Ben potrebbe accadere, infatti, che uno dei 27 Paesi UE – poniamo quello di residenza del fabbricante o dell'organismo notificato che abbia valutato il DM in oggetto – ritenga sproporzionata la misura nazionale adottata da altro Stato membro. Il potere di valutare la misura nazionale spetta alla Commissione, alla quale è attribuito, altresì, una sorta di potere sostitutivo *ex officio* per adottare misure necessarie a garantire la protezione della salute e della sicurezza, compreso il divieto di immissione sul mercato del dispositivo in oggetto (cfr. art. 96 MDR).

Ciascuno Stato membro, a seguito di una valutazione che indichi un potenziale rischio per la salute derivante da un DM, può assumere le *misure preventive*, necessarie e giustificate: ad esempio, specifiche prescrizioni, richiamo o ritiro dal mercato (art. 98 MDR)⁹⁰.

G) La specifica regolamentazione per la produzione e la modifica di dispositivi “in-house” da parte di istituzioni sanitarie.

Si sancisce la possibilità, per le istituzioni sanitarie, “*di fabbricare, modificare e utilizzare internamente dispositivi, rispondendo in tal modo, su scala non industriale, alle esigenze specifiche dei gruppi di pazienti destinatari che non possono essere soddisfatte con risultati del livello adeguato da un dispositivo equivalente disponibile sul mercato*” (Considerando n. 30 MDR). Il tutto attraverso l'iter regolatorio notevolmente semplificato disegnato dall'art. 5, § 5, MDR⁹¹.

5. Qualche conclusione.

Sebbene la normativa di nuovo conio sia immediatamente applicabile, il *conditor legum* ha demandato agli Stati membri la definizione delle sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni dei Regolamenti in parola, unitamente a tutte le misure necessarie a garantirne l'attuazione (artt. 113 MDR e 106 IVDR). Significativamente, si prescrive che le sanzioni debbano essere “effettive, proporzionate e dissuasive”. Il legislatore domestico è recentemente intervenuto

⁹⁰ Peraltro, “*qualora lo ritengano necessario nell'interesse di proteggere la salute pubblica, le autorità competenti possono confiscare, distruggere o rendere altrimenti inutilizzabili i dispositivi che presentino un rischio inaccettabile o i dispositivi falsificati*”: art. 93, § 5, MDR. In ogni caso, vi sono prescrizioni finalizzate a garantire e tutelare il diritto al contraddittorio e di difesa del fabbricante, senza compromettere le eventuali esigenze cautelari in gioco (cfr. spec. art. 99 MDR).

⁹¹ Cfr. S. STEFANELLI, F. GELLONA, *o cit.*, 12 ss., anche per una generale riflessione su taluni altri riflessi d'ordine pratico derivanti dal MDR.

con una coppia di Decreti legislativi (n. 137/2022 e n. 138/2022), adeguando l'ordinamento italiano alle nuove regole di matrice UE, anche con riguardo agli aspetti di dettaglio⁹².

Ancóra, merita una riflessione il tema, denso e complesso, del rapporto tra Dispositivi Medici e forme di *artificial intelligence*⁹³.

L'MDR non offre una regolamentazione specifica dei dispositivi medici dotati di forme di intelligenza artificiale ("IA"), sebbene il software sia espressamente contemplato⁹⁴. Invero, la realtà conosce già numerose applicazioni di forme di IA in ambito biomedicale, soprattutto in relazione alla diagnostica⁹⁵. Il legislatore eurounitario ne è avvertito e corre ai ripari. Nella proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (c.d. "*Artificial Intelligence Act*"⁹⁶), oltre ad offrire una definizione normativa della medesima, si fa espresso riferimento sia ai DM, che ai dispositivi medico-diagnostici in vitro. Nella citata bozza, il grosso dei dispositivi medici, ove abbinati ad un sistema di IA, sembra accedere alla classificazione di "sistemi di IA ad alto rischio", con la conseguenza di dover ottenere una valutazione della conformità *ex ante* (anche) ai sensi della *emananda* normativa⁹⁷.

⁹² Ad es., con riferimento alle informazioni che il Fabbriante deve fornire per iscritto – all'utilizzatore e al paziente – unitamente a qualsiasi tipologia di DM, si prescrive sempre l'uso della lingua italiana, senza alcuna deroga per il c.d. "uso professionale" (art. 6, 2° co., D.lgs. n. 137/22); ciò a differenza della scelta operata da altri legislatori nazionali. Per la violazione di tale precetto è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria da 20.000 a 112.000 € (art. 27, 15° co., D.lgs. n. 137/22).

⁹³ In generale v. per tutti D. CERINI, *Innovazione tecnologica, intelligenze artificiali e protezione dei diritti fondamentali*, in S. Salardi, M. Saporiti, M.V. Zaganelli (a cura di), *Diritti umani e tecnologie morali: una prospettiva comparata tra Italia e Brasile*, Torino, 2022, 31 ss.; e S. PALMIERI, WALRAET, T. GOFFIN, *Inevitable Influences*, cit., *passim*. Cfr. anche lo studio *Artificial Intelligence in healthcare*, European Parliamentary Research Service, June 2022, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729512/EPRS_STU\(2022\)729512_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/729512/EPRS_STU(2022)729512_EN.pdf)>.

⁹⁴ Secondo S. PALMIERI, WALRAET, T. GOFFIN, *Inevitable Influences*, cit., 59: "*such AI-based medical devices are already partially regulated by the MDR. As explained within this article, software such as AI is subject to the MDR if it manifests itself as a stand-alone medical device or as AI within a medical device*".

⁹⁵ <<https://www.ingegneriabiomedica.org/news/robotica-intelligenza-artificiale/benefici-clinici-intelligenza-artificiale-futuro-per-dispositivi-medici/>>. Cfr. il documento di studio del MINISTERO DELLA SALUTE, Consiglio Superiore di Sanità, *I sistemi di Intelligenza Artificiale come strumento di supporto alla diagnostica*, 9 novembre 2021, <https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3218_allegato.pdf>. In generale sul tema, cfr. U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1258 ss.; e U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti e l'etica*, Milano, 2020.

⁹⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale), 21 Aprile 2021, COM (2021) 206 final.

⁹⁷ Cfr. la Proposta di *Artificial Intelligence Act*, 15: "*i sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti disciplinati conformemente al nuovo quadro normativo (ad esempio*

In ogni caso, e al di là del tenore delle norme settoriali, con riguardo al danno da prodotto difettoso la “*lex generalis*” continua ad essere la Direttiva 85/374/CE (c.d. “PLD”)⁹⁸, che fissa le coordinate principali relative alla nozione di difetto, onere della prova, esimenti di cui può avvalersi il convenuto etc. Da tempo se ne invoca una revisione che consenta di applicare – senza forzature – le definizioni e i concetti veicolati da tale direttiva, forgiati essenzialmente per un mondo analogico, ai prodotti della moderna economia digitale. Invero, sembra prossimo il momento di un *restyling* che, tuttavia, non sembra spostare l’impianto normativo e culturale di fondo della PLD⁹⁹.

In definitiva, le nuove regole, e al netto dell’occasione persa in punto di assicurazione obbligatoria del Fabbricante, sembrano irrobustire il quadro regolatorio e di controllo della filiera dei dispositivi medici. Il che, a misura in cui si traduca in un vantaggio di sicurezza concretamente misurabile per i pazienti, e in una complessiva riduzione del rischio di sinistri, è senz’altro apprezzabile.

Resta, tuttavia, un dato: le procedure e gli obblighi introdotti dalle norme di nuovo conio sono significativamente onerosi, in termini di tempo e costi.

Anche il legislatore sembra accorgersi dell’esigenza di concedere più tempo agli *stakeholders*. Recentemente, infatti, considerata l’esiguità degli Organismi Notificati in raffronto all’ampiezza dei compiti loro assegnati, la generale impreparazione di molti Fabbricanti ad un pieno rispetto delle prescrizioni più stringenti del MDR entro la fine del periodo di transizione – e che tali fattori mettono a rischio la disponibilità dei dispositivi medici sul mercato europeo – la Commissione ha presentato una proposta di Regolamento finalizzata ad allungare il periodo transitorio per determinati DM e medico-diagnostici in vitro¹⁰⁰.

macchine, giocattoli, dispositivi medici, ecc.) saranno soggetti agli stessi meccanismi di conformità e applicazione ex ante ed ex post dei prodotti di cui sono un componente. La differenza fondamentale consiste nel fatto che i meccanismi ex ante ed ex post assicureranno la conformità non soltanto ai requisiti stabiliti dalla normativa settoriale, ma anche a quelli fissati dal presente regolamento”; nonché i Considerando (30) e (31), l’art. 6 e l’Allegato II.

⁹⁸ Sulla centralità della PLD con riferimento all’innovazione tecnologica v. per tutti D. CERINI, *Innovazione tecnologica e intelligenza artificiale: responsabilità e gestione dei rischi*, Torino, in corso di pubblicazione, spec. 32 ss., ed ivi riferimenti.

⁹⁹ Cfr. la “*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettoso*” (aggiornamento della PLD), del 28.9.2022, COM(2022) 495 final; nonché la “*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’Intelligenza Artificiale*”, presentata in pari data, COM(2022) 496 final.

¹⁰⁰ Bruxelles, 6.1.2023, COM(2023) 10 final, 2023/0005 (COD).

Cuidados paliativos e a responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida*

di Flávia Siqueira e di Izabele Kasecker**

Abstract IT: Le autrici indagano la questione della configurabilità della sospensione del supporto vitale artificiale come cura palliativa, e della punibilità di tale condotta.

Abstract EN: The authors investigate the question of whether the suspension of artificial life support can be configured as palliative care, and the legal implications of this conduct.

Sommario: 1. Introdução. – 2. O paradigma de respeito à autonomia do paciente como ponto arqui-médico para a solução da controvérsia. – 3. A suspensão del suporte artificial de vida: comportamento ativo ou omissivo?. – 3.1. Esclarecimentos conceituais; 3.2 Responsabilidade do médico por homicídio por comissão (art. 121, CP)? A controvérsia em torno dos comportamentos ambivalentes. – 4. A responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida. - 4.1 Pode o médico ser punido por homicídio por omissão?. - 4.2 Pode o médico ser punido por omissão de socorro? – 5. Conclusões.

1. Introdução.

Os cuidados paliativos compreendem, em termos gerais, uma pluralidade de medidas cujo emprego tem como finalidade promover a qualidade de vida e o conforto físico, psíquico e espiritual de pacientes que se encontrem no fim da vida, em casos de doenças terminais.¹ Realizadas por equipe multidisciplinar,

* Artigo originalmente publicado em: Dadalto (Org.), Cuidados paliativos: aspectos jurídicos, Indaiatuba, 2021, 191-212.

** Doutora em Direito Penal pela UFMG, com período sanduíche na Universität Augsburg e estâncias de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin. Pós doutorado pela UFMG, com pesquisa financiada pelo programa CAPES PrInt. Professora de Direito Penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP; Docente-assistente junto à Cátedra de Direito Penal, Direito Penal Econômico e Direito Processual Penal da Bucerius Law School (Hamburgo). Doutoranda pela Humboldt-Universität zu Berlin, com apoio da Coordenação de

tais práticas destinam-se, principalmente, ao alívio da dor e do sofrimento dos pacientes durante o processo da morte; no entanto, podem encerrar uma série de intervenções que acabam tangenciando diferentes modalidades de eutanásia – seja a ativa, a passiva ou a indireta. Nesse sentido, é possível, a depender do quadro médico e dos valores do paciente concreto, que a suspensão de suporte artificial de vida seja concebida, também, como um cuidado paliativo – o que faz emergir a indagação acerca da punibilidade dessa conduta segundo a legislação vigente.

Nosso intuito no presente trabalho é, portanto, investigar precisamente essa questão. Para atingir esse objetivo, traremos, primeiramente, algumas reflexões sobre o paradigma de respeito à autonomia do paciente, explicitando a relevância da vontade do enfermo no âmbito das intervenções médicas e apontando quais são as suas consequências no tratamento do problema (2). Em seguida, procederemos aos esclarecimentos conceituais necessários para a adequada compreensão do tema, para então discutirmos se a suspensão de suporte artificial de vida deve ser concebida como uma conduta ativa ou omissiva – trata-se, aqui, de uma questão teórica que, além de bastante complexa, projeta efeitos concretos e significativos na definição da responsabilidade penal do médico (3). Posteriormente, analisaremos a eventual responsabilidade do médico por homicídio por omissão ou por omissão de socorro nos casos de suspensão de suporte artificial de vida (4). Por fim, apresentaremos as nossas conclusões (5).

2. O paradigma de respeito à autonomia do paciente como ponto arcuimédico para a solução da controvérsia.

O pano de fundo do debate em torno da responsabilidade penal dos médicos que suspendem o suporte artificial de vida de seus pacientes vincula-se, em última instância, a uma pergunta mais abrangente relativa às bases do Direito Penal da Medicina: qual o fundamento que atribui legitimidade às intervenções médicas? Em termos gerais, as intervenções médicas podem se amoldar aos tipos penais da lesão corporal (art. 129, CP²) e/ou do constrangimento ilegal (art. 146, CP³), porquanto podem constituir *prima facie* tanto uma afetação da

Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestra (LL.M.) em Direito alemão pela Universität Augsburg.

¹ A OMS define os cuidados paliativos como a “prevenção e alívio do sofrimento de pacientes adultos ou pediátricos e suas famílias ao lidar com problemas associados a doenças ameaçadoras da vida” (Tradução nossa). Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Integrating palliative care and symptom relief into primary health care: a WHO guide for planners, implementers and managers*. Geneva: World Health Organization, 2018, 5.

² “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

³ “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

integridade física quanto da liberdade do paciente.⁴ Por sua vez, as hipóteses em que o médico se omite e deixa de realizar o tratamento indicado podem, em tese, ensejar a punição pelos crimes de homicídio ou lesão corporal por omissão imprópria (arts. 121 ou 129 c/c art. 13, par. 2º, CP⁵) ou, ainda, por omissão de socorro (art. 135, CP⁶).

Para saber em que situações os crimes acima mencionados são de fato puníveis, é importante definir se o que legitima a intervenção médica é o *consentimento* do paciente ou um *dever* ou *direito profissional médico* de promover a saúde e prolongar a vida dos pacientes a qualquer custo, independentemente da vontade do sujeito afetado. De acordo com a primeira concepção, fundada no paradigma de *respeito à autonomia do paciente*, apenas o consentimento (real ou presumido) do paciente poderia legitimar as intervenções médicas e, com isso, afastar o injusto dos crimes de lesão corporal e/ou constrangimento ilegal, e a omissão seria punível apenas em casos de tratamentos indicados e desejados pelo paciente, caso preenchidos os demais pressupostos típicos.⁷ De acordo com a segunda concepção, fundada precipuamente em uma *ética paternalista*⁸, a justificção das intervenções indicadas decorreria de um *direito* profissional do médico de tratar somado à atuação conforme a *lex artis*, independentemente da existência do consentimento válido do paciente. Caso um tratamento fosse indicado para promover a saúde ou prolongar a vida do indivíduo doente, estipular-se-ia para o médico um *dever* profissional de agir, de sorte que sua omissão, nessa perspectiva, poderia ser punível.⁹

⁴ Por um lado, as intervenções médicas recaem sobre o corpo e a saúde do paciente, independentemente do resultado a que se chega, atingindo a sua substância corporal, seja pela incisão feita com um bisturi, pelo furo na pele realizado com uma seringa ou até mesmo pela alteração do funcionamento do corpo provocado por um tratamento medicamentoso. Por outro, a decisão do paciente em favor ou contra a realização de um tratamento médico representa o exercício da sua liberdade e autodeterminação, de modo que a não observância dos estritos limites abrangidos pela sua vontade pode vir a constituir um constrangimento ilegal. A esse respeito, cfr. F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, 347 ss.

⁵ “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”; Art. 13 “§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

⁶ “Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

⁷ A respeito, cfr. capítulo 4.

⁸ O paternalista rígido é aquele que, ignorando a vontade do sujeito afetado, limita a sua liberdade com o objetivo de promover o seu próprio bem. A respeito do paternalismo, cfr. sobretudo J. FEINBERG, *Harm to Self. The moral limits of Criminal Law*. vol. 3. New York: Oxford University Press, 1986, 12.

⁹ Segundo essa tese tradicional, adotada amplamente pela doutrina brasileira, as intervenções médicas seriam justificadas por um exercício regular de direito ou, a depender do caso, pelo estrito cumprimento do dever legal. Nesse sentido, cfr. por todos A. BRUNO, *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1967, 11. L. A. S. BRODT, *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, 190. Para críticas a essas concepções, cfr. sobretudo F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 131 ss..

Muito embora ainda não exista no Brasil uma lei que estabeleça os direitos dos pacientes¹⁰ e que, além de definir concretamente os fundamentos de legitimidade das intervenções médicas, esclareça qual o melhor tratamento jurídico a ser conferido a casos limítrofes, podemos partir dos valores consagrados em abstrato pela Constituição de 1988 para encontrar a melhor solução para essas situações. De fato, segundo uma leitura conjunta dos direitos à *dignidade humana* (art. 1º, III, CFR)¹¹ e à *liberdade* (art. 5º, caput, CFR), dos quais se extrai o imperativo de *respeito à autonomia do paciente*, não é mais possível admitir a prevalência de um modelo paternalista na relação médico-paciente, pois isso afastaria o sujeito a ser tratado do domínio sobre o seu próprio corpo.¹²

A autonomia confere ao indivíduo o “*direito de viver segundo a [sua] própria concepção de uma vida boa*”¹³ e permite que se reconheça uma esfera nuclear da vida privada no âmbito da qual apenas ele próprio pode tomar decisões. No contexto da Medicina, respeitar a autonomia do paciente significa reconhecer o seu direito à autodeterminação sobre o seu corpo e a sua mente e, por conseguinte, o seu direito de tomar suas próprias decisões médicas.¹⁴ Essa ideia é incompatível com a ética paternalista, que atribui ao médico (ou ao Estado) o direito de definir o destino do paciente e, em muitos casos, o dever de atuar para promover a vida e a saúde do enfermo, ainda que contra a sua vontade.

Muitos argumentam, no entanto, que o direito à autonomia individual não seria absoluto e que poderia ser flexibilizado quando confrontado, por exemplo, com os direitos à vida ou à saúde, os quais, de acordo com essa concepção, possuiriam maior gradação segundo um juízo objetivo de ponderação de

¹⁰ O Projeto de Lei 5559/2016 visa a consagrar, no Brasil, um Estatuto dos Direitos dos Pacientes. A aprovação desse projeto, de fato, representaria um importante passo rumo à consagração e delimitação dos direitos dos pacientes.

¹¹ A concepção da dignidade como autonomia, na nossa visão, possui total consonância com o contexto em que foi elaborada a Constituição de 1988, a qual, além de explicitar “uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil”, também deu ênfase às liberdades individuais, consagrando um “longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais”. L. A. BARROSO, *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*, in A. V. AZEVEDO; W. R. LIGIERA, (Orgs.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, 354.

¹² É possível encontrar na legislação pátria diferentes dispositivos que permitem interpretações paternalistas. A título de exemplo, podemos mencionar o art. 146, § 3º, CP, que autoriza a realização de intervenções médicas sem consentimento quando houver risco para a vida do paciente, ou o art. 122, CP, que criminaliza toda forma de auxílio a suicídio, ainda que de pacientes capazes. Não obstante, a constitucionalidade da interpretação tradicional desses dispositivos é duvidosa, devendo-se, cada vez mais, buscar limitar a aplicação desses dispositivos a partir de uma interpretação condizente com o respeito à autonomia do paciente.

¹³ L. GRECO, F. SIQUEIRA, *Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico* in *Studia Juridica*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade (vol 1), v. 108, 2017, 649; L. GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgrundsatzlehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZIS*, n. 5, 2008, 237.

¹⁴ F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 71 ss..

direitos fundamentais.¹⁵ No entanto, esse argumento é equivocado – e isso sobretudo por duas razões. Em primeiro lugar, há, aqui, um desvirtuamento e consequente esvaziamento da autonomia individual, que – porque confere ao paciente capaz justamente o *direito de hierarquizar* os seus próprios valores segundo as suas concepções – é negada em sua essência nas situações em que uma hierarquização externa é imposta ao indivíduo.¹⁶ A autonomia, de fato, confere ao paciente o direito de nem sempre decidir em favor da promoção da sua saúde ou do prolongamento indefinido de sua vida, já que isso pode ser perfeitamente condizente com a sua concepção de vida boa. Em segundo lugar, é importante ressaltar que o direito à vida *não* impõe ao paciente um *dever de continuar vivendo*.¹⁷ Pelo contrário, esse *direito* somente pode ser protegido se estiver em consonância com a autonomia e a dignidade do próprio sujeito, cabendo apenas a ele definir o destino da sua *vida biográfica*, a qual não se exaure na mera existência de *vida biológica*.¹⁸ De fato, o significado da vida – e a definição de se ela de fato prepondera em relação a outros valores individuais relevantes – não depende apenas de constatações fisiológicas como a pulsação do sangue, a respiração ou o funcionamento dos órgãos vitais, e sim do juízo pessoal do indivíduo concreto.

Diante disso, conclui-se que é o *consentimento livre e esclarecido* do paciente capaz que possui o condão de legitimar as intervenções médicas em seu corpo, afastando, com isso, o injusto dos crimes de lesão corporal e constrangimento ilegal. O médico não possui um direito originário¹⁹ ou um dever, decorrente unicamente da sua condição de médico, de tratar ou de prorrogar indefinidamente a vida das pessoas. Quando não for possível colher o consentimento real do paciente – como ocorre nas hipóteses em que, a despeito de a intervenção ser necessária, o enfermo está inconsciente –, poderá o médico realizar o tratamento por meio do recurso ao *consentimento presumido*. A *vontade presumida* do paciente, que deve ser aferida segundo um juízo hipotético, refere-

¹⁵ Cfr., por exemplo, D. SARMENTO, *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*, *Boletim Científico ESMPU*, v. 14, 2005, 185. No STJ, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 268459/SP, argumentou-se não apenas que a autonomia não seria um valor absoluto, mas também, aparentemente, submeteu-se a autonomia a um juízo de ponderação. Não obstante, o caso em questão refere-se à recusa de transfusão de sangue por parte dos pais de uma menina de 13 anos. Assim, em vez de realizar tal “ponderação”, mais correto seria apenas reconhecer a legitimidade uma intervenção de paternalismo moderado para proteger a paciente, que, *in casu*, não possuía capacidade de autodeterminação. Sobre o paternalismo moderado (*soft paternalism*), cfr. J. FEINBERG, *Harm to Self*, 12.

¹⁶ “A autonomia que se pondera não é mais autonomia, porque a ponderação é orientada de forma heterônoma. Autonomia é o direito de ponderar; ponderá-la é transformá-la em heteronomia”. L. GRECO; F. SIQUEIRA, *Promoção da saúde ou respeito à autonomia?*, 655.

¹⁷ K. ENGLÄNDER, *Von der passiven Sterbehilfe*, 513 e 514.

¹⁸ Cabe citar, aqui, o tão mencionado trecho de José Afonso da Silva, que esclarece que a “vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu aspecto biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”. J. A. SILVA, da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 196.

¹⁹ L. GRECO, F. SIQUEIRA, *Promoção da saúde ou respeito à autonomia?*, 652.

se à decisão que ele tomaria para si, a partir de suas preferências subjetivas, caso estivesse em condições de consentir.²⁰ Nos casos pediátricos, prevalece a concepção de que é o *consentimento por representação* que legitima as intervenções médicas, o qual encontra fundamentos e limites na promoção do melhor interesse do menor.²¹

3. A suspensão del suporte artificial de vida: comportamento ativo ou omissivo?

Antes de adentrarmos a discussão sobre o tratamento dogmático da suspensão de suporte artificial de vida, é oportuno que procedamos ao esclarecimento dos conceitos fundamentais que orbitam a problemática para, em seguida, apresentarmos uma breve análise sobre a controvérsia referente aos comportamentos ambivalentes, a fim de determinar se a conduta do médico que desliga os aparelhos que mantêm ativas as funções vitais do paciente deve ser concebida como uma ação ou como uma omissão.

3.1. Esclarecimentos conceituais.

Como já mencionamos, o debate acerca dos cuidados paliativos pode se tornar problemático na medida em que alguns dos comportamentos destinados ao alívio da dor e à promoção de conforto para o paciente podem aproximar-se de diferentes categorias de eutanásia. Concebe-se por *eutanásia* o auxílio médico à morte realizado segundo a vontade real ou presumida do paciente.²² Apesar de limitar-se, tradicionalmente, a pacientes terminais, referindo-se ao auxílio prestado após o início ou na iminência do processo de morte, atualmente esse conceito pode adquirir, para alguns, contornos mais abrangentes, vinculando-se também às situações em que o paciente, apesar de ainda possuir condições de viver por mais tempo, não deseja fazê-lo.²³

A concepção tradicional de eutanásia vincula-se, usualmente, à *eutanásia ativa*, referindo-se às hipóteses em que é praticada por meio de um comportamento comissivo. Na eutanásia ativa *direta* o médico atua com a finalidade precípua de abreviar a vida do enfermo, ao passo que na eutanásia ativa *indireta*²⁴ executam-se medidas que visam à diminuição ou alívio da dor, como a aplicação de morfina, o que, no entanto, pode antecipar o momento da morte. Fala-se, ainda, em *eutanásia passiva* nas situações em que a morte do paciente ocorre em razão

²⁰ A respeito das figuras do consentimento e do consentimento presumido, cfr. F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 169 ss. e 312 ss..

²¹ A respeito, cfr. I. KASECKER, *A responsabilidade penal do médico por omissão diante da recusa de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal*, in F. SIQUEIRA, H. ESTELLITA, *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, 79-99.

²² C. ROXIN, *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Trad. Luís Greco e Flávia Siqueira. In.: F. SIQUEIRA, H. ESTELLITA, *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, 129.

²³ Cfr. C. C. ROXIN, *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*, 130.

²⁴ M.D.F. F. SÁ, D. L. MOUREIRA, *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2015, 86.

de uma omissão do médico, que deixa de iniciar ou dar continuidade a um tratamento²⁵ e, com isso, de prolongar a vida que se aproxima de seu fim, permitindo “que a morte siga seu curso natural”²⁶. A *ortotanásia*, que para muitos é sinônimo de eutanásia passiva, na verdade possui conotação mais restritiva, referindo-se, via de regra, apenas à omissão em relação a pacientes em situação de terminalidade²⁷.

Esses conceitos, por sua vez, podem ser contrapostos à *distanásia*, que se refere à tentativa obstinada de retardar a morte, que é inevitável e iminente, por meio do emprego de medidas médicas interventivas, até mesmo aquelas consideradas desproporcionais ou extraordinárias, que não são capazes de alcançar a cura ou a melhora do estado de saúde do paciente. Essa noção é frequentemente associada à de *tratamento fútil* e de *obstinação terapêutica*, que, vinculada à busca desmedida pelo prolongamento da vida, desconsidera a dor e a angústia causadas ao paciente²⁸.

Os *cuidados paliativos* opõem-se diametralmente à *distanásia*. Partindo-se da aceitação da ideia de que o fim da vida é inevitável, eles têm o objetivo de tornar o processo da morte o menos desconfortável possível para o paciente – o que ocorre por meio do emprego de medidas destinadas ao alívio da dor e do sofrimento, seja ele físico, psíquico ou espiritual²⁹. No entanto, conforme esclarece *Dadalto*, definir, de um lado, o que são os tratamentos fúteis ou extraordinários que caracterizam a *distanásia* e, de outro, as intervenções ordinárias, inerentes aos cuidados paliativos, nem sempre é tarefa fácil e pode depender, em última instância, de uma série de fatores.³⁰ Apesar da necessidade de analisar as circunstâncias do caso concreto, em geral são considerados fúteis, quando realizados em pacientes em fim de vida, “a internação em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI), a traqueostomia, a ventilação mecânica, a

²⁵ M.D..F. F. SÁ; D. L. MOUREIRA, *Autonomia para morrer*, 87.

²⁶ G. M. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, in C. M. ROMEO CASABONA, M.D..F. F. SÁ, (Orgs.). *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011, 166.

²⁷ Segundo *Starling*, a eutanásia passiva ensejaria uma antecipação do momento da morte do paciente, por meio da omissão de intervenções úteis que seriam capazes de salvar-lhe a vida, ao passo que a *ortotanásia* referir-se-ia à omissão de tratamentos fúteis, que em nenhuma hipótese conduziriam à cura ou à melhora da condição de saúde do paciente. S. C. D. S. STARLING, *Direito à morte: eutanásia e suicídio assistido no Direito Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020, 52. A respeito, cfr. M. E. VILLAS-BÔAS, *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. *Revista Bioética*, v. 16, 2008, 63-64.

²⁸ L. R. BARROSO, L. D. C. V. MARTEL, *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. *Panóptica*, v. 19, 2010, 73.

²⁹ Importante frisar que os cuidados paliativos, em termos gerais, abrangem, segundo esclarecem Sá e Moureira, não apenas a promoção do conforto do próprio enfermo, mas também daqueles “que estão à sua volta e compartilham do sofrimento, ainda que em outra dimensão”. M.D..F. F. SÁ; D. L. MOUREIRA, *Autonomia para morrer*, 188. Essa concepção está em consonância com o conceito de cuidados paliativos firmado pela Organização Mundial de Saúde. Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Integrating palliative care and symptom relief into primary health care*, 5.

³⁰ L. DADALTO, *Testamento Vital*. 5 ed. Indaiatuba: Foco, 2020, 38-39.

oxigenação extracorpórea, técnicas de circulação assistida, tratamentos medicamentosos com drogas vasoativas, antibióticos, diuréticas, derivados sanguíneos etc.”³¹.

As hipóteses em que o cuidado paliativo se vincula à ministração de medicamentos de alívio da dor ou até mesmo à sedação paliativa podem aproximar-se da eutanásia indireta, a qual, via de regra, é considerada impunível³². Os casos de suspensão de suporte artificial de vida, no entanto, envolvem um debate mais complexo e encontram-se em uma zona limítrofe entre a eutanásia ativa e a passiva³³. Nesse sentido, o suporte artificial de vida refere-se à utilização de aparelhos que promovem a manutenção de funções vitais do paciente que, por alguma razão, não possui condições, momentâneas ou permanentes, de exercê-las espontaneamente. Tais funções vitais compreendem, por exemplo, a circulação sanguínea, a respiração – que pode ser artificialmente realizada por meio da intubação e vinculação do paciente a um ventilador pulmonar, em casos de insuficiência respiratória – ou até mesmo a nutrição e a hidratação³⁴. Se algum desses procedimentos já está em andamento, é possível conceber o desligamento dos aparelhos, a depender dos critérios adotados, como *eutanásia ativa* ou, ainda, como *eutanásia passiva*³⁵.

Considerando a inexistência de um tipo penal específico que discipline questões relativas à eutanásia, a análise da punibilidade desses comportamentos vincula-se, no Brasil, principalmente ao crime de *homicídio*, previsto no art. 121 do CN. No entanto, esse tratamento genérico de questões existenciais acaba deixando várias questões em aberto. Em termos gerais, considera-se que mesmo que a vida do paciente esteja muito próxima do fim, a execução de qualquer ato que provoque a diminuição do tempo de vida poderia caracterizar um homicídio. Diante disso,

³¹ L. DADALTO, *Testamento Vital*, 39.

³² Sobre os possíveis fundamentos para a não punibilidade da eutanásia indireta, cfr. C. ROXIN, *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*, 133.

³³ Apesar de o termo “eutanásia” carregar consigo um viés negativo – o que motiva muitos autores a tentarem desenvolver uma concepção consideravelmente restritiva de eutanásia, com o objetivo de legitimar tudo aquilo que estiver fora do espectro do conceito –, entendemos que denominar um comportamento como eutanásico não necessariamente conduz à conclusão de que seria proibido pelo nosso ordenamento jurídico. Mais importante, a nosso ver, é a definição dos pressupostos da punição desses comportamentos – e não a sua categorização ou não como eutanásia.

³⁴ Há, no entanto, uma polêmica no que se refere à suspensão da nutrição e da hidratação artificial do paciente. Segundo muitos autores, “a alimentação e a hidratação são necessidades permanentes e inarredáveis da condição humana”. M. E. VILLAS-BÓAS, *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. *Revista Bioética*, v. 16, 2008, 63-64. Assim, interrompê-las equivaleria a deixar o paciente morrer de fome ou de sede, de sorte que a suspensão desse tipo de intervenção seria considerada “indigna” e, via de regra, inadmissível, podendo ser indicada apenas em casos excepcionais. Dadalto menciona, por sua vez, que, de acordo com *James Drane*, há estudos que demonstram que o paciente inconsciente não sente fome ou sede, de modo que a suspensão da nutrição ou hidratação artificial não provocaria sofrimento. L. DADALTO, *Testamento Vital*, 40. Em muitos casos de pacientes que se encontram em estado vegetativo persistente, a única alternativa pode ser justamente a suspensão dessas intervenções.

³⁵ Discorrem sobre a problemática, por exemplo, A. ENGLÄNDER, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch*. *JZ*, 2011, 514; F. CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, *JR*, 2005, 95.

segundo a doutrina brasileira, a prática da eutanásia ativa direta amolda-se à conduta típica de “matar alguém”, e o atendimento à vontade do paciente ou a compaixão pelo seu sofrimento pode constituir, no máximo, uma causa de diminuição de pena referente ao motivo de relevante valor moral (§ 1º do art. 121, CP)³⁶.

Por sua vez, a eventual punição da eutanásia passiva ou da omissão do médico que respeita uma recusa de tratamento dependerá do preenchimento, no caso concreto, dos pressupostos da omissão imprópria (art. 13, § 2º do CP), para que seja possível imputar o crime de homicídio – ou, para alguns, de auxílio a suicídio (art. 122, CP)³⁷ –, ou dos requisitos da omissão de socorro (art. 135, CP), aos quais nos voltaremos adiante mais detidamente. De qualquer forma, adiantamos que – por mais que parte da doutrina brasileira tente fundamentar a responsabilidade do médico por omissão nos casos em que ele, respeitando a recusa do paciente, deixa de realizar tratamentos capazes de conduzir à cura ou à melhora da condição da sua saúde –, partindo de uma fundamentação genérica da posição de garante do médico³⁸ ou de uma análise paternalista (ou coletivista) do tipo da omissão de socorro, há um certo consenso no sentido de que a ortotanásia não deveria ser punida, por se referir a pacientes em estágio terminal de uma doença grave e incurável. A nosso ver, contudo, tendo como base o modelo de respeito à autonomia do paciente, acima delineado, essas duas situações não devem ser diferenciadas, havendo bons fundamentos para considerar que a omissão do médico, nessas duas hipóteses, constitui um comportamento via de regra atípico³⁹.

3.2. Responsabilidade do médico por homicídio por comissão (art. 121, CP)? A controvérsia em torno dos comportamentos ambivalentes.

Enquanto a proibição de ofender bens jurídicos alheios por meio de uma conduta ativa se destina a todos os indivíduos, a exigência de que um sujeito pratique uma ação para evitar que um bem jurídico alheio seja violado requer, no caso dos crimes omissivos impróprios, a existência de um dever especial de agir (art. 13, § 2º CP).⁴⁰ Assim, a distinção entre ação e omissão é necessária

³⁶ Cfr. por todos C. R. BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, 77. Deve-se ressaltar, contudo, que o desligamento de aparelhos destinados à manutenção artificial da vida de um paciente diagnosticado com morte encefálica não é considerado uma conduta eutanásica, pois nesses casos o paciente já se encontra clinicamente morto.

³⁷ Há quem sustente que, em se afirmando positivamente a posição de garante do médico e demais pressupostos da punição, responderia ele por *participação em suicídio por omissão imprópria* (art. 122 c/c art. 13, ambos do CPB), já que o médico não impediu, quando deveria, a consecução do resultado de um suicídio. Nesse sentido, cfr. por exemplo, G. M. D. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, 172.

³⁸ Cfr. nota 77.

³⁹ Cfr. capítulo 4.

⁴⁰ Nesse sentido W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, GA 1999, 460.

sobretudo porque os pressupostos de punição do agente, em cada uma dessas hipóteses, são distintos⁴¹.

Em alguns grupos de casos, no entanto, essa diferenciação é problemática – especialmente quando se trata de comportamentos ambíguos ou ambivalentes, que, a depender do critério adotado, podem ser compreendidos como condutas ativas ou omissivas.⁴² É precisamente nesse grupo de casos que se insere a suspensão de tratamentos médicos,⁴³ que constitui objeto de candentes debates, especialmente na literatura alemã.⁴⁴ Paradigmático, nesse contexto, parece ser o caso do respirador (*Respirator-Fall*)⁴⁵, em que um médico desliga, por meio do apertar de um botão, o aparelho ventilador de um paciente inconsciente que não tem perspectiva de melhora. Aqui, questiona-se: o ato de apertar o botão para suspender o tratamento configura uma conduta ativa de abreviação da vida ou uma omissão em relação a um despropositado prolongamento da vida?⁴⁶ Como

⁴¹ W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, GA 1999, 459 s.; N. BOSCH, *Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (Orgs.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30ª ed., München: C. H. Beck, 2019, Vor §§ 13 s., nm. 158.

⁴² K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, in K. LACKNER, H. LEFERENZ, E. SCHMIDT, J. WELP, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973, 167.

⁴³ Como observam expressamente, ex., C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, 295 e W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, 461.

⁴⁴ Na Alemanha, a distinção entre ação e omissão é especialmente relevante, por diferentes razões. A principal delas, talvez, decorre do fato de que, por mais que o agente responda pelo mesmo crime tanto em caso de ação como de omissão imprópria, nesta última hipótese ele poderá receber uma diminuição de pena, nos termos do § 13, Abs. 2, StGB. Além disso, nos casos de que aqui tratamos, a distinção entre ação e omissão conduz a respostas penais totalmente diferentes, porquanto a eutanásia ativa é proibida e a eutanásia passiva constitui fato atípico se decorrente de uma recusa livre de tratamento. Diante desse cenário, resta claro que a distinção entre ação e omissão possui importantes consequências práticas, razão pela qual essa questão é objeto de intensos debates na literatura alemã. No Brasil, no entanto, além de não haver previsão de diminuição de pena em casos de omissão, boa parte da doutrina ainda considera que a eutanásia passiva seria proibida, de modo que a distinção parece não chamar tanto a atenção dos nossos autores. Abordam essa controvérsia, sobretudo: J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, 43 s.; J. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, 283 s.; H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, in M. R. JUNIOR, M. T. D. A. MOURA, (Orgs.). *Coleção 80 anos do Código Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 97-121. Não obstante, partindo-se do paradigma de respeito à autonomia do paciente – segundo o qual são legítimas as omissões médicas realizadas de acordo com a vontade do enfermo –, a diferenciação entre ação e omissão assume especial relevância para a definição da responsabilidade penal do médico nos casos de suspensão de suporte artificial de vida. Por essa razão, é extremamente pertinente a análise das contribuições da doutrina alemã para a solução do problema.

⁴⁵ Abordado, por exemplo, por W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, 461; F. F. CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, 97.

⁴⁶ Defendem a primeira perspectiva, ex., H. BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart: Georg Thieme, 1968, 112, W. KARGL *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, p.458-481; E. E. SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, in G. STRATENWERTH, A. KAUFMANN, G. GEILEN et. alii (Orgs.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter

já afirmamos alhures, não se trata, aqui, de uma pergunta relevante apenas teoricamente. Como pretendemos demonstrar, a resposta a essa questão influirá diretamente na definição da responsabilidade penal do médico. A análise dos critérios de distinção entre ação e omissão requer, no entanto, um passeio, ainda que breve, por algumas das teorias que mais encontram ressonância no Brasil⁴⁷. Uma das abordagens mais difundidas é aquela fundada sobre o *critério do emprego de energia*. Segundo essa teoria, enquanto a conduta ativa se caracteriza pelo dispêndio de energia (em um determinado sentido), a omissão pressupõe o não emprego de energia (em um determinado sentido)⁴⁸ ou, em outras palavras, a inércia do agente em relação àquilo que é dele esperado – e não em relação a outras possíveis ações que ele eventualmente esteja a praticar.⁴⁹ O conceito de energia, segundo *Engisch*, não deve ser compreendido em um sentido exclusivamente físico ou fenomenológico, mas deve abranger também “uma energia voltada para dentro”⁵⁰, que se manifesta na forma de uma “potência” (*Leistung*) ou de um “esforço” (*Anstrengung*), como o simples concentrar-se ou o estar ansioso⁵¹. Nesse sentido, segundo a concepção do autor, a suspensão de tratamentos médicos se aproxima da omissão, uma vez que, embora o médico pratique uma ação – apertar o botão – para interromper o tratamento, o *significado da sua conduta* indica que ele não mais deseja empregar energia ou

de Gruyter, 1974, 602 s. Argumentam a favor da segunda, ex., C. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H.Beck, 2003, § 31 nm. 115 s.; K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 178.

⁴⁷ O escopo do presente trabalho não consiste em abordar de forma aprofundada essa complexa discussão, porquanto seria tarefa impossível proceder, no pouco espaço de que dispomos, a uma investigação minuciosa – ou mesmo a uma detalhada apresentação descritiva – da problemática e de todas as teorias existentes. Na literatura brasileira, algumas das teorias já desenvolvidas podem ser encontradas em J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 43 s.; J. E. X. J. TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, 283 s.; H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 97-121. Um panorama mais abrangente sobre as teorias existentes pode ser encontrado, ex., em C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997; K. STOFFERS, *Die Formel “Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit” bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?* Berlin: Duncker & Humblot, 1992; ou, ainda, de forma bastante sintética, em T. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 169 s. É importante consignar, ainda, uma importante e controvertida decisão (BGHSt 55, 191) do BGH (O *Bundesgerichtshof* ou BGH é o tribunal alemão equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça.), proferida no ano de 2010, sobre um caso de interrupção de tratamentos médicos. Nela, o BGH entende que o decisivo, na definição da responsabilidade penal do médico, é que a suspensão do tratamento corresponda à vontade real ou presumida do paciente, sendo a distinção entre ação e omissão irrelevante para esse fim. Afinal, se um paciente pode exigir que o médico se abstenha de iniciar um tratamento, ele também pode exigir que um tratamento seja, ativa ou passivamente, interrompido. A solução oferecida pelo BGH para o caso concreto se assentou, portanto, fundamentalmente, sobre a figura do consentimento do paciente. Sobre a decisão, cfr. A. ENGLÄNDER, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch*, 513-520; V. HAAS, *Das (nicht mehr ganz) neue Institut des Behandlungsabbruchs*, JZ, 714-723, 2016.

⁴⁸ K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 170, 174.

⁴⁹ K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 174.

⁵⁰ K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 171.

⁵¹ K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 171 ss.

esforçar-se nessa atividade – o que, em última análise, se coadunaria com a ideia reitora da omissão⁵².

No entanto, a teoria do emprego de energia é, por vezes, criticada por seu caráter subjetivo e discricionário, porquanto sujeita a análise da conduta à atribuição de um significado⁵³. Assim, alguns autores associam essa teoria a outros critérios, como o do *movimento corporal*, o da *causalidade*, entre outros.⁵⁴ No cenário brasileiro, por exemplo, autores como *Estellita* parecem aliar o critério do emprego de energia ao do movimento corporal, concebendo que “há *ação* ali onde uma pessoa interfere no mundo externo, na forma de um movimento muscular voluntário que causa o resultado típico, e há *omissão* quando não interfere (não emprega energia), embora pudesse fazê-lo, em um curso causal em andamento”⁵⁵. Vinculando, ainda, esse critério ao componente da causalidade, *Estellita* afirma que os crimes comissivos se caracterizariam pela interferência “no mundo externo, na forma de um movimento muscular voluntário que causa o resultado típico”, ao passo que os delitos omissivos se definiriam pela não intervenção em um curso causal que já se encontra em andamento⁵⁶. Isso levaria a compreender a suspensão do suporte artificial de vida como *eutanásia ativa*, já que o médico, ao apertar o botão para desligar o aparelho que mantém ativas as funções vitais do paciente, estaria realizando um movimento muscular voluntário que conduziria à produção do resultado típico “morte”.

Outro critério bastante debatido é o referente ao *centro de gravidade da reprovabilidade*.⁵⁷ Segundo os seus defensores, a distinção entre ação e omissão requer uma valoração, não devendo depender exclusivamente da configuração externa do acontecimento.⁵⁸ Nesse sentido, esse critério impõe a aferição, a partir do sentido social e das características concretas do comportamento analisado, de qual o centro ou o foco da censura penal.⁵⁹ Com fundamento nesse critério, *Weißauer* e *Opderbecke* afirmam que, no casos de suspensão de suporte artificial de vida, o médico apenas deixa de retardar, ainda mais, uma morte que já é inevitável.⁶⁰ Nesse sentido, “o centro de gravidade do comportamento, que orienta a censura penal, reside claramente nessa omissão, e não na conduta ativa que a acompanha

⁵² K. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, 178. Crítica a essa concepção em W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, 465 ss.

⁵³ E. SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, 587.

⁵⁴ Como observa C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, 57 ss.

⁵⁵ H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 105 s.

⁵⁶ Cfr. H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 106.

⁵⁷ H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 104. J. TAVARES fala em “ponto de reprovabilidade da conduta” (J. J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 46).

⁵⁸ Cfr. C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, 75.

⁵⁹ H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 104; R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H.Beck, 7. ed. 2015, § 48, nm. 10.

⁶⁰ W. WEIßAUER, H. T. OPDERBECKE, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, BA 1973, 112.

[...]”⁶¹. Esse critério costuma ser criticado, sobretudo, por sua indeterminação,⁶² que cria uma ampla margem de discricionariedade e produz insegurança jurídica⁶³.

Um terceiro critério bastante utilizado remete à controversa figura da *omissão por ação* – embora o instituto da *ação por omissão* seja amplamente aceita, o da *omissão por ação* não o é.⁶⁴ Roxin – um dos maiores defensores do recurso a essa construção para os casos de interrupção de tratamentos médicos –, afirma que, via de regra, a distinção entre ação e omissão deve se fundar sobre critérios ôntico-fenomenológicos: enquanto a ação se caracteriza por um emprego de energia causal para o resultado, a omissão implica um não emprego de energia causal para o resultado⁶⁵. No entanto, ainda segundo Roxin, nada obsta a que, por razões normativas, uma ação seja punida como uma omissão em situações específicas⁶⁶ – e uma delas se refere precisamente à hipótese de suspensão de suporte artificial de vida. Nesse sentido, quando o tratamento não mais for indicado – ou seja, quando, devido à ausência de perspectiva de melhora do estado de saúde do paciente, o prolongamento da vida se revelar inútil⁶⁷ –, o desligamento do aparelho possuiria a estrutura de uma omissão – a despeito de manifestar-se, fenomenologicamente, na forma de uma conduta ativa.⁶⁸ Em análise crítica dessa concepção, Schneider registra, talvez acertadamente, que o instituto da “omissão por ação” deveria ser denominado, na verdade, de “omissão *apesar da ação*” (*Unterlassen trotz Tun*), já que uma das críticas

⁶¹ W. WEIBAUER; T. OPDERBECKE, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, 112.

⁶² Nesse sentido, a observação de H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 104, com ulteriores referências. Cfr. igualmente F. CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, 94. Cfr. também W. KARGL, *Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen*, 462 e C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 79 s., que rejeita esse critério também por sua circularidade, já que, antes de determinar qual é o foco da censura penal, é necessário que se saiba se se trata de uma ação ou de uma omissão.

⁶³ Nesse sentido também J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 50, que defende que a “solução não parece encontrar-se num critério único, senão em duas possibilidades: ou na conjugação do critério do ponto de gravidade com o critério da causalidade [...] ou mediante referência ao conteúdo axiológico emprestado ao fato.”

⁶⁴ Como observa H. MEYER-BAHLBURG, *Unterlassen durch Begeben*, GA 1968, 49, que, apesar de reconhecer o caráter polêmico do instituto, apresenta diversos cenários em que a sua aplicabilidade lhe parece evidente. C. ROXIN também reconhece que se trata de figura bastante controversa (C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, NStZ 1987, 349; *idem*, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 100). Contrário à afirmação da existência da “omissão por ação”, N. BOSCH, *Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, Vor §§ 13 s., nm. 159. Críticas ao instituto em C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, 138-140.

⁶⁵ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm.78 e 99.

⁶⁶ Quais sejam: participação ativa em delito omissivo, *omissio libera in causa*, interrupção de cursos causais salvadores e suspensão técnica de tratamentos (C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 100.) No Brasil, sobre as três últimas situações, cfr. H. ESTELLITA, *A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes*, 97-121.

⁶⁷ C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 117.

⁶⁸ Cfr. C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, 349; *idem*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm.117.

frequentemente dirigidas a essa concepção se refere à pretensa imprecisão do conceito⁶⁹.

A despeito da abrangência e complexidade do debate, acreditamos que há boas razões – não apenas dogmáticas, mas sobretudo político-criminais – para que a suspensão do suporte artificial de vida seja concebida como uma *omissão*. De fato, compreender tal conduta como uma ação conduziria a uma contradição manifesta e insuperável: o médico que nem sequer inicia o tratamento receberia um tratamento jurídico-penal mais benéfico do que aquele que, tendo iniciado o tratamento e atestado a sua improficuidade, o interrompe.⁷⁰ Ademais, o aparelho de suporte artificial de vida pode ser considerado, na verdade, *longa manus* do médico: não fossem as benesses da tecnologia, o profissional de saúde teria de executar, *manual e ativamente*, manobras diárias para prolongar a vida do paciente – e, se assim fosse, ninguém contestaria que a suspensão de tratamento configuraria uma omissão. Considerando isso, *Roxin* afirma, acertadamente, que não importa de que maneira a interrupção do tratamento ocorre; caso contrário, os aparelhos teriam de ser construídos de forma que o seu funcionamento dependesse de um impulso ativo diário, o que tornaria dispensável a suspensão ativa⁷¹. Nesse sentido, parece-nos que, em essência, o dever que o médico em tese violaria ao deixar de dar continuidade a um tratamento seria, na verdade, um *dever de agir*, isto é, de manter a máquina funcionando para continuar prolongando a vida do paciente. Assim, é coerente a observação de *Tavares*, que argumenta que o desligamento do aparelho realizado por um médico constituiria uma violação a um preceito mandamental (de manter a máquina funcionando), ao passo que, se esse mesmo comportamento fosse realizado por um terceiro, a conduta seria concebida como uma ação, já que estará vinculada a um preceito proibitivo (não desligar a máquina)⁷².

4. A responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida.

⁶⁹ C. SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhalten medizinischer Behandlung*, 139. Nesse sentido também F. CZERNER, *Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe*, 98.

⁷⁰ Apesar disso, há quem, concebendo tal conduta como ativa, defenda o direito do paciente a uma “morte natural”. Nesse sentido, E. SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, 602. Essa postura não nos parece de todo equivocada, mas, partindo do ordenamento jurídico brasileiro, que institui, segundo a posição majoritária, uma proibição geral da eutanásia ativa, há que se esclarecer as razões pelas quais seria possível afastar, nesses casos, a tão difundida máxima da indisponibilidade da vida – que invalidaria o consentimento do paciente – e, conseqüentemente, o injusto do delito de homicídio. Na nossa visão, há boas razões para a defesa dessa concepção, mas a solução da questão não é assim tão simples, já que se corre o risco de, a depender da argumentação utilizada, legitimar *in totum* o homicídio a pedido, o que não nos parece adequado.

⁷¹ C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31 nm. 116.

⁷² J. TAVARES, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, 47 s.. Chegam a essa mesma conclusão, a partir de outros argumentos, H. WEIßAUER, T. OPDERBECKE, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, 112.

Concebendo-se a suspensão de suporte artificial de vida como uma omissão e partindo das conclusões inerentes ao paradigma da autonomia, acima delineadas, impõe-se investigar se e em que situações esse comportamento poderia amoldar-se ao crime de homicídio por omissão (*infra* 4.1.) ou omissão de socorro (*infra* 4.2.).

4.1. Pode o médico ser punido por homicídio por omissão?

A afirmação da responsabilidade do médico por omissão imprópria requer o preenchimento dos pressupostos de punibilidade previstos no art. 13, § 2º, b, CP. Para isso, é necessário aferir não apenas se, nas circunstâncias específicas do caso, o médico realmente possui um dever especial de proteção em relação ao paciente, mas também a extensão desse dever e as suas possibilidades concretas de ação.

A relação médico-paciente é caracterizada por um vínculo de proteção e confiança⁷³: ao assumir o tratamento, o profissional de saúde desperta a confiança do paciente, que espera, legitimamente, a devida proteção⁷⁴. É, portanto, a partir da *assunção fática do tratamento* – e não da existência de um dever profissional⁷⁵ ou da celebração de um contrato válido⁷⁶ – que o médico se torna garante do paciente e avoca a responsabilidade de impedir a ocorrência do resultado danoso⁷⁷. Como esclarece *Schünemann*, o fundamento material do dever de garante do médico é o seu *domínio sobre o desamparo da vítima*,⁷⁸ o qual, no caso, decorre do *ato de confiança do próprio paciente ou de um garante originário*⁷⁹

⁷³ Cfr. H. BOCKELMANN, Paul. *Strafrecht des Arztes*, 19; LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 4; J. C. D. SANTOS, *Direito Penal: Parte Geral*, 5ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, 203 e 204. Cfr. também K. ULSENHEIMER, in A. LAUFS, B. R. KERN, (Orgs.). *Handbuch des Arztrechts*, 5ª ed., München: C. H. Beck, 2019, § 151 nm. 2 ss.

⁷⁴ L. M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*. Heidelberg: Springer, 2010, 113-115.

⁷⁵ Apesar de essa ser uma fundamentação recorrente na jurisprudência brasileira, parece absurdo crer que o médico, apenas por ser médico, torna-se permanentemente garantidor universal dos bens jurídicos de todos os pacientes, independentemente da assunção do tratamento e, com isso, da função de proteção. Muitos julgados sequer fundamentam a posição de garante do médico (cfr., por exemplo, o RESE 1.0153.07.070027-0/001, julgado pelo TJMG); outros, a fundamentam numa suposta *lei*, sem, contudo, especificá-la (cfr., por exemplo, RESE 1.0114.05.055657-9/001, também do TJMG).

⁷⁶ H. ESTELLITA, *Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas*, in F. SIQUEIRA, H. ESTELLITA, *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, 199-200; V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 4; L. M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 110.

⁷⁷ H. ESTELLITA, *Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas*, 200-202; J. C. D. SANTOS, *Direito Penal: Parte Geral*, 5ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, 203 e 204; F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 386; H. BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 19; V. LIPP, *Volker. Die ärztliche Hilfspflicht*, in A. LAUFS, C. KATZENMEIER, V. LIPP, (Orgs.). *Arztrecht*. München: C. H. Beck, 7ª ed., 2015, CaIV nm. 4 s.; L. M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, 109-110.

⁷⁸ B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1971, 342 ss..

⁷⁹ B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 352.

(como dos pais em relação aos filhos menores). A assunção fática do tratamento está condicionada à existência do consentimento, real ou presumido, de modo que a ausência de consentimento ou o expresso dissentimento do paciente *impedirá* a configuração de uma eventual posição de garantia do médico ou a *afastará*, caso tenha sido previamente constituída⁸⁰.

Na hipótese em que o médico tiver, de fato, assumido o tratamento do paciente e ocupar, portanto, a posição de garante, ele poderá ser punido caso não aja para impedir o agravamento do estado de saúde ou a morte do paciente.⁸¹ No entanto, a responsabilização penal por lesão corporal ou homicídio por omissão estará condicionada não apenas à comprovação do nexo causal e da inevitabilidade do resultado lesivo, mas também à possibilidade fática de ação do profissional de saúde⁸².

Considerando-se, no entanto, que não existe um “dever de viver”, não pode o indivíduo ser obrigado a submeter-se a tratamentos indesejados pelo simples fato de que eles lhe salvariam ou prolongariam a vida.⁸³ É importante frisar, nesse sentido, que a posição de garante do médico e, com isso, o dever de proteção anteriormente existente são afastados pela recusa *completa* de tratamento pelo paciente⁸⁴. A rejeição *parcial* de tratamentos, que tem por objeto intervenções específicas – e não todas as medicamente indicadas – por sua vez, não afasta esse vínculo protetivo⁸⁵, mas conduz, ainda assim, à limitação dos deveres do médico. Nesse caso, o médico não poderá ser responsabilizado por omissão imprópria se a concretização do resultado típico decorrer precisamente da sua abstenção em relação ao(s) tratamento(s) rejeitado(s).⁸⁶ Afinal, *tanto a*

⁸⁰ H. J. HIRSCH, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, in W. KÜPER, I. PUPPE, J. TENCKHOFF, (Orgs.). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987, 600. D. DÖLLING, *Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen: Zu BGH*, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, *ZIS*, n. 5, 2011, 347. H. SCHÖCH, *Unterlassene Hilfeleistung*, in C. ROXIN, U. SCHROTH, (Orgs.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. ed. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2007, 111. De acordo com *Carvalho*, haverá, nesses casos, o “cancelamento” da posição de garante. G. M. D. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, 176.

⁸¹ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 2; F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 384.

⁸² K. K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 3 s.

⁸³ B. ENGLÄNDER, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch*, 514.

⁸⁴ C. KNAUER, J. BROSE, *Strafgesetzbuch (StGB)*, in A. SPICKHOFF, (Org.). *Medizinrecht*. München: C.H. Beck, 3ª ed. 2018, StGB §§ 211, 212 nm. 7; V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 5; L.M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsverbot*, 111 s.; F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 388.

⁸⁵ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 6; L. M. BLEILER, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsverbot*, 115 s..

⁸⁶ F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 389. Ainda que haja alguma controvérsia e um forte resquício paternalista em nossa doutrina e jurisprudência no que se refere ao debate sobre a admissibilidade das chamadas *recusas amplas de tratamentos* realizadas por pacientes que ainda possuem perspectiva de cura ou melhora, a legitimidade da *recusa estrita de tratamento*, que ocorre nos casos de pacientes terminais – como os que aqui se discute –, é amplamente aceita (L. R. BARROSO, V. MARTEL, *A morte como ela é*, 74. Sobre a admissibilidade da ortotanásia, cfr. por todos M. REALE JR., *Consentimento - Ortotanásia e adequação social*, in *RBCCrim*, v. 121, 2016, 214 s.). Esses casos, que se aproximam da ortotanásia

*recusa quanto o consentimento definem os contornos da atuação médica legítima, ora a fundamentando, ora a limitando*⁸⁷.

Em relação aos casos vinculados à suspensão de suporte artificial de vida, isso significa, concretamente, que, quando o paciente revoga o seu consentimento no tratamento, declarando o seu desejo de morrer e, com isso, de interromper o funcionamento do aparelho que mantém suas funções vitais ativas, afasta-se a posição de garante do médico⁸⁸, que não poderá ser punido por sua omissão. O mesmo ocorre quando a revogação do consentimento se funda na vontade presumida do paciente. Além disso, é importante frisar que, partindo-se do paradigma de respeito à autonomia do enfermo (*supra* 2), o médico que mantém o suporte artificial de vida mesmo após a revogação do consentimento pelo paciente pratica, na melhor das hipóteses, um constrangimento ilegal e, na pior das hipóteses, um crime de lesão corporal, uma vez que se trata de uma interferência indevida – porquanto realizada na ausência do consentimento real ou presumido – na integridade física do paciente.

É importante anotar, nesse contexto, que o registro prévio de uma *diretiva antecipada de vontade* pode constituir um importantíssimo instrumento para garantir o respeito a autonomia do paciente⁸⁹, porquanto permite que o indivíduo manifeste a sua vontade e esclareça previamente a quais intervenções deseja ou não se submeter e em que hipóteses deseja que seja realizada a suspensão do suporte artificial de vida. Esse documento, também chamado, nesses casos, de *testamento vital*⁹⁰, poderá auxiliar o médico na tarefa de aferir a vontade presumida do paciente, caso ele se encontre em estado de inconsciência

e são também designados de *limitação consentida de tratamento* ou *suspensão de esforço terapêutico*, da qual fazem parte a retirada de suporte vital, a não-oferta de suporte vital e as ordens de não-ressuscitação ou de não reanimação (cfr. L. R. BARROSO, V. MARTEL, *A morte como ela é*, 74.), são talvez os únicos que não enfrentam forte oposição paternalista no debate sobre a proteção penal da vida. As orientações do Conselho Federal de Medicina, delimitadas pela Resolução nº 1.805/2006, também estão em consonância com a nossa conclusão. De acordo com seu art. 1º, “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. Além disso, o seu art. 2º assegura ao doente, expressamente, o direito da alta hospitalar. Também o Código de Ética Médica de 2018 (Resolução CFRM nº 2.217), ao proibir a eutanásia, esclarece, em seu art. 41, parágrafo único, que “nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

⁸⁷ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 6; F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 389. Existe, na verdade, um dever do médico de respeitar a vontade do paciente. Nesse sentido, W. WEIBAUER, T. OPDERBECKE, *Todesbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, 104.

⁸⁸ T. CEFFINATO, *Die Beendigung von Garantenstellungen*, NStZ 2021, 68.

⁸⁹ A legitimidade das diretivas antecipadas de vontade é reconhecida pela Resolução CFRM nº 1.995/2012, que as define como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (art. 1º).

⁹⁰ Cfr. L. DADALTO, *Testamento Vital*, 55.

– o que ocorre com frequência nas situações em que a suspensão paliativa do suporte artificial de vida é de fato considerada como uma opção⁹¹.

No entanto, caso não haja uma manifestação prévia de vontade, é inevitável o recurso a um *standard de julgamento substituto*⁹², devendo o médico orientar a sua atuação por um juízo hipotético acerca da vontade do paciente, a partir da investigação sobre qual comportamento melhor reflete seus desejos. Se na diretiva antecipada de vontade for constituído um *procurador para cuidados de saúde*⁹³, esse indivíduo nomeado tomará decisões orientadas pela vontade (subjetiva) do enfermo. Em casos de pacientes menores, por sua vez, há que se recorrer ao *standard do melhor interesse*⁹⁴.

Importa sublinhar, em relação a esse cenário, que a recusa presumida do tratamento – e, portanto, a vontade presumida do paciente de suspender o suporte artificial de vida – também tem o poder de afastar o dever de garante do médico nos casos em que o enfermo se encontra em estado de inconsciência⁹⁵.

4.2. Pode o médico ser punido por omissão de socorro?

Caso o médico não ocupe a posição de garante e não tenha, portanto, um dever especial de proteção em relação ao paciente, ou caso os demais pressupostos de punição não estejam preenchidos⁹⁶, ele não poderá ser punido pelo resultado produzido a título de omissão imprópria.⁹⁷ Isso, no entanto, não afasta a possibilidade de que o profissional de saúde seja eventualmente punido por

⁹¹ O médico apenas poderá desconsiderar o conteúdo do testamento vital se houver uma razão concreta para acreditar que ela não mais condiz com as preferências atuais do enfermo. A confecção de um testamento vital permite a aplicação de um *standard de pura autonomia* – segundo a denominação de *Beauchamp e Childress* (cfr. T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, 227-228) – que possibilita a observância das preferências reais do paciente no caso concreto.

⁹² T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 227.

⁹³ A respeito, cfr. L. DADALTO, *Testamento Vital*, 49.

⁹⁴ A respeito desse conceito, cfr. T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 228-229.

⁹⁵ A aferição da vontade presumida no caso concreto pode ser demasiado complexa. Não obstante, ainda que o paciente não tenha elaborado um testamento vital – que consiste no instrumento mais seguro para se conhecer a real vontade do enfermo de se submeter ou não a intervenções médicas específicas –, poder-se-á, diante da ausência de ulteriores indícios, partir de um juízo subjetivo de ponderação, segundo os valores do próprio paciente, para definir se, caso ele pudesse manifestar a sua vontade, desejaria ou não a suspensão do suporte artificial de vida. É essa análise que permitirá definir a existência ou não da posição de garantia do médico no caso concreto.

⁹⁶ “Também nas situações em que não fica demonstrado que, caso o médico garante tivesse agido, teria evitado a morte ou a piora da saúde do paciente, não há *nexo de causalidade* entre a omissão e o resultado, o que afasta a punição por omissão imprópria, mas não impede a caracterização da omissão de socorro, tipo que não exige a ocorrência do resultado lesivo. F. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, 391.

⁹⁷ Nesse sentido I. KASECKER, *A responsabilidade penal do médico por omissão diante da recusa de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal*, 94.

omissão de socorro,⁹⁸ já que todos os cidadãos, independentemente de suas qualificações profissionais, estão obrigados, com base em um *dever geral de solidariedade*, a prestar assistência à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa ferida ou inválida, ao desamparo ou em situação de grave e iminente perigo, quando, sem risco pessoal, for possível fazê-lo (art. 135, CP)⁹⁹. De fato, a ausência de *dever especial* de evitar o resultado na situação concreta não afasta o *dever geral* de assistência do médico perante a sociedade, que obriga qualquer pessoa a prestar socorro a quem se encontrar em qualquer das situações adversas previstas no tipo penal. A punição do médico pelo delito de omissão de socorro requer, fundamentalmente, o preenchimento dos seguintes pressupostos: a *situação típica* (paciente ao desamparo), a *possibilidade concreta de ação* sem risco pessoal e a *omissão dolosa* da assistência devida¹⁰⁰.

A nosso ver, a solução dos casos em que o médico se omite em respeito à recusa, real ou presumida, de um tratamento requer uma incursão no *fundamento material* do crime previsto no art. 135, CNesse sentido, a omissão de socorro poderia ser compreendida, fundamentalmente, de duas formas: caso se conceba que ela se funda em um dever que possui um *viés coletivo* e que se vincula a um *sentimento abstrato e objetivo de solidariedade*, seria possível impor não apenas ao médico, mas à sociedade como um todo, o dever de “salvar” (ou prolongar a vida) mesmo daqueles que não desejam ser salvos (ou ter sua vida prolongada); no entanto, caso se conceba que ela se destina à proteção de *bens jurídicos individuais*, tem-se que o seu âmbito típico se limitaria às hipóteses em que a vítima se encontra *involuntariamente* carente de auxílio – ou seja, em que ela efetivamente *deseja* que a assistência seja prestada pelo terceiro.

Seguindo a lógica do primeiro fundamento, boa parte da doutrina brasileira ainda defende que o médico que deixa de salvar a vida de um paciente capaz, mesmo diante de uma recusa livre de tratamento, pratica uma omissão de socorro punível¹⁰¹. Essa postura, no entanto, é nitidamente paternalista e incompatível com o modelo de respeito à autonomia. Além disso, parece-nos

⁹⁸ H. BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 19; V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 11. Cfr. também K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 4 e, criticamente, nm. 9 s..

⁹⁹ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 11; K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 4. No Código Penal alemão, o requisito da exigibilidade encontra previsão legal expressa (§ 323c StGB). Embora se trate de um pressuposto interessante, cuja *ratio* é também, em algumas hipóteses, diretamente aplicável no Brasil, ele não está explicitamente insculpido no art. 315 do Código Penal brasileiro. Cfr. sobretudo F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 391 ss..

¹⁰⁰ Cfr. N. HUNGRIA, H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal* v. V, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, 441 s.; F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 392.

¹⁰¹ Nesse sentido, cfr., por exemplo, B. C. FERREIRA, *Manual prático de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2013, 99. G. V. D. FRANÇA, *Direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 222. Em geral, recorre-se ao argumento da indisponibilidade da vida para fundamentar esse posicionamento, de modo que, segundo essa perspectiva, apenas nos casos em que a recusa constituir um “óbice intransponível” à prestação de auxílio seria possível afastar a tipicidade da omissão de socorro. Cfr. por todos, C. R. BITENCOURT, *Tratado de direito penal: parte especial*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016, 316. Críticas contundentes a esse posicionamento em G. M. D. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, 174.

que essa argumentação foi concebida para casos em que o médico possui, de fato, condições de *salvar* a vida do paciente – e não apenas de *prolongá-la*, como ocorre nos casos em que o paciente é acometido por doença terminal. De qualquer forma, o crime de omissão de socorro não pode servir como uma forma de impor, por uma via indireta, um dever do indivíduo de ser tratado contra a sua vontade, porquanto isso violaria o pressuposto básico de um modelo de respeito à autonomia do paciente: a proibição de que uma intervenção seja realizada sem a obtenção de consentimento. O médico que cumprisse esse “dever” (positivo), intervindo no corpo do paciente em situação em que não foi autorizado, descumpriria o dever (negativo e, portanto, precípua), de não cometer lesões corporais ou constrangimento ilegal contra o seu paciente. Há que se reconhecer, portanto, que a configuração do delito de omissão de socorro estará sempre condicionada à vontade livre do *indivíduo* de receber a assistência, uma vez que se trata crime que tutela a vida e a saúde – e, portanto, bens jurídicos *individuais*.

Assim, no que se refere à suspensão de suporte artificial de vida realizada em consonância com a vontade (real ou presumida) do paciente, a atipicidade da conduta decorre da *inexistência de uma situação típica* de omissão de socorro. No contexto de que ora tratamos, particularmente relevante é a situação típica do *desamparo*, cuja configuração requer que a vítima se encontre privada de socorro ou seja incapaz de obtê-lo por si mesma¹⁰². Tomando como base o paradigma de respeito à autonomia do paciente, não há que se falar em *privação* de auxílio ou *incapacidade de obtenção* de auxílio na hipótese em que o paciente *recusa* a assistência, já que, nessas circunstâncias, a vítima se encontra, de fato, diante de um profissional preparado e disposto a lhe prestar a assistência necessária, mas simplesmente não a deseja¹⁰³. Considerando-se, portanto, que a ausência de auxílio, aqui, é reflexo de um desejo do paciente, não há que se falar em situação de desamparo¹⁰⁴.

Por sua vez, a situação típica autônoma de *perigo grave ou iminente* à pessoa, que se caracteriza pela existência de ameaça atual à vida ou à incolumidade física ou fisiológica do paciente, também é relevante no contexto médico.¹⁰⁵ Diferentemente do que ocorre na hipótese de desamparo, o perigo deve ser avaliado *in concreto*¹⁰⁶. É certo que, em casos de recusa de um tratamento vital indicado e necessário, o paciente estará, não raramente, em situação que pode representar perigo grave e iminente para a vida, porquanto a não realização do tratamento levará à morte. Entretanto, nos casos de recusa de assistência pelo paciente capaz, não haverá uma omissão de socorro punível. Isso porque, também aqui, a renúncia válida à proteção afastará um eventual dever de atuação

¹⁰² N. HUNGRIA, H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal* v. V, 439 ss..

¹⁰³ F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 396.

¹⁰⁴ G. M. D. CARVALHO, *Autonomia do paciente e decisões ao final da vida*, 177; F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 396.

¹⁰⁵ N. HUNGRIA, H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal* v. V, 442 ss.

¹⁰⁶ N. HUNGRIA, H. C. FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal* v. V, 442.

do médico¹⁰⁷, já que a legitimidade de qualquer intervenção depende, em última análise, do *consentimento* do paciente¹⁰⁸. Portanto, o médico que, em respeito à vontade real ou presumida do paciente, suspende o suporte artificial de vida não pratica uma omissão de socorro, uma vez que o seu comportamento é atípico.

5. Conclusões.

Para analisar o fundamento de legitimidade da suspensão do suporte artificial de vida, partimos de um *modelo de respeito à autonomia do paciente*, do qual se extrai não apenas que somente o consentimento, real ou presumido, é capaz de legitimar as intervenções médicas em indivíduos capazes, mas também que, nos casos de ausência ou mesmo de revogação do consentimento, o médico não pode intervir ou dar continuidade a um tratamento médico.

Para determinar o tratamento dogmático mais adequado a ser dispensado aos casos em que o médico deixa de dar continuidade a uma intervenção destinada à preservação das funções vitais do paciente, procuramos investigar se esse comportamento constitui uma ação ou uma omissão. Apesar de essa discussão ser bastante complexa e controvertida, a nosso ver existem bons argumentos, de caráter dogmático e político-criminal, para que a suspensão do suporte artificial de vida seja concebida como uma *omissão*, porquanto o médico, nesses casos, violaria *in thesi* um (possível) dever de agir para prolongar a vida do paciente, ou seja, um preceito mandamental.

Ao analisar a responsabilidade do médico por sua omissão nos casos de suspensão *consentida* de suporte artificial de vida, concluímos não apenas que a conduta do profissional de saúde é impunível, mas também que a vontade – real ou presumida – do paciente estabelece, na verdade, um *dever do médico de se abster* de realizar a intervenção não desejada pelo enfermo. Nessa hipótese, portanto, o médico omitente *não responderá por homicídio por omissão nem por omissão de socorro*. A punição do profissional de saúde por *omissão imprópria* não é possível porque a ausência de consentimento válido ou a recusa expressa da manutenção do suporte artificial estabelece os contornos – e, nesse caso, os limites – do dever do médico de agir, podendo, inclusive, afastá-lo definitivamente da sua posição de garante. Além disso, tampouco é possível que o médico seja punido por omissão de socorro, uma vez que a configuração desse delito requer que o indivíduo afetado consinta, real ou presumidamente, na assistência a ser prestada pelo terceiro.

Para que fique claro: a Medicina não pode possuir como objetivo principal a longevidade desmedida, e deve, pelo contrário, compreender e aceitar a finitude da vida, inerente à condição humana. Assim, o *médico não possui um dever de prolongar obstinadamente a vida ou de evitar a morte dos seus pacientes a qualquer custo*. O seu dever principal é o de respeitar a autonomia dos indivíduos e deixar que a

¹⁰⁷ F. SIQUEIRA, *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, 416; K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 41.

¹⁰⁸ V. LIPP, *Arztrecht*, CaIV nm. 17; K. ULSENHEIMER, *Handbuch des Arztrechts*, § 151 nm. 41 ss. Cfr., igualmente, duas importantes decisões do BGH: BGHSt 65, 121 e BGHSt 64, 135.

doença siga o seu curso natural, caso isso reflita a vontade livre e esclarecida do enfermo. Essa conclusão fica ainda mais evidente nos casos em que a suspensão de suporte artificial de vida é realizada como cuidado paliativo, porquanto a intervenção médica, nessas circunstâncias, não alcançaria a cura de uma enfermidade, mas apenas a prorrogação de um – muitas vezes penoso – processo de morte.

L'assicurazione della responsabilità civile verso i prestatori d'opera

di Sara Landini*

Abstract IT: In ambito sanitario è all'attenzione la responsabilità dei prestatori d'opera non sufficientemente quella del datore di lavoro verso questi. Il tema ha trovato rinnovato interesse nell'era del Covid in cui i dipendenti di aziende ospedaliere ma anche di cliniche private hanno contratto la malattia anche con risultati tanatologici per effetto di negligenze datoriali nella loro corretta messa in sicurezza.

Abstract EN: In the healthcare sector, attention is paid to the responsibility of workers and not sufficiently that of the employer towards them. The topic has found renewed interest in the Covid era in which employees of hospital companies but also of private clinics have contracted the disease even with thanatological results as a result of employer negligence in their correct safety.

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'assicurazione RCO nell'ambito dell'assicurazione contro la responsabilità civile. - 2.1. Il sinistro nella assicurazione contro la responsabilità civile. La copertura con clausola *claims made*. - 2.2. "Responsabilità dedotta nel contratto" di cui all'art. 1917 e problemi di rischio assicurabile. In particolare i danni punitivi e il danno erariale nei rapporti del pubblico impiego. - 2.3. La copertura degli illeciti colposi, l'inassicurabilità del dolo e inassicurabilità degli atti accidentali. - 2.4. Le spese di resistenza. - 2.5. Le coperture accessorie. La garanzia per le malattie professionali. - 2.6 La prescrizione. - 3. Assicurazione RCO e Assicurazione infortuni sul lavoro. Problemi di confine. - 3.1. La natura della polizza infortuni. - 3.2. La stipulazione per conto da parte del datore di lavoro. - 3.3. La surroga nei confronti del responsabile in caso di infortuni sul lavoro. - 3.4. Risarcimento e indennizzo. - 4. D&O *Insurance* e assicurazione RCO.

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Economia, Università degli Studi di Firenze.

1. Premessa.

La responsabilità datoriale ha trovato un rinnovato interesse in combinato con il sempre vivo tema della sicurezza nei luoghi di lavoro.

In ambito sanitario è all'attenzione la responsabilità dei prestatori d'opera non sufficientemente quella del datore di lavoro verso questi. Il tema ha trovato rinnovato interesse nell'era del Covid in cui i dipendenti di aziende ospedaliere ma anche di cliniche private hanno contratto la malattia anche con risultati tanatologici per effetto di negligenze datoriali nella loro corretta messa in sicurezza. Si riporta di seguito i risultati raggiunti in un precedente lavoro pubblicato nel volume S. Landini, C. Silvestri, M. Monaco, Assicurazione della responsabilità civile verso prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore», Esi, 2016.

Con l'acronimo RCO ci si riferisce alla responsabilità civile del datore di lavoro verso i prestatori d'opera. La cosiddetta assicurazione RCO tiene indenne il datore di lavoro per il risarcimento dei danni subiti dal lavoratore purché accadano in circostanze riconducibili all'attività lavorativa da questi svolta.

La copertura, che include le azioni di rivalsa esperibili dall'INAIL e dall'INPS e le richieste di risarcimento esperibili direttamente dai lavoratori infortunati o dai loro aventi causa, si estende in genere a tutti i prestatori di lavoro dipendenti, nonché parasubordinati, interinali, collaboratori coordinati e continuativi, dipendenti a chiamata, altri prestatori d'opera in genere, addetti all'attività per la quale è prestata l'assicurazione nonché anche da prestatori di lavoro non dipendenti soggetti ad assicurazione INAIL.

Questa polizza, con la frequente aggiunta della copertura delle malattie professionali, ha trovato un rinnovato interesse giustificato da una nuova dimensione del danno al lavoratore e da una diversa impostazione della giurisprudenza in punto di onere di prova.

Si tratta di considerare la funzione sociale che l'assicurazione per la responsabilità civile del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti può svolgere anche alla luce della evoluzione della giurisprudenza in ambito di danni al lavoratore (stress, mobbing, demansionamenti, etc.).

I danni ai lavoratori sono suscettibili di differenti coperture assicurative. Si potrà avere una copertura attraverso la polizza infortuni stipulata dal lavoratore o dal datore di lavoro per conto del lavoratore che risulterà essere il soggetto assicurato, secondo la formula del contratto di assicurazione per conto di cui all'art. 1891 c.c.. È però ipotizzabile anche una copertura da parte di una polizza per la responsabilità civile stipulata dal datore di lavoro che andrà a coprire i danni al lavoratore cagionati da illecito civile del datore di lavoro medesimo. Appunto la cosiddetta assicurazione RCO.

L'assicurazione infortuni sarà generalmente la forma di garanzia sociale offerta da Inail ex d.p.r. 1124/1965, ma potrà essere anche un'assicurazione privata.

L'importanza di assicurazioni private nasce da alcuni vuoti di copertura che si sono venuti a determinare con riferimento all'assicurazione sociale rispetto a nuove categorie di danno.

Riguardo alla posizione di Inail il Consiglio di Stato ha escluso la copertura del mobbing perché a suo avviso le tecnopatie derivanti da disfunzioni nell'organizzazione del lavoro non rientrerebbero nelle malattie da lavoro

tabellate. Altri sono i danni ai lavoratori di dimensione esistenziale che risultano esclusi dalle tabelle Inail.

L'assunto della Corte è stato criticato dalla dottrina giuslavorista che ha osservato come lo stesso risulti "inaccettabilmente riduttivo della funzione pubblica di tutela previdenziale delle tecnopatie" per come prefigurata dal d.p.r. 1124/1965 e ribadita dalla Corte Costituzionale¹.

Le assicurazioni private potrebbero svolgere una funzione sociale supplendo a tali vuoti.

Come noto l'attribuzione di responsabilità e di obblighi risarcitori, per quanto avente una funzione deterrente, non soddisfa le ragioni compensatorie della vittima, che trovano miglior tutela nella garanzia patrimoniale offerta da soggetti terzi, come una compagnia di assicurazione².

Allo stesso tempo l'assicurazione potrebbe consentire ai datori di lavoro di compensare perdite derivanti da azioni di responsabilità senza escludere l'efficacia deterrente della responsabilità civile. L'assicurazione della responsabilità civile non potrà infatti coprire gli illeciti dolosi. L'assicurazione privata non potrà neppure, come avremo modo di vedere, indennizzare perdite del responsabile derivanti dall'irrogazione di sanzioni punitive.

Si tratta allora di considerare l'estensione della copertura offerta dalla RCO rispetto all'ampliamento della categoria dei danni al lavoratore e di verificare le dinamiche relazionali tra assicurazione della responsabilità civile verso i lavoratori, polizze infortuni e responsabilità civile.

2. L'assicurazione RCO nell'ambito dell'assicurazione contro la responsabilità civile.

L'assicurazione contro la responsabilità civile viene ricondotta all'interno della assicurazione contro i danni e in particolare contro i danni al patrimonio.

Ai sensi dell'art. 1917 nel contratto di assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore, verso il corrispettivo di un premio, si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare al terzo per la "responsabilità dedotta nel contratto".

Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti si tratta di un'assicurazione del patrimonio che potrebbe essere depauperato dall'adempimento dagli obblighi risarcitori incombenti sull'assicurato³ e quindi secondo la dicotomia segnata dall'art. 1882 c.c. l'assicurazione contro la responsabilità civile sarebbe ascrivibile al sottotipo dell'assicurazione contro i danni cui si applicano le disposizioni di cui agli artt. 1904-1918.

Questo non importa l'automatica riferibilità a questa ipotesi di tutte le norme previste per l'assicurazione contro i danni.

¹ Cons. Stato 17 marzo 2009, n. 1576, *Foro it.*, 2009, III, 433 con nota critica di S. GIUBBONI, *L'Inail il mobbing e il Consiglio di Stato*.

² Cfr. V. FERRARI, *L'imputazione del danno tra responsabilità civile e assicurazione*, Napoli, 2008.

³ In particolare G. VOLPE PUTZOLU *Il contratto di assicurazione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1987, 91 ss.. M. FRANZONI, voce *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Dig., Disc. Priv., sez. comm.*, XII, Torino, 1993, 396 ss.

La funzione di tale contratto non è quella di risarcire il danno arrecato all'assicurato dalla perdita o dal deterioramento di una cosa propria. Risultano quindi difficilmente applicabili le norme che fanno riferimento al valore della cosa come quelle contenute negli artt. 1907, 1908, 1909⁴.

Dal momento che, in ipotesi di assicurazione contro la responsabilità civile, l'entità dell'indennizzo coincide con la perdita che si è venuta determinando nel patrimonio dell'assicurato, si avrà una sostanziale indeterminabilità *ex ante* del *quantum* dovuto dall'assicuratore con conseguente inapplicabilità delle norme sopraccitate che presuppongono la determinazione del valore della cosa assicurata al momento della conclusione del contratto.

La dottrina comunque ammette l'applicabilità di tali disposizioni ove la possibile perdita patrimoniale sia predeterminata o predeterminabile a monte come nel caso di una responsabilità per custodia di un bene⁵.

Anche l'obbligo di avviso di sinistro *ex art.* 1913 è suscettibile di applicazione anche in caso di polizze sulla responsabilità civile. La denuncia dovuta non potrà riguardare unicamente il fatto illecito oppure la richiesta risarcitoria del terzo, ma dovrà includere pure tutte le richieste provenienti dal terzo danneggiato, nonché gli atti del procedimento civile e di quello penale eventualmente instaurati⁶.

L'art. 1914, in tema di obbligo di salvataggio, viene applicato dalla giurisprudenza precisando però che tale obbligo ha inizio al momento in cui si compie l'azione che genera il sinistro e che, anche il diritto di rivalersi nei confronti dell'assicuratore delle spese a tale scopo affrontate, trova applicazione, in difetto di espressa deroga, ferma però restando la necessità di utilizzare, come base per la quantificazione di detta rivalsa, il parametro della somma assicurata⁷. Si tratterà infatti di spese che fanno parte dei costi dell'illecito⁸.

2.1. Il sinistro nella assicurazione contro la responsabilità civile. La copertura con clausola *claims made o loss occurrence*.

In merito all'individuazione del sinistro nell'assicurazione contro la responsabilità civile due, nella sostanza, erano le scuole di pensiero: da un lato coloro che identificavano il sinistro con la richiesta di risarcimento del danno

⁴ F. PECCENINI, *Dell'Assicurazione*, artt. 1882-1932, in Comm. Scialoja – Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2011, 174.

⁵ Cfr. V. ANGELONI, *I diritti del terzo danneggiato verso l'assicuratore della responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 191 ss..

⁶ Cfr. V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja - Branca, Bologna - Roma, 1966, 362. Per contro una giurisprudenza invero non recentissima ritiene che nella previsione normativa di cui all'art. 1913“ non può farsi rientrare l'obbligo assunto dall'assicurato di dare tempestiva comunicazione delle richieste giudiziali del danneggiato, derivante da una clausola pattizia di gestione della lite da parte dell'assicuratore, trattandosi di comportamento che esula dalla sfera di incidenza sul danno, già verificatosi ed esauritosi nella dinamica del fatto dannoso, e che si ricollega ad un obbligo, non legale, ma contrattuale, la cui inosservanza può solo comportare secondo le regole ordinarie, il diritto dell'assicuratore al risarcimento dei danni, se e nella misura in cui ne venga provata la sussistenza”: così Cass. 12.1.1984, n. 238, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 1511.

⁷ Così Cass. civ, 14 giugno 2007, n. 13958, in *Mass. Foro it.*, 2007.

⁸ Per la dottrina si veda G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 145.

da parte del terzo⁹, in quanto solo in quel momento si determina il detrimento nel patrimonio dell'assicurato e perché fino a quel momento perdura l'incertezza sulle intenzioni di agire del danneggiato; da un altro coloro che consideravano sinistro il fatto dannoso, perché è col suo determinarsi che sorge la pretesa risarcitoria oggetto della garanzia assicurativa¹⁰.

La questione pareva risolta dal legislatore del 1942 che all'art. 2952 aveva previsto il decorso del diritto all'indennizzo dell'assicurato nell'assicurazione contro la responsabilità civile a far data dalla richiesta risarcitoria del terzo.

Sembrava così che il legislatore avesse posto fine alla questione individuando il sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile nella richiesta del terzo.

La dottrina pronunciata sul testo dell'art. 2952 ha, invece, osservato che la ragione per cui la norma in esame fa riferimento alla richiesta del terzo sarebbe piuttosto riferibile al fatto che, prima della richiesta di risarcimento, l'assicurato non sarebbe in grado di avanzare pretese verso l'assicuratore perché non sa se e quanto il terzo pretenderà da lui¹¹. La giurisprudenza più recente ha così affermato che *“nel contratto di assicurazione della responsabilità civile il sinistro, in base al quale sorge l'obbligo per l'assicuratore di tenere indenne l'assicurato di quanto da lui dovuto al danneggiato, si identifica con il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione e non nella richiesta da parte del danneggiato”*¹².

Pertanto, nelle assicurazioni della responsabilità civile, occorre distinguere la fase in cui si verifica il sinistro, determinante *ex art.* 1917 ai fini della efficacia della garanzia, dalla fase in cui, tramite la richiesta del terzo, l'obbligo di risarcimento si concretizza anche dal punto di vista del *quantum*, rilevante *ex art.* 2952 ai fini del decorso della prescrizione del diritto all'indennizzo dell'assicurato. Resta però così aperta la questione relativa alla determinazione di cosa sia un sinistro.

Al riguardo pare convincente la tesi di parte della dottrina che, secondo un approccio antiformalista e liberale, ha interpretato la norma nel senso che il “fatto” di cui all'art. 1917 può essere identificato soltanto in concreto, alla stregua della volontà delle parti¹³.

La norma ivi contenuta si limiterebbe allora a recuperare il contenuto degli artt. 1882 e 1905 in base al quale l'assicuratore è tenuto ad una obbligazione indennitaria nei confronti dell'assicurato nei modi e limiti stabiliti dal contratto. Da qui la validità di clausole che determinano il sinistro attraverso la formula *claims made* ovvero avuto riguardo alla richiesta risarcitoria anziché secondo la formula *loss occurrence* ovvero avuto riguardo al momento del verificarsi del danno. Quest'ultimo tipo di copertura tende a prevalere nelle assicurazioni contro la

⁹ Sul punto T. ASCARELLI *Sul momento iniziale nella decorrenza della prescrizione nella assicurazione responsabilità civile*, nota a C. ApTorino, in *Assicurazioni*, 1934, II, 194.

¹⁰ Vedi C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, 77, il quale criticava la tesi di Ascarelli movendo dalla peculiarità del sinistro dell'assicurazione della responsabilità civile che egli identificava come “sinistro giuridico” da individuarsi nella pretesa risarcitoria. In senso analogo anche SALANDRA, *Recensione a C. Viterbo “L'assicurazione della responsabilità civile- Milano 1936”*, in *Assicurazioni*, 1937, 220.

¹¹ In tal senso V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., 358.

¹² Così Cass. Civ, 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno e resp.*, 2005, 1071 con note di R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile* e di C. LANZANI, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*. V. *supra* capitolo 1, nota 91.

¹³ G. VOLPE PUTZOLU, *oloc. ult. cit.*

responsabilità civile del datore di lavoro che in genere non riguardano “danni lungo latenti” ovvero danni che vedono una notevole distanza tra il verificarsi dell’evento di danno e il danno in concreto; il che giustifica la necessità di apporre una *claims made* per la difficoltà di individuare il fatto generatore del danno.

Si tratta di clausole che hanno incontrato sospetti di illegittimità sotto differenti profili¹⁴. Da ultimo la Cassazione sembra aver ricondotto l’attenzione degli interpreti alla valutazione del caso concreto¹⁵.

Da ultimo in tal senso Cassazione a Sezioni Unite del 2016 su cui vorremmo soffermarci al di là del principio di diritto massimato¹⁶. In sintesi la Corte accoglie la distinzione della clausole *claims made* pure (indennizzo di tutte le

¹⁴ Così Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno e resp.*, 2005, 1071 con note di R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile* e di C. LANZANI, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*. *Contra* Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Assicurazioni* 2010, 673 con nota di I. PARTENZA, *Assicurazione di rc delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 857, con nota C. LANZANI, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*. Altri giudici di merito hanno attaccato tali clausole dal punto di vista della causa contrattuale: Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 103 con nota di I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*; Trib. Genova, 23 gennaio 2012, in *Assicurazioni*, 2012, 177: “l’inserimento in corso di rapporto assicurativo di una clausola claims made implica una riduzione della garanzia: ove tale modificazione non sia accompagnata da un diverso assetto dell’equilibrio sinallagmatico del contratto (ad es. riduzione del premio, rinuncia al diritto di recesso, estensione della garanzia su altre basi, proroga generale del termine), essa è nulla in quanto priva di causa.”

¹⁵ Cass. Civ., 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Redazionegiuffrè*: “La clausola cosiddetta “a richiesta fatta” (*claims made*) inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile è valida ed efficace, mentre spetta al giudice stabilire, caso per caso, con valutazione di merito, se quella clausola abbia natura vessatoria ai sensi dell’art. 1341 c.c.”.

Nella parte in cui garantisce l’assicurato per i comportamenti tenuti prima della sottoscrizione, se denunciati durante la vigenza del contratto di assicurazione, la clausola “**claims made**”, contenuta in un contratto di assicurazione per la responsabilità civile di un professionista, è valida ed efficace e non può ritenersi che sia nulla per inesistenza del rischio, in quanto l’alea riguarda i comportamenti passati non nella loro materialità, ma nella consapevolezza, da parte dell’assicurato, che si ha solo al momento della richiesta risarcitoria (nell’affermare il suddetto principio, la corte ha ritenuto che la clausola possa porre invece problemi di validità nella diversa fattispecie, che non veniva in considerazione, in cui essa esclude dalla copertura i sinistri denunciati dopo la cessazione del contratto): così Cass. Civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Foro it.* 2014, 7-8, I, 2168 (s.m.), con nota di B. TASSONE.

Dati i contrasti sul punto, da ultimo si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite con il seguente principio di diritto “Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l’operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola *claims made* mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata”. Così Cass. SS.UU. 6 maggio 2016, n. 9140, in *Diritto & Giustizia* 2016, 9 maggio. Per un primo commento critico rispetto alla a-tipicità della *claims made* pura M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»*, in *Diritto Bancario*, 2016, 33. Sul punto si vedano anche le osservazioni di G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Il rischio e il sinistro nell’assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, 13 ss..

¹⁶ Cass. Civ., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Redazione Giuffrè*.

richieste risarcitorie pervenute durante la durata del contratto indipendentemente dal momento di verifica dell'evento di danno) da quelle impure (indennizzo di tutte le richieste risarcitorie pervenute durante la durata del contratto purché il momento di verifica dell'evento di danno si sia verificato in un certo arco temporale anteriore alla stipulazione del contratto).

La corte, movendo dall'assunto che esisterebbe un modello legale di assicurazione contro la responsabilità civile di tipo *loss occurrence*, ritiene che:

i- le *claims made* pure introducano un modello contrattuale nuovo distinto da quello di cui all'art. 1917. Si tratterebbe di una assicurazione per la "responsabilità reclamata".

ii- le *claims made* impure vadano valutate in concreto dai giudici di merito ai fini della loro meritevolezza ex art. 1322 con possibile nullità parziale. La possibile valutazione di immeritevolezza inciderebbe poi sui contenuti del contratto potendo il giudice sostituire la *claims made* con una *loss occurrence*. Afferma la Corte:

"quanto poi agli effetti della immeritevolezza, essi, non possono non avere carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile e cioè la formula loss occurrence". Ad avviso della corte gli art. 1419 c.c. e 2 Cost consentono al giudice di *"intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale quando ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento delle parti e prevenire e reprimere"*.

Per le ragioni già dette pare dubbio che l'art. 1917 faccia riferimento ad un modello *loss occurrence*. Peraltro, soprattutto in caso di "danni lungo latenti" resterebbe da chiarire quale sia il momento in cui si verifica la perdita: il momento in cui è stata compiuta l'azione o si è realizzata l'omissione del responsabile oppure il momento in cui si è concretizzata la perdita?

Riteniamo invece opportuno valutare se l'inserimento di una *claims made* sia stato accompagnato da un'adeguata informativa all'assicurato circa i contenuti della propria copertura (rilevante anche se l'assicurato è un professionista dal momento che gli art. 182 ss. c.a.p., che regolano la condotta precontrattuale di intermediari e imprese di assicurazione, non si applicano solo ai consumatori) e se la presenza di altre clausole non finisca di svuotare di contenuto la copertura della responsabilità civile con clausola *claims made*. In tali casi forse è troppo dire che manca la causa in concreto¹⁷ e che il contratto è nullo. Del resto ciò porterebbe alla dichiarazione di nullità del contratto che non è di interesse per l'assicurato che perderebbe così l'indennizzo. Ci pare invece indiscutibile che la copertura debba dirsi inadeguata, con quel che ne segue in punto di sanzioni e responsabilità civile, per aver proposto un contratto inadeguato in quanto non rispondente agli interessi dell'assicurato¹⁸. Si pensi al caso di un contratto che

¹⁷ V. *infra* nota 71.

¹⁸ Il riferimento è alla disciplina di cui agli art. 182 ss. del codice delle assicurazioni. In attuazione di tali norme gli istituti di vigilanza interessati (Ivass e Consob) hanno imposto l'obbligo, sia per l'intermediario che per l'impresa assicurativa, prima di far sottoscrivere un contratto, di valutare se il contratto è adeguato alle esigenze del cliente.

Tale obbligo è previsto sia dalla normativa Ivass attraverso la valutazione dell'adeguatezza di una polizza assicurativa (Circolare 551/D del 2005 e Regolamento n. 5 del 2006), che dalla normativa CONSOB attraverso la valutazione di un contratto di natura finanziaria, con la c.d.

preveda una “retroattività” ingiustificatamente limitata laddove, le clausole di retroattività sono quelle che limitano la copertura a tutte le richieste risarcitorie intervenute durante la durata del contratto purché l’evento di danno si sia determinato entro un certo arco temporale dall’inizio della copertura. Parrebbe ingiustificata, ad esempio, una clausola di retroattività che limiti la copertura alle richieste risarcitorie intervenute durante la durata del contratto e relative ad eventi di danno determinatisi entro i due anni precedenti all’inizio della copertura laddove il termine prescrizione del diritto al risarcimento sia quinquennale. La retroattività troverebbe invece giustificazione nell’evitare che l’obbligo all’indennizzo riguardi sinistri avvenuti in epoca così anteriore da non poter essere verificati nella dinamica del loro accadimento.

Ancora pone problemi il combinato della *claims made* con la richiesta del rilascio di dichiarazioni da parte dell’assicurato contenenti una generica affermazione di conoscenza di non avere sinistri pendenti o ancora peggio di non aver conoscenza di circostanze da cui potrebbe dipendere una sua responsabilità verso terzi oggetto della copertura. Una simile dichiarazione non consente all’assicurato, per la sua genericità, di rilasciare attestazioni in assoluto veritiere sullo stato del rischio e questo può portare al momento del verificarsi del sinistro del rifiuto dell’assicuratore a pagare l’indennizzo per dichiarazioni mendaci o omissioni ex artt. 1892 – 1893.

Gli articoli 1892, 1893 e 1894 vanno a comporre un combinato volto a disciplinare le conseguenze relative a false attestazioni sullo stato del rischio, rappresentando la soluzione normativa al problema dell’asimmetria informativa tra le parti contraenti nei contratti di assicurazione.

In base all’ art. 1892, ove il contraente abbia agito con dolo o colpa grave nel riferire informazioni inesatte o nel tacere in relazione a circostanze rilevanti ai fini della determinazione del rischio, tali che l’assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, il contratto sarà annullabile. L’assicuratore decade dal diritto d’impugnare il contratto se, entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l’inesattezza della dichiarazione o la reticenza, non dichiara al contraente di procedere all’impugnazione del contratto. Ove il sinistro si sia verificato prima che sia decorso detto termine, l’assicuratore non è tenuto a pagare la somma assicurata. L’assicuratore ha comunque diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui ha domandato l’annullamento e, in ogni caso, al premio convenuto per il primo anno.

L’art. 1893 disciplina il caso in cui le inesattezze o reticenze non dipendono né da dolo né da colpa grave. In questa ipotesi il legislatore prevede come conseguenza il diritto di recesso dell’assicuratore mediante dichiarazione da farsi all’assicurato nei tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l’inesattezza della dichiarazione o la reticenza. Se poi il sinistro si verifica prima che l’inesattezza della dichiarazione o la reticenza sia conosciuta dall’assicuratore, o prima che questi abbia dichiarato di recedere dal contratto, è prevista esclusivamente una riduzione della somma dovuta proporzionalmente alla differenza tra il premio

MIFID, (Deliberazione CONSOB del 2007, n. 15961, recante modifiche ed integrazioni al Regolamento n. 11522 del 1998).

convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose.

Infine l'art. 1894 estende le disposizioni in esame anche al terzo in caso di assicurazione in nome e per conto terzi, nei limiti in cui questi ha conoscenza delle inesattezze e reticenze.

Secondo orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati si ha dolo o colpa grave quando l'assicurato, intenzionalmente o con grave negligenza, compie dichiarazioni inesatte o reticenze in merito a circostanze determinanti il consenso dell'assicuratore, ovvero in merito a circostanze tali da influire sul rischio secondo un collegamento oggettivo¹⁹.

Occorre però che l'assicurato abbia consapevolezza della importanza dell'informazione. Allo scopo di delimitare l'obbligo dell'assicurato, l'assicuratore è, perciò, tenuto, secondo la lettura che gli interpreti danno della norma in esame²⁰, ad indicare le circostanze che egli intende conoscere. A tal fine la giurisprudenza italiana è intervenuta dando una particolare rilevanza al questionario sottoposto all'assicurato al fine di determinare quali sono le circostanze rilevanti da comunicare all'assicuratore. I giudici individuano infatti ex art. 1337 un "dovere dell'assicuratore di ridurre congruamente gli spazi di indeterminatezza delle circostanze alla conoscenza delle quali abbia interesse, considerato che la valutazione di quest'ultimo involge, di regola, apprezzamenti squisitamente soggettivi"²¹. Discutibile è che tale dovere sia stato adempiuto con un questionario generico e che si possano imputare falsità o reticenze all'assicurato in questo caso.

2.2 "Responsabilità dedotta nel contratto" di cui all'art. 1917 e problemi di rischio assicurabile. In particolare i danni punitivi e il danno erariale nei rapporti di pubblico impiego.

Il legislatore nel sancire che la copertura nelle polizze in esame è limitata alla "responsabilità dedotta in contratto" intendeva riferirsi alle tipologie di responsabilità civile (professionale, del padre di famiglia, per cose in custodia ecc.).

Ancora con tale assunto il legislatore intendeva rinviare alle altre delimitazioni di polizza tra cui quelle personali (relative alla categoria delle persone danneggiate), quelle spaziali (relative al luogo in cui dovrebbe essersi verificato il danno) e quelle temporali. Tra queste ultime dobbiamo ricordare le clausole

¹⁹Cfr. Cass. Civ., 31 gennaio 1981, n. 730, in *Giur. It.*, 1982, 1266; Cass. Civ., 20 novembre 1990, n. 11206, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 925 e in *Giur. it.*, 1991, I, 1029 con nota di R. WEIGMANN, *L'importanza del questionario per valutare le reticenze dell'assicurato*.

²⁰ Cfr. A. MONTI, *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002, 33.

²¹Così Cass. Civ., 20 novembre 1990, n. 11206, cit. La giurisprudenza ha comunque affermato la rilevanza non esclusiva del questionario attribuendo, tra l'altro importanza, alle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto nonché ai prontuari che l'assicuratore fornisce agli agenti. Così Cass. Civ., 12 maggio 1999, n. 4682, in *Resciv. prev.*, 2000, 341 ss. con nota di R. DIES, *Gli ultimi interventi della Cassazione in tema di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente quale causa di annullamento del contratto di assicurazione a norma dell'art. 1892 c.c.*; Trib. Torino, 16 luglio 1997, in *Resciv. prev.*, 1998, 1533 con nota di R. DIES, *Ancora in tema di annullamento o recesso dal contratto di assicurazione per dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente*.

claims made su cui abbiamo già avuto modo di soffermarci in ordine alla loro validità.

Il rischio assicurato è delimitato dall'autonomia del predisponente che non può dirsi però esente da possibili valutazioni

L'art. 1917 parla di "responsabilità" senza aggettivi. La responsabilità civile, una volta superati i dogmi dell'inassicurabilità della colpa e della colpa grave, viene ritenuta assicurabile con esclusione degli atti dolosi²². La responsabilità penale, invece, risulterebbe in generale inassicurabile perchè ordinata non a compensare la perdita subita dalla vittima ma a colpire l'azione anti-giuridica del reo attraverso l'irrogazione di una sanzione punitiva.

Rimane aperto l'interrogativo circa l'assicurabilità delle sanzioni punitive civili. Il tema in Italia trova un problema a monte legato alla stessa ammissibilità di risarcimenti punitivi in senso tecnico²³. La questione deve essere tenuta distinta dalla innegabile funzione punitiva della responsabilità civile²⁴. Questo non esclude evoluzioni per il futuro e anche nell'ambito in esame più volte è stata richiamata la natura punitiva dei danni al lavoratore in presenza di talune fattispecie²⁵.

²² Tra i primi autori che si sono occupati dell'assicurabilità degli illeciti colposi si veda C. VIVANTE, *Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, cit., 204.

Sull'attuale funzione dell'assicurazione contro la responsabilità civile nel sistema dell'allocatione dei danni da incidente si veda G. FERRI, *L'assicurazione dei veicoli a motore*, in *Aspetti della miniriforma dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto*, 3, I, Roma, 1982, 18 ss.; ID., *Dalla responsabilità alla riparazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 348 ss ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 474 ss.; B.S. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1983, 301; N. DI PRISCO, *L'assicurazione della r.c.a. tra disciplina codicistica e legislazione speciale*, in *Nuova giur. civ. comm*, 1987, II, 197 ss.; E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. Comporti e G. Scalfi, Milano, 1988, 97 ss.; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993; G. ALPA, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Assicurazioni*, 1995, I, 534 ss.; R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione della responsabilità civile*, in *Responsabilità e assicurazione*, a cura di Cavallo Borgia, Milano, 2007, 3 ss.; I. PARTENZA, *L'assicurazione di responsabilità civile generale*, Milano, 2009, 33 ss..

²³ Da ultimo Cass. Civ., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Mass. Giust. Civ.*, 2015 pronunciandosi sul tema delle cc.dd. pene private "le *astreintes* previste in altri ordinamenti dirette ad attuare, con il pagamento di una somma crescente con il protrarsi dell'inadempimento, una coercizione per propiziare l'adempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, non sono incompatibili con l'ordine pubblico italiano". In relazione ad una diversa fattispecie per contro Cass. Civ., 8 febbraio 012, n. 1781, ivi, 2012 e in *Danno e Resp.*, 2012, 609 con nota di G. PONZELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio* e in *Corr. Giur.*, 2012, 1068 ss. con nota di R. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!* La Corte pronunciandosi sulla riconoscibilità di una sentenza straniera con cui venga concesso un risarcimento notevolmente superiore a quanto richiesto dalla parte attrice, ha ribadito che nel nostro ordinamento il risarcimento del danno deve essere riconosciuto in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso.

²⁴ PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 119 ss.; F. QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, 2010, 142 ss..

²⁵ R. DEL PUNTA, *Il «mobbing» illecito e il danno*, in *Lavoro e dir.*, 2003, 542.

Da ultimo la questione del riconoscimento di sentenze straniere di condanna a danni punitivi è stata rimessa alle sezioni unite. V. Cass. Civ., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Redazione Giuffrè*: "Deve essere rimessa al Primo Presidente, perché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione relativa alla riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. L'attuale vigenza nell'ordinamento del principio di non delibabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, delle sentenze straniere

Sul punto sembra doveroso far riferimento ad ordinamenti che conoscono, tra le conseguenze degli illeciti civili, l'irrogazione di somme volte non tanto a ricostituire la sfera del soggetto leso, quanto piuttosto ad arrecare un detrimento nella sfera del responsabile in funzione strettamente punitiva.

Intendiamo riferirci al sistema di *common law*²⁶, il quale conosce due paradigmi sanzionatori dell'illecito civile: i *compensatory damages* e i *punitive damages*²⁷; gli uni volti a compensare il danneggiato del detrimento subito in conseguenza dell'illecito altrui; gli altri volti a punire il responsabile²⁸.

Del resto è nel diritto statunitense che il problema dell'assicurabilità di sanzioni punitive si è posto in concreto all'attenzione delle Corti statali dando vita ad un ampio e vario panorama giurisprudenziale²⁹, all'interno del quale sembra difficile individuare un indirizzo unitario o, quanto meno, prevalente.

che riconoscano danni punitivi desta infatti perplessità, alla luce della progressiva evoluzione compiuta dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione del principio di ordine pubblico, originariamente inteso come espressione di un limite riferibile esclusivamente all'ordinamento giuridico nazionale, ma che è andato successivamente ad identificarsi con l'"ordine pubblico internazionale", da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela, comuni ai diversi ordinamenti, dei diritti fondamentali dell'uomo e desumibili dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria."

²⁶ Il riferimento generale al sistema di *common law* anziché al diritto americano, in cui i *punitive damages* hanno trovato più piena applicazione, trova spiegazione in due recenti sentenze della *House of Lords* che hanno segnato un distacco dalla passata riluttanza della giurisprudenza inglese a riconoscere a favore del danneggiato *punitive damages*. Intendiamo riferirci ai casi *Attorney-General v. Blake*, 1 A.C. 268 (2001) e *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, in U.K.H.L., 2001, 29. Per alcune prime indicazioni comparative si rinvia a E. URSO, *I punitive damages fra regole standards e principi: una indebita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, 3 nt. 19 del dattiloscritto aggiornato

²⁷ Una delle questioni, recentemente sottoposte alla attenzione della *Supreme Court*, che ha permesso una presa di posizione della giurisprudenza americana sulla distinzione tra *compensatory damages* e *punitive damages* riguarda la tassazione delle rispettive entrate. Cfr. *O'Gilvie et al. v. United States* 117 S.Ct. 452, 456-457 (1996).

In base allo *Small Business Job Protection Act* del 1996 solo i primi sarebbero esenti da tassazione. La *Supreme Court*, chiamata a rispondere sulla retroattività della suddetta regola, ha argomentato la propria decisione sulla base della diversa funzione di *punitive* e *compensatory damage*: i primi soltanto potrebbero rappresentare delle entrate passibili di tassazione in quanto volti ad arricchire il danneggiato; per contro i *compensatory damages* sarebbero esclusivamente indirizzati a ricostituire la sfera del leso del detrimento subito e non potrebbero così rappresentare una posta attiva nella posizione reddituale del danneggiato.

²⁸ Occorre sin da ora precisare che la giurisprudenza di alcuni Stati americani, pur richiamando la distinzione nominale tra *punitive* e *compensatory damages*, manca di legare la stessa ad una corrispondente distinzione sul piano sostanziale. Cfr. *Lanese v. Carlson*, 344 A.2d 361,364 (Conn. Super. Ct. 1975) ove si afferma che *"In this state, the purpose of exemplary damages and the rules for their determination indicate that they are essentially compensatory, not punitive, in fact and effect"*. Analoghe considerazioni si sono avute da parte di altre Corti statali *Fagot v. Ciravola*, 445 F. Sup342, 345 (E. D. La. 1978); *Ray v. City of Detroit*, 242 N.W.2d 494, 496 (Mich. Ct. Ap1976); *Vratsenes v. New Hampshire Auto, Inc.*, 289 A2d 66, 68 (N.H. 1972).

²⁹ Ampi anche i dibattiti dottrinali sul punto in particolare i contributi di G.L. PRIEST, *Insurability and punitive damages*, in *Ala. L. Rev.*, 40 (1989), 1009 ss. e più recentemente A.I. WIDISS, *Liability insurance coverage for punitive damages? Discerning answers to the conundrum created by disputes involving conflicting public policies, pragmatic considerations and political actions*, in *Villanova Law Rev.*, 39 (1994), 455 ss.; D.G.A.OWEN, *A punitive damages overview: functions, problems and reform*,

Il punto è che assicurare un soggetto contro il rischio di incorrere in una sanzione punitiva significa escludere la certezza e la personalità della pena attraverso il trasferimento della stessa in capo ad un terzo non responsabile dell'illecito sanzionato, ovvero l'assicuratore, trasferimento che peraltro avverrebbe a costo parziale in virtù del meccanismo gestionale di ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati³⁰.

Problemi di assicurabilità si pongono infine per la responsabilità c.d. erariale. In base alla giurisprudenza dei giudici contabili i danni erariali sarebbero connotati: innanzitutto dall'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore di un illecito causativo di danno erariale e l'ente pubblico che subisce tale danno, quale presupposto per un addebito di responsabilità amministrativa, devoluto alla cognizione della Corte dei Conti *ex art. 103, comma 2 Cost.*³¹; in secondo luogo il danno erariale troverebbe fondamento in una responsabilità di tipo contabile oppure in una azione od omissione del dipendente o funzionario pubblico qualificabile in termini di illiceità che abbia cagionato un danno alla pubblica amministrazione ovvero un decremento patrimoniale o un mancato introito³²; rientrerebbero nel concetto di danno erariale anche le perdite subite dalla p.a. non aventi natura strettamente patrimoniale derivanti da una perdita di prestigio da parte della p.a.³³; ancora, in base a quanto sancito all'art. 313, comma 6 del D.lgs 3 aprile 2006, noto come codice dell'ambiente, la Corte dei Conti ha giurisdizione sulle condotte economiche lesive delle risorse ambientali nei limiti in cui tali condotte sono attuate dai soggetti sottoposti alla propria giurisdizione³⁴.

Da tempo era invalsa la prassi per gli Enti pubblici di stipulare, per conto dei propri dirigenti, pagando il relativo premio, polizze aventi ad oggetto anche la copertura della responsabilità erariale e contabile ad esclusione dei soli illeciti dolosi.

La Finanziaria 2008 (l. 244/2007) al comma 59 dell'art. 3 prevede che: *“è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano*

ivi, 363 ss in particolare 389; J.W. CARBIN, *Punitive damages and the significance of recent trends for insurers*, in *Int. Ins. L. Rev.*, 6 (1998), 122.

³⁰ In particolare la incompatibilità tra il contratto di assicurazione e lo *“Strafzweck”* proprio anche delle *Privatstrafen* è stata rilevata da uno degli Autori a cui dobbiamo un significativo contributo nella elaborazione concettuale della categoria delle pene private: B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Berlin, 1961, p114-115.

³¹ Così Cass. SS. UU., 9 settembre 2008, n. 22652, in *Riv. corte conti*, 2008, 180.

³² Cfr. V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, in *La nuova corte dei conti*, a cura di Tenore, Milano, 2008, 2 ss.

³³“Rientra nella giurisdizione della corte dei conti anche l'azione di responsabilità per il danno arrecato da pubblici dipendenti (o da soggetti comunque inseriti nell'apparato organizzativo di una p.a.) all'immagine dell'ente, trattandosi di danno che, anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso (nel caso di specie, era stato escluso qualsiasi pregiudizio patrimoniale e il danno erariale era stato individuato nel solo danno all'immagine)”: Cass. SS. UU., 15.7. 2005, n. 14990, in *Mass. Foro it.*, 2005.

³⁴ Sul punto E. SANTORO, *Nuovo danno ambientale e giurisdizione contabile (Nota a C.l conti, sez. giur. reg. Molise, 19 novembre 2007, n. 148, M. V.)*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2008, 32.

di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo".

Ne segue che i dipendenti possono stipulare tali polizze a proprie spese, possono stipulare polizze per la copertura del rischio di rivalsa della Corte dei Conti in caso di responsabilità gravemente colposa. L'ente potrà stipulare polizze per la responsabilità colposa del dipendente che ad ogni modo resterà a suo carico dal momento che il diritto di rivalsa è previsto solo per il dolo e la colpa grave. In base all'art. 1 comma 1 l. 20/1994, infatti, la p.a. potrà essere tenuta a pagare per i danni cagionati dal funzionario o dipendente, e, in caso di illecito del funzionario o dipendente connotato da colpa lieve, non avrà azione di rivalsa³⁵.

Il problema della copertura del danno erariale trova riscontro anche con riferimento all'assicurazione RCO tutte le volte in cui il datore di lavoro è una pubblica amministrazione. Così in caso di mobbing di un dirigente pubblico verso un impiegato compiuto con colpa grave, la pubblica amministrazione di riferimento sarà tenuta a pagare i danni ma poi potrà agire in regresso verso il dirigente il quale non potrà godere di una copertura assicurativa con premio pagato dalla stessa pubblica amministrazione, ma potrà avere una propria copertura per il danno erariale.

Sul mercato sovente si trovano coperture per la responsabilità da danno erariale del dipendente della p.a. che individuano il sinistro e quindi il momento di intervento dell'assicuratore, non nella richiesta risarcitoria, ma nel tempo in cui si ha la sentenza definitiva della Corte dei Conti che condanna il dipendente a rifondere la pubblica amministrazione di appartenenza quanto da questa pagato a titolo di colpa grave.

In caso di danni commessi con colpa lieve non è prevista azione di regresso della pubblica amministrazione. Interverrà l'assicuratore della pubblica amministrazione che potrebbe comunque riservarsi il diritto di surroga nei confronti del diretto responsabile e quindi, nel caso in esempio, del dirigente³⁶. In caso poi di danni commessi con dolo scatterà l'inassicurabilità per dolo di cui andremo ad occuparci a breve.

2.3. La copertura degli illeciti colposi, l'inassicurabilità del dolo e inassicurabilità degli atti accidentali.

Le coperture della responsabilità civile trovano una limitazione legale sotto il profilo soggettivo del rischio nel dolo. In base a quanto previsto dall'art. 1917 sarà invece sempre inclusa la copertura della colpa lieve e la copertura della colpa grave sarà di norma ammessa salvo esclusione. La colpa lieve non potrà essere

³⁵ Sul punto la giurisprudenza contabile, successiva alla finanziaria 2008, risulta orientata nel senso di riconoscere all'ente pubblico la possibilità di assicurare esclusivamente i rischi che rientrano nella sfera della propria responsabilità patrimoniale tra cui le conseguenze di fatti causativi di danno posti in essere da amministratori e dipendenti pubblici con colpa lieve. Così C. Conti, sez. contr. reg. Molise, 14 ottobre 2008, n. 34, in www.corteconti.it

³⁶ Vedi par. 4

esclusa venendo altrimenti meno la funzione in concreto dell'assicurazione contro la responsabilità civile dal momento che la colpa è elemento necessario e sufficiente perché si abbia un fatto illecito. Il nostro ordinamento non conoscerebbe autentiche ipotesi di responsabilità oggettiva, ma solo ipotesi di responsabilità per colpa presunta (v. artt. 2050-2054) o per colpa indiretta (v. responsabilità dei padroni e committenti di cui all'art. 2049)³⁷.

I dubbi in ordine all'assicurabilità della responsabilità civile sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che, verso la fine XIX secolo³⁸, si dovettero confrontare con tale nuovo fenomeno, erano fondati su due principi: quello che vede nella colpevolezza del danneggiante un elemento essenziale della responsabilità civile e quello dell'inassicurabilità della colpa.

Il primo deriva dalla considerazione che non ogni danno trova ristoro, ma solo quello ingiusto imputabile ad una condotta colpevole del danneggiante.

Per tal via la colpa diviene un predicato dell'*iniuria* che rileverà non come mera violazione di una situazione giuridica soggettiva ma come lesione perpetrata in una condizione subiettiva di colpevolezza.

Secondo tale ricostruzione la responsabilità civile non sarebbe allora un mero strumento di allocazione del danno in quanto risulterebbe ispirata anche al principio di autoresponsabilità in virtù del quale ciascuno è chiamato a rispondere delle proprie azioni.

Il secondo principio risulta, invece, fondato, in primo luogo, su ragioni di ordine pubblico: non si può tenere indenne il responsabile di un illecito dalle conseguenze negative della sua azione perché in questo modo si incentiverebbero le condotte antigiuridiche³⁹.

Tale soluzione sembra, però, ispirata anche da motivi legati alla struttura del contratto di assicurazione, una condizione essenziale per la stipulazione del quale è l'esistenza di un interesse dell'assicurato a che l'evento garantito non si verifichi⁴⁰.

³⁷ M. COMPORI, *Fatti illeciti. Le responsabilità oggettive, art. 2049-2053*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, in part. 159 ss..

³⁸ In realtà asserzioni sull'inassicurabilità della responsabilità civile figurano anche in periodi precedenti come corollario dell'inassicurabilità della colpa, ma è con il progresso tecnologico che aumentano le relazioni tra gli individui e le occasioni di danno. Occorre così aspettare la fine del XIX secolo perché si avverta l'esigenza di stipulare polizze contro la responsabilità civile. Per tali osservazioni v. C. VITERBO, *ult. cit.*, 27 ss.

Del resto fino al XVII secolo il mercato assicurativo è dominato dall'assicurazione marittima, all'interno della quale sono rari i casi di copertura di responsabilità civile (v. abordaggio). E', infatti, solo nel 1684 che viene costituita in Londra la prima società per l'assicurazione terrestre degli incendi. Si tratta della società "*Friendly society fire - office*" come ricorda S. JANNUZZI, *Trattato sulle assicurazioni terrestri a premio*, Napoli, 1869, 30.

³⁹ Sintetica ma eloquente sul punto l'affermazione di A.D.SANTERNA, *Tractatum illustrium*, Venezia, 1633, vol. VI, 354: "*culpa assecurati non tenetur promissor*" e ancora sul punto ID., *Tractatus perutilis et quotidianus de assecurationibus et sponsonibus mercatorum*, in *Tractatus de fideiussionibus*, Torino, 1615, 545 nn. 10-11.

⁴⁰ Si tratta di un principio che in Italia ha trovato espressione nell'art. 423 cod. comm. del 1882 e attualmente nell'art. 1904 c.c.

L'interesse viene definito in dottrina come il "rapporto economico della persona con la cosa": così tra gli altri in particolare S. FERRARINI, *L'interesse nell'assicurazione*, in *Saggi in scienze*

Sembrerebbe, infatti, difficile rinvenire un simile interesse in un contratto che garantisca eventi il cui accadimento trova origine in un atto compiuto dello stesso assicurato.

Queste paiono essere le principali ragioni che hanno condotto alla formazione della regola dell'inassicurabilità della colpa la quale ha trovato peraltro espressione nel contenuto di testi normativi.

Così l'art. 27 dell' *Ordonnance de la Marine* del 1681 prevedeva che “*Si toutefois le changement de route...arrive par l'ordre de l'assuré, sans le consentement des assureurs; ils feront déchargés de risques, ce qui aura pareillement lieu entoutes autres pertes et dommages qui arriveront, par le fait ou la faute des assurés, sans que les assureurs soient tenus de restituer la prime, s'ils ont commencé à courir les risques*”⁴¹.

In Italia tale regola trovava espressione nell'art. 434 del cod. comm. del 1882 ove si disponeva al riguardo che “*l'assicuratore non risponde delle perdite e dei danni...cagionati da fatto o colpa dell'assicurato*”.

Occorrerà pertanto attendere l'erosione del principio della colpevolezza del soggetto civilmente responsabile e del dogma dell'inassicurabilità della colpa per arrivare ad ammettere la piena liceità del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

L'idea della responsabilità per colpa, sebbene abbia trovato delle fratture nell'individuazione di eccezioni di fonte legale che ammettono ipotesi di responsabilità civile c.d. oggettiva, non può dirsi ad oggi superata se è vero che autorevole dottrina e parte della giurisprudenza continuano ad individuare nella colpevolezza uno degli elementi essenziali della responsabilità civile⁴².

E' così piuttosto il dogma dell'inassicurabilità della colpa per ragioni di ordine pubblico che viene messo in crisi dalla dimostrazione dei vuoti pregiudizi su cui lo stesso era fondato.

Al riguardo sono stati, forse, gli studi della scienza giuridica relativi al diverso atteggiarsi dell'interesse dell'assicurato, nell'assicurazione danni in genere e nell'assicurazione della responsabilità civile, nonché alla distinguibilità degli stati soggettivi del dolo e della colpa, che hanno portato nuovi elementi mediante i quali riconsiderare il suddetto assioma al fine di operarne un superamento

assicurative pubblicati dalla R. Università di Pisa sotto la direzione dei professori L. Tonelli e L. Mossa, Pisa, 1935, 97.

Sulla rilevanza dell'interesse nel contratto di assicurazione: C. VIVANTE, *oult. cit.*, 114 ss. e A. DONATI, *oult. cit.*, 231 ss. il quale considera l'interesse elemento costitutivo della causa del contratto di assicurazione con la conseguenza che la mancanza di interesse *ab initio* comporterà la nullità del contratto, per contro la sopravvenuta cessazione dell'interesse comporta la risoluzione del contratto. Riconduce invece l'interesse all'oggetto S. FERRARINI, *ocit.*, 103 ss.

L'interesse è stato altresì assunto dai fautori della teoria indennitaria dell'assicurazione come elemento attraverso cui operare la distinzione tra assicurazione e scommessa. In particolare in tal senso v. L. BUTTARO, voce *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 612-614.

⁴¹ Sul punto R. J. VALIN, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine de mois d'août 1681*, La Rochelle, 1776, 77 ss..

⁴² Cfr. F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, cit., 3 ss. In giurisprudenza recentemente v. per tutte Cass. Civ., 18 febbraio 2000 n. 1863, in *Mass. Foro it.*, 2000. V. *amplius supra* capitolo 1 note 82 e 83.

secondo l'attuale soluzione che individua l'unico limite all'assicurabilità della responsabilità civile nel divieto di assicurare illeciti dolosi.

Al fine di giustificare simili asserzioni consideriamo i casi in cui si è posto il problema dell'assicurabilità della responsabilità civile nella prassi e quali risposte sono state offerte sul punto da dottrina e giurisprudenza.

L'illiceità di tale contratto viene affermata per la prima volta in giurisprudenza dal Tribunale del Commercio di Parigi con sentenza del 21 agosto 1844⁴³, il quale si pone sulla scia di una lunga tradizione dottrinale⁴⁴.

I giudici francesi reputavano, in particolare, contrario all'ordine pubblico il contratto di assicurazione stipulato dai proprietari di vetture a cavalli avente ad oggetto la responsabilità degli assicurati per i danni dagli stessi cagionati a terzi durante la circolazione.

Sul caso fu chiamato a redigere parere uno dei più noti giuristi competenti in materia a quel tempo, il quale ebbe a sottolineare come il contratto di assicurazione garantisca più la vittima che l'assicurato autore del danno il quale non trova alcun interesse nel recare pregiudizi a terzi⁴⁵.

Un simile contratto non contrasterebbe quindi con ragioni di ordine pubblico, ma anzi troverebbe in esse la propria giustificazione in quanto rappresenterebbe nient'altro che una garanzia del ristoro della vittima.

Fu poi sulla base di identiche considerazioni che la Corte di Appello di Parigi respinse le conclusioni del Tribunale con sentenza del 1 luglio 1845, affermando la validità dell'assicurazione della responsabilità civile⁴⁶.

Una simile soluzione è fondata, però, solo su considerazioni di tipo politico - sociale volte a rilevare l'importanza della tutela della vittima in relazione alla scarsa spinta incentivante alla commissione di illeciti che può avere un'assicurazione della responsabilità civile.

Più convincenti ci paiono le conclusioni cui giunge la dottrina, con riferimento all'assicurabilità degli atti dell'assicurato, distinguendo tra assicurazione danni in genere e assicurazione della responsabilità civile e tra atti dolosi, gravemente colposi e colposi⁴⁷.

Riguardo alla prima bipartizione, si osserva come la regola dell'inassicurabilità della colpa sia nata con riferimento all'assicurazione marittima e all'assicurazione terrestre contro i danni.

In tali ipotesi l'interesse, che può muovere l'assicurato a lucrare l'indennizzo mediante il danneggiamento della *res*, costituisce un primo limite all'assicurabilità delle colpe.

Analoghe conclusioni non valgono per l'assicurazione della responsabilità civile, in cui il danneggiante non trarrebbe alcun vantaggio diretto dall'essere assicurato per la propria responsabilità. L'unico soggetto, infatti, che potrebbe

⁴³ Come riportata da J.M. PARDESSUS, *Assurance contre les accidents des voitures*, Consultation, Paris, 1860, 68 ss.

⁴⁴ Cfr. G. R. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere di G.R. Pothier*, a cura di Dupin Seniore, Livorno, 1841, 46 ss.

⁴⁵ PARDESSUS, *op. cit.*, 16.

⁴⁶ C. App. Parigi 1 luglio 1845, in *D.P.*, 1845, 2.126.

⁴⁷ Cfr. C. VITERBO, *op. ult. cit.*, 37 ss..

avvantaggiarsi di tale situazione è il terzo che vedrebbe così meglio garantita la soddisfazione delle proprie pretese risarcitorie⁴⁸.

Si osserva inoltre come colpa, colpa grave e dolo debbano avere un trattamento diverso⁴⁹.

Solo l'assicurazione di atti intenzionali, come tali soggetti al controllo dell'assicurato, può importare un incentivo per quest'ultimo alla commissione di illeciti.

Per contro gli atti colposi sarebbero nella sostanza equiparabili al caso fortuito, in quanto dovuti ad una mera negligenza o imperizia dell'agente senza che questi abbia intenzione di darvi luogo.

Diverso è il discorso della colpa grave in cui il livello di negligenza è tale che il soggetto, anche se non ha agito con l'intenzione di dar luogo a quel determinato evento, poteva quanto meno prospettarsi l'accadimento dello stesso ed evitarlo⁵⁰.

Per tali ragioni Vivante conclude nel senso dell'assicurabilità della colpa nell'assicurazione della responsabilità civile, mantenendo però fermo il divieto di coprire con garanzia assicurativa illeciti dolosi o gravemente colposi in quanto "*simile patto metterebbe in pericolo la sicurezza sociale*"⁵¹.

Rispetto alla norma contenuta nell'attuale art. 1917, residuerebbe allora un limite all'assicurabilità della responsabilità civile, quello della colpa grave.

La tendenza ad aprire anche all'assicurabilità degli illeciti gravemente colposi emerge, comunque, già nella relazione del deputato Lafarge alla legge francese del 13 luglio 1930 sul contratto di assicurazione ove si legge che "*la colpa grave, che non implica da parte del suo autore alcuna intenzione fraudolenta...rimane un rischio (...) mancando l'intenzione di nuocere*"⁵².

Questo *excursus* storico ci è parso fondamentale tenuto conto di come, anche a livello internazionale, il problema dell'assicurabilità della responsabilità civile si rinnova. Basti pensare da ultimo alla *D&O Insurance*⁵³.

Il principio di inassicurabilità degli atti intenzionali dell'assicurato trova espressione anche in ambito di assicurazione della responsabilità civile all'art.

⁴⁸ Cfr. C. VITERBO, *op. ult. cit.*, 37.

⁴⁹ Sul punto C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, 204 ss..

⁵⁰ Del resto Vivante definisce il concetto di colpa grave proprio partendo dall'effetto che la copertura assicurativa può avere sul soggetto nel senso di ridurre il livello di diligenza del medesimo. Si avrebbe allora colpa grave quando "*l'assicurato omette quelle ordinarie cautele che avrebbe usato, se non si fosse coperto coll'assicurazione*": così C. VIVANTE, *oloc. ult. cit.*

⁵¹ In tal senso C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, 204.

⁵² Come riportata da J. BONNECASE, *Osservazioni critiche d'insieme sulla legge francese del 13 luglio 1930 relativa al contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1935, I, 332 ss. La regola dell'inassicurabilità della colpa è, però, fortemente radicata nel sistema come risulta dalle faticose argomentazioni della dottrina italiana degli anni '30 volte a ricondurre le ipotesi di responsabilità civile, solitamente assicurate in quell'epoca, all'interno della categoria della responsabilità oggettiva in modo da non dovervi riconoscere violazioni del suddetto assioma. Intendiamo riferirci a C. VITERBO, *op. ult. cit.*, 54 ss. Qui si nota come la regola dell'inassicurabilità della colpa è, però, fortemente radicata nel sistema come risulta dalle faticose argomentazioni della dottrina italiana degli anni '30 volte a ricondurre le ipotesi di responsabilità civile, solitamente assicurate in quell'epoca, all'interno della categoria della responsabilità oggettiva in modo da non dovervi riconoscere violazioni del suddetto assioma

⁵³ V. *infra* par. 4.

1917⁵⁴. La disposizione ivi contenuta risulta fondata su ragioni di ordine pubblico ovvero di deterrenza degli illeciti. Non sarebbe infatti ammissibile, in una logica di ordine pubblico, tenere indenne il responsabile di un fatto illecito dalle conseguenze giuridiche della propria azione intenzionale perché ciò porterebbe ad incentivare le condotte antiggiuridiche⁵⁵.

Da tempo il problema dell'assicurabilità degli illeciti dolosi si è posto con riferimento in ambito di responsabilità civile automobilistica.

Da parte di alcuni si è ritenuto che, in tal caso, l'assicuratore è tenuto a pagare l'indennizzo anche in ipotesi di illeciti dolosi, riservandosi la facoltà di agire in rivalsa contro l'assicurato-danneggiante⁵⁶.

Più recentemente la Suprema Corte è addirittura arrivata ad affermare che, in ambito di assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore, non trova applicazione la norma di cui all'art. 1917 c.c., non ripreso dalla normativa speciale in materia

⁵⁴ La giurisprudenza ha però recentemente distinto, in ipotesi di reati dolosi, l'intenzionalità dell'illecito dall'intenzionale produzione del danno. Si è così affermato che *“dopo la condanna penale per il delitto doloso effettivamente voluto dall'agente e dal quale sia derivata, quale conseguenza non voluta, la morte di una persona, compete al giudice civile investito della causa per il risarcimento dei danni cagionati da quella morte di accertare, in relazione al disposto dell'art. 1917 c.c., se la condotta dell'agente in ordine all'evento non voluto sia qualificabile autonomamente come colposa, distinta da quella dello stesso agente qualificata come dolosa in riferimento al delitto voluto”*: così Cass. Civ., 17 dicembre 2009, n. 26505, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, con nota di V.C. GARRANO, *Quando la condotta dolosa del medico nega la copertura assicurativa*.

⁵⁵ Il problema dell'inassicurabilità degli illeciti dolosi ha trovato da ultimo un rinnovato interesse con riguardo all'assicurabilità della responsabilità civile del datore di lavoro per i danni da mobbing derivanti da vessazioni intenzionali. Cfr. Cass., 26.3.2010, n. 7382, in *Foro it.*, 2010, 2056 con nota di S. LANDINI, *Il problema dell'assicurabilità del «mobbing»*. Non constano precedenti in tal senso. Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, 17 marzo 2009, n. 1576, in *Foro it.*, 2009, III, 433 con nota critica di S. GIUBBONI, *L'Inail il mobbing e il Consiglio di Stato*) ha affermato l'inassicurabilità del mobbing con riferimento alla copertura Inail ai sensi del d.p.r. 1124/1965 sulla base di un'argomentazione incentrata sulla funzione dell'indennizzo delle tecnopatie causate da costrittività organizzativa sul lavoro. La suprema corte della giustizia amministrativa muove da un'idea di ritipizzazione del rischio professionale, che importerebbe l'esclusione dalla copertura delle tecnopatie non tabellate in base al d.p.r. 1124/1965.

Si tratta quindi di una problematica diversa dalla presente concernente un'ipotesi di contratto di assicurazione a premio per la responsabilità civile del datore di lavoro ed incentrata sull'esclusione dalla copertura degli illeciti dolosi *ex art.* 1917 c.c..

Sulla necessaria intenzionalità del mobbing S. MAZZAMUTO, *Mobbing*, Milano, 2004, 5. Critico rispetto a questa posizione in particolare R. DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *Lav. dir.*, 2003, 542; ID., *Diritto del lavoro*, 2a ed., Milano, 2008, 514.

⁵⁶ Il dolo dell'assicurato dovrebbe ritenersi coperto e, ove escluso in via convenzionale, tale esclusione non sarà opponibile al terzo danneggiato *ex art.* 18 della l. 990/1969 (ora art. 144 cod. ass) nei limiti del massimale. In tal senso GERI, *Osservazioni sulla inopponibilità delle eccezioni contrattuali nell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *Assicurazioni*, 1979, II, 269 ss. In quest'ultimo caso l'assicuratore, pur non essendo esentato dalla corresponsione dell'indennizzo al danneggiato, vanterebbe comunque un diritto di rivalsa verso l'assicurato.

La giurisprudenza ha anche ritenuto esistente un implicito divieto di escludere convenzionalmente il dolo dell'assicurato in caso di assicurazione sulla responsabilità civile automobilistica. In tal senso Cass. Civ., 18 febbraio 1997 n. 1502, in *Resciv. e prev.*, 1998, I, 1082, con note di G. COLAIACOMO, *Il problema del dolo nell'assicurazione obbligatoria R.C.A. e l'eterointegrazione normativa del contratto* e di E. RICCIARDIELLO, *L'assicurazione del fatto doloso*.

e non rispondente al principio di solidarietà verso il danneggiato⁵⁷. Il dolo dovrebbe pertanto ritenersi coperto salva esclusione convenzionale inopponibile al terzo danneggiato ex art. 144 c.d.a. Solo per tale ipotesi varrebbe il diritto di rivalsa dell'assicuratore.

Al riguardo è bene ricordare che una simile interpretazione si è sviluppata in un ambito, regolato da una disciplina speciale, in cui è prevista l'azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore del responsabile⁵⁸, che può giustificare interpretazioni che individuano un rapporto solidaristico tra assicuratore e danneggiato, pur con tutte le perplessità del caso in quanto indirettamente si arriva ad ammettere una copertura degli illeciti dolosi. Sembrano inoltre da escludere le interpretazioni che non ammettono il diritto di rivalsa dell'assicuratore nei confronti del responsabile perché finirebbero per svilire ogni forma di deterrenza degli illeciti dolosi.

Questa condizione non si presenta in ambito di assicurazione privata della responsabilità civile in genere stante il disposto di cui all'art. 1917.

Ne emerge una distanza tra la disciplina generale della responsabilità civile e la disciplina particolare della responsabilità civile automobilistica che sarà bene considerare anche con riferimento alla assicurazione RCO la quale, mancando di una disciplina speciale, risulta disciplinata dalla normativa sulla assicurazione contro la responsabilità civile in generale a parte qualche problema particolare che dovrà tener conto della peculiare funzione della polizza.

In tal senso pare leggibile anche una certa giurisprudenza della Corte Costituzionale. Con particolare riguardo alla copertura degli illeciti civili del datore di lavoro ai danni dei propri dipendenti, la norma in esame è stata sottoposta al vaglio del giudice costituzionale. La Corte si è pronunciata sul punto dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1917, II comma, c.c., nella parte in cui non prevede in favore del lavoratore azione diretta contro l'assicuratore del datore di lavoro per il credito risarcitorio da danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro, in riferimento agli art. 3, 24, 35 e 111 Cost.⁵⁹. Ovviamente questa pronuncia non deve portarci alla soluzione estrema che, tenuto conto della lettera dell'art. 1917 ove si parla di indennizzo all'assicurato, non siano ammissibili pagamenti direttamente al terzo da parte dell'assicuratore. Si ammette in genere un pagamento spontaneo dell'assicuratore nelle mani del terzo danneggiato, perché tale facoltà è prevista all'art. 1188 c.c.; oppure un pagamento nelle mani del terzo su richiesta dell'assicurato, perché tali ipotesi risulterebbe pienamente ascrivibile alla fattispecie di cui all'art. 1269 della delegazione in pagamento⁶⁰.

In corrispondenza alla inassicurabilità del dolo potremmo porre l'inassicurabilità degli atti accidentali che in quanto esorbitanti nella loro determinazione rispetto

⁵⁷ Così Cass. Civ., 21 giugno 2004, n. 11471, *Foro it.*, Rep., 2004, voce Assicurazione (contratto), n. 158.

⁵⁸ Sul rapporto *ex lege* tra danneggiato e assicuratore in tale ipotesi cfr. M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986., 43 ss.; ID. *L'inopponibilità delle eccezioni nell'assicurazione obbligatoria della RCA*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, I, 36 ss.

⁵⁹ Così C. Cost., 5 marzo 2009, n. 63, in *Foro it.*, 2009, I, 1696 con nota di A. PALMIERI.

⁶⁰ Vedi F. PECCENINI, *op. ult. cit.*, 190.

alla sfera di autoresponsabilità dell'assicurato non possono rientrare nella copertura della sua responsabilità⁶¹.

I concetti di caso fortuito e di causa di forza maggiore sono individuati come ipotesi di esclusione della responsabilità dell'agente. L'art. 2043 viene, infatti, letto in combinato con l'art. 45, ove si prevede che *“non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore”*, laddove il caso fortuito rappresenterebbe un potere eccezionale impreveduto e imprevedibile idoneo ad escludere l'elemento psicologico del reato e la forza maggiore si avrebbe quando l'agente ha incontrato una *vis major* per cui *“agitur sed non agit”* ovvero non ha agito, ma è stato fatto agire; il che varrebbe ad interrompere il nesso di causalità tra l'agente e l'evento di danno⁶².

Ad una prima lettura del combinato sopra disposto tra codice civile e codice penale risulta che le forze della natura possono quindi agire sia sul piano eziologico sia su quello della colpa: possono infatti valere ad interrompere il nesso causale tra l'agente e l'evento di danno, laddove le stesse abbiano avuto un ruolo determinate nella produzione dello stesso.

Anche ove, per il determinarsi del procedimento di causazione dell'evento di danno, la catena eziologica che lo riconduce all'agente non risulti interrotta, l'inarrestabilità e l'imprevedibilità della *vis major* potrebbero escludere la sussistenza di una condotta colpevole in capo all'agente. Si pensi al caso della mancata adozione di misure preventive, aventi un'alta probabilità di evitare o ridurre i danni, in presenza di una forza devastatrice che per la sua straordinarietà è andata ogni oltre possibile previsione. In tale ipotesi la scelta,

⁶¹ Sul punto E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Codice civile commentato Schlesinger continuato da Busnelli*, Artt. 1904-1918, Milano, 2010, 270-271. La giurisprudenza, sul punto, è costante nell'affermare che l'assicurazione della responsabilità civile, non può concernere fatti meramente accidentali dovuti cioè a caso fortuito o forza maggiore, dai quali non sorge responsabilità. È quindi necessariamente coperta la colpa dell'assicurato. È invece esclusa la copertura degli illeciti dolosi. *Ex plurimis* Cass. Civ., 28 febbraio 2008, n. 5273, *id.*, Rep., 2009, voce Assicurazione (contratto), n. 111; Cass. Civ., 13 marzo 2009, n. 6155, *ibidem*, voce cit., n. 129.

⁶² I nostri giudici, sulla base di una lettura combinata dell'art. 2043 con l'art. 45 c. arrivano a concludere che il caso fortuito e la causa maggiore *“escludono la responsabilità dell'agente, incidendo il caso fortuito sulla colpevolezza e la forza maggiore sul nesso psichico. La relativa nozione va desunta all'art. 45 cod. pen., rimanendo integrata con il concorso dell'imprevedibilità ed inevitabilità da accertare positivamente mediante specifica indagine”*: così *ex plurimis* recentemente Cass. Civ., 29 aprile 2010, n. 10343, in *Mass Foro it.*, 2010.

Ancora si afferma da parte dei giudici di merito che: *“è da escludersi la colpa del proprietario dell'immobile se il distacco della copertura del tetto è stato provocato da una violenta tempesta di vento, in quanto forza maggiore della natura, improvvisa, irresistibile ovvero imprevedibile, interruttiva del nesso eziologico, al ricorrere della quale il proprietario va mandato assolto da responsabilità per i danni cagionati.”*: così Trib. di Busto Arsizio, 20 gennaio 2010, in www.altalex.it.

Anche in ambito di relazioni contrattuali le cause di forza maggiore rappresentano esclusioni della responsabilità per l'inadempimento determinato dalla loro sopravvenienza. Così in un caso di annullamento del volo causa mal tempo i giudici assumevano che *“nel merito, non vi è dubbio che il blocco dei voli da Malpensa causa neve non possa di per sé essere addebitato alla responsabilità della convenuta, essendo causato da ragioni di forza maggiore. È tuttavia fuor di dubbio che il venir meno del preventivato volo da Malpensa onerava il Tour Operator (organizzatore del pacchetto turistico venduto agli attori), in quanto tale, a riprogrammare immediatamente il pacchetto turistico venduto agli odierni attori, offrendo altra data ed ora di partenza”*: così G.d.P. Verona, 11 dicembre 2008, in www.difesaconsumatori.it.

da parte dei soggetti deputati ad attività di controllo e di prevenzione, di non dare applicazione alle norme contenenti specifiche misure preventive, pur entrando nel processo eziologico secondo il criterio del “più probabile che non”, potrebbe essere giustificata dalla impossibilità di prevedere che la situazione si sarebbe evoluta secondo dinamiche tali da costituire la fattispecie di particolare allarme ambientale costituente la premessa sostanziale per l'adozione delle suddette misure.

Un evento, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità “...*può qualificarsi accidentale quando, pur sussistendo la generica possibilità del suo accadimento, intervengano circostanze estranee all'attività dell'agente (predisposta con le cautele necessarie ad evitare l'altrui pregiudizio) che concretino l'astratta potenzialità dannosa di tale attività in uno specifico danno a carico di un determinato bene appartenente ad un terzo*”.

L'accidentalità va invece esclusa quando l'evento dannoso si verifichi naturalmente in dipendenza della sola attività dell'agente e delle stesse modalità con cui essa è stata predisposta ed eseguita⁶³.

In tale logica devono essere lette le clausole contrattuali delle polizze contro la responsabilità civile che definiscono il “rischio assicurato”, prevedendo l'obbligo per l'assicuratore di tenere indenne l'assicurato “...*per danni involontariamente cagionati a terzi...in conseguenza di un fatto accidentale...*” La garanzia assicurativa “... *non si estende a tutti i fatti colposi, ma soltanto a quelli colposi accidentali, inteso il concetto di accidentalità elaborato nella prassi assicurativa, non in coincidenza di quello del fortuito, ma con esplicito riferimento alla repentinità e brevità del comportamento e con esclusione nella previsione pattizia di ogni comportamento attivo prolungato, permanente o reiterato*”⁶⁴. Alla luce della giurisprudenza richiamata tali polizze dovrebbero essere ritenute nulle o forse meglio dire improduttive di effetti in quanto in presenza del caso fortuito, escludente la responsabilità civile dell'assicurato, la garanzia assicurativa non opera⁶⁵. Per contro si potrebbe dire che l'inclusione pure del caso fortuito o del fatto accidentale (come sopra inteso per distinguerlo dal puro caso fortuito) è volta a garantire il terzo che ha subito il danno. In pratica la responsabilità civile viene per tal via ad includere una copertura per danni conto terzi .

2.4. Le spese di resistenza.

L'art. 1917, III comma disciplina la ripartizione delle spese giudiziali in caso di assicurazione della responsabilità civile ove si prevede che le spese di resistenza,

⁶³ In tal senso Cass. Civ., 4 febbraio 1992, n. 1214, in *Mass. Foro it.*, 1992.

⁶⁴ Così C. App. essina, 12 maggio 1980, in *Resp. Civ e Prev.* 1980, 552. Una giurisprudenza più recente ha invece assimilato il caso fortuito alla accidentalità interpretando però la polizza in modo da far salve le clausole e renderle produttive di effetti. Il problema è legato alla interpretazione del contratto. “*L'assicurazione della responsabilità civile, mentre non può concernere fatti meramente accidentali, dovuti, cioè, a caso fortuito o forza maggiore, dai quali non sorge responsabilità, per la sua stessa natura importa necessariamente l'estensione ai fatti colposi, restando escluso, in mancanza di espresse clausole limitative del rischio, che la garanzia assicurativa non copra alcune forme di colpa. Pertanto la clausola della polizza stipulata da un condominio, la quale preveda la copertura dei danni "involontariamente cagionati a terzi in conseguenza di un fatto accidentale", senza contenere alcuna limitazione con riguardo a determinati gradi di colpa, fa ritenere operante la garanzia anche in ipotesi di comportamento gravemente colposo dell'assicurato (nella specie, per il difetto di manutenzione di una tubazione idrica condominiale), con la sola eccezione delle condotte dolose*”: in Cass. Civ., 26 febbraio 2013, n. 4799, in *Resciv. prev.*, 2013, 3, 995.

⁶⁵ Cfr. Cass. Civ., 26 febbraio 2013, n. 4799, cit.

ovvero quelle sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato, sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. Nel caso in cui, però, sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale le spese giudiziali si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione al rispettivo interesse.

Si tratta peraltro di una delle disposizioni non derogabili in senso sfavorevole all'assicurato *ex art.* 1932.

Secondo l'orientamento maggioritario le spese relative alla c.d. regola del quarto non comprendono quelle di soccombenza di cui all'art. 91 c.c. che rientrerebbero invece nell'obbligazione risarcitoria e sarebbero sottoposte al limite generale del massimale fatta salva l'ipotesi della *mala gestio*⁶⁶.

Tale obbligo peraltro sussiste anche laddove, pure in presenza di un patto gestione lite presente solitamente nei contratti di assicurazione contro la responsabilità civile in base al quale si prevede la facoltà per l'assicuratore di assumere direttamente rapporti col danneggiato⁶⁷, l'assicuratore non ha assunto direttamente la difesa dell'assicurato. Non saranno invece rimborsabili le spese che derivano da un procedimento penale ove non vi sia stata costituzione di parte civile.

Va detto che altro è la copertura accessoria delle spese legali che si estende a tutte le spese sostenute per la difesa nei giudizi civili, penali e amministrativi, salvo diversa delimitazione, sostenute dall'assicurato in ragione del fatto da cui origina la sua responsabilità.

Resta il dubbio circa la ammissibilità della operatività della copertura per i costi derivanti dall'applicazione dell'art. 96, 3 comma c.p.c. che secondo la ricostruzione più accreditata avrebbe una funzione segnatamente sanzionatorio/punitivo volta a scoraggiare l'abuso del processo e a colpire iniziative processuali pretestuose o strumentali⁶⁸. La giurisprudenza ritiene che debba essere considerato piuttosto come pena privata senza essere qualificato come "danno punitivo" non riconosciuto dal nostro ordinamento⁶⁹.

Risulta come l'importo dovuto *ex art.* 96, 3° comma c.p.c. altro sia rispetto al risarcimento del danno e rispetto alle spese legali, talché il suo costo non può ritenersi incluso nella assicurazione contro la responsabilità civile, nelle polizze tutela legale e spese legali. Seguendo l'impostazione della nostra giurisprudenza ed arrivando ad escludere per queste l'applicazione del principio di inassicurabilità delle sanzioni punitive, si dovrebbe comunque ammettere la loro espressa copertura.

⁶⁶ Da ultimo F. PECCENINI, *op. ult. cit.*, 192-193.

⁶⁷ Riguardo l'inquadramento di tale negozio la giurisprudenza afferma che "Il patto con cui l'assicuratore assume la gestione della lite configura un negozio atipico accessorio al contratto di assicurazione, costituendo un mezzo attraverso il quale viene data esecuzione al rapporto stesso; ne consegue che il diritto che l'assicurato esercita, in forza del patto suddetto, di essere tenuto indenne dalla pretesa risarcitoria fatta valere nei suoi esclusivi confronti dal danneggiato per la somma eccedente il massimale di polizza, trovando titolo nel contratto assicurativo, è assoggettato alla prescrizione annuale di cui all'art. 2952, 2° comma, c.c.": così Cass. Civ., 30 gennaio 2006, n. 1872, in *Mass. Foro it.*, 2006.

⁶⁸ Cfr. F. D. BUSNELLI, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e Resp.*, 2012, 585 ss..

⁶⁹ Cfr. Trib. Bari 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2171; Trib. Varese, 30 ottobre 2009, in *NGCC*, 2010, 488; Cass. Civ., 30 luglio 2010, n. 17902, in *Foro it.*, 2011, I, 3134.

2.5 Le coperture accessorie. La garanzia malattie professionali e la assicurazione per le spese legali.

Distinta dalla copertura RCO è l'assicurazione per le malattie professionali sebbene i due contratti presentino possibili profili funzionali comuni. La presenza di una simile garanzia facilita l'indennizzo del lavoratore che presenti degli stati morbosì eziologicamente riferibili alla attività lavorativa svolta indipendentemente dalla prova di una responsabilità del datore di lavoro.

Ove poi sia anche provata una responsabilità del datore di lavoro sorgeranno problemi di cumulo tra indennizzo e risarcimento che andremo ad affrontare nel prosieguo del discorso⁷⁰.

Le assicurazioni malattie, distinte dalle assicurazioni spese mediche volte a garantire il patrimonio dell'assicurato in caso di costi sanitari, l'interesse assicurato è l'integrità della persona. In questa ipotesi, data la natura del danno e la sua indeterminabilità in concreto, la quantificazione dell'indennizzo è rimessa a criteri predeterminati convenzionalmente ordinati secondo il tipo e la gravità della lesione personale. Come osserva la dottrina⁷¹, seguita dalla giurisprudenza maggioritaria⁷², il fatto che l'indennizzo in queste ipotesi sia determinato in astratto come nelle assicurazioni sulla vita, non toglie che si tratti di assicurazioni contro i danni. L'infortunio e la malattia sono, infatti, considerati nelle polizze come eventi dannosi la cui gravità rileva ai fini della determinazione dell'indennizzo.

Come detto è importante distinguere le assicurazioni malattie da altre assicurazioni aventi ad oggetto lo stesso evento, ma rientranti piuttosto nell'assicurazione del patrimonio. È il caso dell'assicurazione per le spese mediche.

Come osservato dalla dottrina per le assicurazioni infortuni e malattie la loro classificazione all'interno del ramo danni ad opera oggi del codice delle assicurazioni private, non deve essere sopravvalutato nel senso di ritenere a tali contratti automaticamente applicabili tutte le norme di cui agli art. 1904 ss.⁷³.

Dubbi, inoltre, potrebbero essere sollevati circa l'applicabilità della disciplina del contratto di assicurazione sulla vita o del contratto di assicurazione contro i danni a quelle polizze difficilmente riconducibili alla rigida distinzione assicurazioni contro i danni - assicurazioni sulla vita di cui all'art. 1882.

Accanto a polizze malattia tradizionali in cui l'assicuratore verso il pagamento di un premio si impegna a indennizzare l'assicurato per stati morbosì in base ad una tabella da lui predeterminata, abbiamo da tempo garanzie particolari.

Mi riferisco alle *permanent health insurance*. In questo caso l'assicuratore si impegna a pagare al *Grantee* una somma in caso di *Total o Partial Disability* dell'assicurato, somma che verrà calcolata sulla base della percentuale di invalidità e che verrà

⁷⁰ V. *infra*.

⁷¹ In tal senso G. VOLPE PUTZOLU, *ult. oloc. cit.*

⁷² La giurisprudenza tende ad applicare le norme sull'assicurazione contro i danni, e in particolare gli artt. 1904, 1913 e 1915, anche alle assicurazioni contro gli infortuni. Cfr. Cass. Civ., 25 novembre 1999, n. 13140, in *Mass. Foro it.*, 1999; Cass. Civ., 11 marzo 2005, n. 5435, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2006, 159.

⁷³ V. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., 152.

corrisposta al *Grantee* a partire dalla fine del *Deffered Period* stabilito nella polizza. La copertura assicurativa, però, cesserà in caso di morte, pensionamento o mancato pagamento del premio⁷⁴. In questo caso la funzione indennitaria del contratto viene ad arricchirsi di una funzione previdenziale in quanto si mira altresì a fornire all'assicurato risorse per affrontare stati di bisogno futuro per la patologia.

Oltre alla *permanent health insurance*, un'altra copertura con funzione previdenziale è quella *dread disease*. Con tale formula si intende una copertura complementare, abbinata ad una assicurazione vita, contro il rischio di insorgenza di una malattia particolarmente grave. Questo polizza ha finalità soprattutto previdenziali, offrendo sostegno economico in caso di una grave malattia che richiede costosi interventi chirurgici. Le malattie più frequenti previste dalla *dread disease* sono: infarto del miocardio; malattie che richiedono interventi di chirurgia cardiovascolare; ictus cerebrale; tumore o neoplasia maligna; insufficienza renale irreversibile; malattie che comportano la necessità di un trapianto d'organo.

Anche in questo caso però la funzione non vale a qualificare il contratto in termini di un contratto di assicurazione sulla vita. Non intendiamo qui entrare sulla questione della funzione strettamente previdenziale delle polizze vita, si tratta caso mai di indagare sugli aspetti rilevanti nella qualificazione dei contratti di assicurazione.

Se si distoglie l'attenzione dalla funzione economico sociale in senso astratto, per piegarla piuttosto sulla causa in concreto e sulla funzione economico individuale ovvero sulla funzione disegnata dalle parti⁷⁵, con riferimento al contratto di assicurazione, assume rilievo centrale il rapporto rischio/premio.

Mentre nelle polizze vita il rischio è disegnato sulla base di tavole di mortalità e dalla probabilità di sopravvivenza, in caso di polizze malattia altri sono i dati sul

⁷⁴ V. G. VOLPE PUTZOLU, *ult. cit.*, 190.

⁷⁵ Così G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, 208-209. La teorizzazione della causa come funzione del negozio in senso soggettivo trova in vero luogo in data anteriore rispetto all'opera dell'autore citato. V. in particolare F. CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, 150-152. Rilevanza degli interessi delle parti contraenti sotto il profilo causale è riconosciuta da C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 225 ss. Si è parlato altresì di causa come "interesse obiettivato nel regolamento contrattuale" così: D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, t. 1, Torino, 1999, 532 e ancora la causa è stata identificata "con l'assetto astratto di interessi cui la norma subordina l'assunzione di rilevanza giuridica dell'affare privato": U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 25. Sul punto, solo per motivi di completezza, ricordiamo le osservazioni di Betti sulle teorie soggettiviste di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa nel negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, 13-21. Betti rilevava in particolare l'errore di una visione unilaterale soggettiva dal momento che una ragione variabile e contingente non potrebbe costituire motivo di interesse e tutela degli atti di autonomia privata da parte dell'ordinamento. Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, 1960, 172 ss. L'approccio funzionale al problema della causa pone dei dubbi dal punto di vista del significato pratico di tale soluzione, dal momento che una funzione, sia essa intesa in senso oggettivo o soggettivo, sarà immanente in ogni atto posto in essere dai privati e non nei soli contratti. Sul punto v. R. SACCO, in R. Sacco G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, t.1, Torino, 1993, 635 ss.; M BESSONE - V. ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione)*, in *Causa e consideration*, Padova, 1984, 3 ss. e in particolare 13.

piano attuariale che vengono considerati e sulla base dei quali viene disegnata l'economia del contratto ovvero sugli interessi condivisi dalle parti nella formazione del vincolo contrattuale⁷⁶.

Nelle assicurazioni danni il rischio è la possibilità che si verifichi il sinistro ovvero un pregiudizio al patrimonio, alle cose o all'integrità fisica dell'assicurato. Nell'assicurazione vita il rischio è il possibile verificarsi di un evento della vita umana. La distanza che intercorre sul piano attuariale tra un sinistro ed un evento legato alla vita umana anche in termine di fattori esogeni ed endogeni incidenti sul calcolo delle probabilità finisce per incidere sulle regole proprie dell'assicurazione contro i danni e dell'assicurazione sulla vita oltre che sul calcolo delle riserve. Aspetti come la presenza dell'interesse a contrarre, il principio indennitario, la copertura degli atti intenzionali presentano diversità a seconda che li si considerino per l'uno o l'altro sottotipo di contratto di assicurazione. Con riferimento alle assicurazioni sulla salute si nota come in caso di polizze annuali nel calcolo del rischio assumono importanza aspetti di previsione di sinistrosità e inflazione tipici dei contratti di assicurazione contro i danni. Per contro nel caso contratti *long term* assumono maggior rilievo problemi connessi con la durata aleatoria della vita dell'assicurato il che legittimerebbe ad usare basi di calcolo proprie delle assicurazioni sulla vita⁷⁷.

E' vero che in caso di *longevity risk*⁷⁸, coperto ad esempio con le polizze *long term care (LTC)*. In questo caso abbiamo una stretta commistione tra funzione previdenziale e indennitaria anche dal punto di vista del calcolo rischio.

Per LTC si intende quel contratto con cui l'assicuratore si impegna a provvedere con interventi necessari a fronte di situazioni di bisogno di assistenza che si possono verificare soprattutto in età avanzata, situazioni di bisogno non necessariamente provocate da infortunio o specifica malattia ma anche da senescenza e conseguente riduzione dell'autosufficienza.

Le prestazioni fornite da una copertura LTC possono essere sia una diaria prestabilita, di norma variabile con il grado di autosufficienza, sia il rimborso delle spese per l'assistenza ancorché non integrale per la presenza di *franchise*, scoperti e massimali; sia la prestazione alternativa di rendita ed assistenza (senza alcun onere di spesa) in istituti convenzionati.

Nei casi in cui la copertura assicurativa preveda una prestazione pecuniaria, occorre stabilire le condizioni al verificarsi delle quali la prestazione stessa deve essere erogata. Di norma si tiene conto o della richiesta di assistenza LTC domiciliare o con ricovero; oppure della comprovata mancanza di autosufficienza nello svolgere determinate "attività elementari" (le c.d. "*activities*

⁷⁶ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix En Provence, 2004, 25 sottolinea attraverso un'attenta indagine giurisprudenziale "*une tendance utilitaire et pragmatique qui, prenant en compte la réalité de l'opération économique formant le substrat de la convention, protège les intérêts très concrets attendus par les parties*".

⁷⁷ E. PITACCO, *Il rischio salute nell'ambito delle assicurazioni vita. Profili tecnico-attuariali*, in Atti del V Congresso nazionale di Scienza delle assicurazioni, Torino, 1996, 69-70.

⁷⁸ Inteso come "*rischio "sistematico" derivante dalla futura evoluzione dello scenario demografico, ed alle sue conseguenze sulla gestione tecnica di prodotti previdenziali e di coperture assicurative sulla salute quali le assicurazioni malattia per anziani e le assicurazioni Long Term Care, sia a livello individuale che a livello di collettività*". E. PITACCO, *Prodotti assicurativi sanitari e previdenziali nel nuovo scenario demografico. Profili attuariali, Relazione al congresso di scienze e tecnica delle assicurazioni*, 2004, in www.ecostat.unical.it

of daily living”), usuali nella vita quotidiana; o infine del raggiungimento di un determinato *score* partendo da schemi di “punteggio” .

Tornando alla questione della qualificazione delle polizze malattia, la verità è che, come osservava la dottrina in materia di assicurazione infortuni⁷⁹, forse occorre superare il bipolarismo danni e vita recuperando la unitarietà funzionale del contratto di assicurazione che mira alla traslazione di un rischio

Un'altra garanzia accessoria all'RCO è quella per spese legali e tutela legale a carico del responsabile.

Il contratto di tutela legale copre l'esigenza di trovare copertura finanziaria e assistenza tecnica rispetto all'insorgenza di una lite che in genere importa la necessità di sostenere spese per l'assistenza legale, spese di giudizio (ove sia avviata un'azione giudiziale), nonché oneri per consulenze di varia natura (consulenze tecniche, investigazioni, perizie medico-legali, ecc.).

Attraverso il contratto di assicurazione di tutela legale un'impresa di assicurazione si obbliga, verso il pagamento di un premio, a garantire copertura economica all'assicurato per le spese legali e/o peritali nonché a fornire prestazioni di altra natura (ad esempio consulenza legale, investigazioni ecc.), ove l'assicurato si trovi nella necessità di difendere propri interessi giuridicamente rilevanti in sede giudiziale o extragiudiziale.

Un simile contratto trova oggi una “definizione” nell'ordinamento italiano in una norma, ora contenuta nel codice della assicurazioni private (art. 173 dlgs 209/2005 da ora in poi indicato come c.a.p.) di derivazione comunitaria⁸⁰.

Il primo aspetto problematico dei contratti di assicurazione legale riguarda la loro qualificazione all'interno del tipo “contratto di assicurazione”. *Nulla questio* invece, ovviamente, relativamente alla natura assicurativa dei contratti di assicurazione spese legali con cui l'assicuratore, verso il pagamento di un premio si obbliga a tenere indenne l'assicurato dei costi che questi si trova a dover fronteggiare per difendere i propri interessi.

Anche nella “definizione” di assicurazione di tutela legale di cui sopra, risulta infatti che l'assicuratore si assume non solo un obbligo indennitario, ma anche una prestazione di servizi eventuale legata all'alea di una necessità per l'assicurato di dovere difendere i propri interessi in via legale.

Va detto che il contratto di assicurazione di tutela legale importa una copertura di un bisogno eventuale (la tutela dell'interesse giuridicamente rilevante dell'assicurato in caso di conflitto giudiziale o stragiudiziale) a costo parziale (in quanto i costi della tutela legale sono ripartiti all'interno della comunione degli

⁷⁹ V. *infra* nota 85. V. inoltre G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione dell'assicurazione sulla vita. Problemi giuridici*, in *Atti del V congresso nazionale di scienza delle assicurazioni*, cit., 85 ss.

⁸⁰ In origine la disciplina era contenuta nel decreto legislativo 26 novembre 1991, n. 393 capo II intitolato “*assicurazione tutela giudiziaria*”. Dettato in attuazione delle direttive 84/641/CEE, 87/343/CEE e 87/344/CEE. In particolare la direttiva 87/344 “*recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'assicurazione tutela giudiziaria*” è stata emanata considerando “*che, allo scopo di tutelare gli assicurati, occorre evitare il più possibile ogni eventuale conflitto di interessi fra un assicurato coperto per la tutela giudiziaria ed il suo assicuratore*”. Tale decreto è stato successivamente abrogato dal d.lgs 175/1995 e poi dal d.lgs 209/2005 c.d. codice delle assicurazioni private.

assicurati). Non solo, ma anche la prestazione di assistenza assume comunque i contenuti di una prestazione indennitaria in quanto volta a tenere indenne l'assicurato da condizioni pregiudizievoli. Nel caso di specie, infatti, l'assicuratore tiene indenne l'assicurato dei costi che avrebbe dovuto altrimenti sostenere per quelle attività di assistenza che gli vengono direttamente prestate dall'assicuratore, per tal via gravato anche di una prestazione non pecuniaria.

2.6. La prescrizione dei diritti dell'assicurato.

Tra le prescrizioni brevi dettate dal legislatore si annovera l'art. 2952 in materia di materia di assicurazione.

La norma prende in considerazione varie situazioni soggettive derivanti dal rapporto assicurativo.

Il diritto al pagamento delle rate di premio si prescrive in un anno dalle singole scadenze, mentre *“gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione e dal contratto di riassicurazione si prescrivono in due anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda, ad esclusione del contratto di assicurazione sulla vita i cui diritti si prescrivono in dieci anni”*⁸¹.

Il termine inizia a decorrere *ex art.* 2935 dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Sul punto occorre ricordare come frequente nei contratti di assicurazione è la presenza di uno *spatium deliberandi* che differisce tale termine. Si tratta di un termine sospensivo della esigibilità della prestazione indennitaria dell'assicuratore. In tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli, uno *spatium deliberandi* è previsto all'art. 22 l. 24 dicembre 1969 n. 990 oggi abrogato e trasfuso nell'art. 145 c.a.p.

Talvolta sono presenti in contratto clausole che concedono all'assicuratore debitore uno *spatium deliberandi* ai fini della valutazione dell'*an* e del *quantum debeatur*. Come affermato anche in giurisprudenza nell'assicurazione contro i danni, ove sia prevista una perizia contrattuale che rende inesigibile il diritto all'indennizzo fino alla conclusione delle operazioni peritali, si ha sospensione fino a tale momento la decorrenza del relativo termine di prescrizione *ex art.*

⁸¹ Curiosa la storia normativa che ha portato alla norma attuale. Il II comma dell'art. 2952 è stato sostituito dall'art. 22, comma 14, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, e modificato in sede di conversione dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221. Il testo del d.l. prima della conversione, recitava: *“Gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione e dal contratto di riassicurazione si prescrivono in dieci anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda”*. In tal modo pareva che il termine decennale riguardasse sia le polizze danni sia quelle vita. In realtà si sapeva che il governo nel dettare la norma intendeva allungare a dieci anni il solo termine previsto per le polizze vita anche al fine di risolvere il problema delle polizze dormienti”. Cfr. P. MARANO, *Prescrizione e “dormienza” delle polizze assicurative*, in *Resciv. e prev.*, 2009, 12, 2424 ss.. Il testo dell'art. 2952 prima dell'intervento del d.l. era: *«Gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione e dal contratto di riassicurazione si prescrivono in due anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda»*. Precedentemente il comma era già stato sostituito dall'art. 3, comma 2 *ter*, del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv., con modif., in l. 27 ottobre 2008, n. 166. Il testo precedente a tale modifica recitava: *“Gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione si prescrivono in un anno e quelli derivanti dal contratto di riassicurazione in due anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda”*.

2952, 2° comma, c.c.; a condizione, tuttavia, che il sinistro sia stato denunciato all'assicuratore entro il termine di prescrizione del diritto all'indennizzo, decorrente dal giorno in cui si è verificato, in tal modo potendosi attivare la procedura di accertamento del diritto ed evitandosi che la richiesta di indennizzo sia dilazionata all'infinito⁸².

Sono poi previste speciali ipotesi sospensive. Al IV comma dell'art.2952 si prevede che la comunicazione all'assicuratore della richiesta del terzo danneggiato o dell'azione da questo proposta sospende il corso della prescrizione finché il credito del danneggiato non sia divenuto liquido ed esigibile oppure il diritto del terzo danneggiato non sia prescritto⁸³.

3. Assicurazione RCO e Assicurazione infortuni sul lavoro. Problemi di confine

Un istituto confinante con la assicurazione RCO è la polizza infortuni. I lavoratori dipendenti saranno infatti assistiti dalla copertura obbligatoria INAIL, non solo ma è possibile che, a complemento di tale copertura, sia prevista una copertura privata degli infortuni sul lavoro.

Una simile copertura potrà essere stipulata dal lavoratore in autonomia oppure attraverso una stipulazione per conto effettuata dal proprio datore di lavoro offrire un efficace strumento indennitario al proprio dipendente in caso di sinistri che non sono coperti da INAIL.

Ove il datore di lavoro sia responsabile è possibile che sia prevista rivalsa di INAIL o la surroga dell'assicuratore privato contro gli infortuni.

Si tratta poi di capire se, sempre in caso di assicurazione contro gli infortuni, il lavoratore danneggiato che abbia ricevuto l'indennizzo dal proprio assicuratore possa agire per il risarcimento danni nei confronti del danneggiante.

La presenza di una polizza infortuni presenta allora una serie di problemi rispetto al possibile contratto dell'assicurazione contro la responsabilità civile stipulato dal datore di lavoro.

3.1. La natura della polizza infortuni.

Si discute ancora circa la natura delle polizze infortuni. Come per le polizze malattia, di cui abbiamo già parlato⁸⁴, in caso di polizze infortuni abbiamo un sinistro che riguarda l'integrità fisica dell'assicurato e quindi l'indennizzo sarà determinato in via astratta non essendo quantificabile in concreto per esatto equivalente in denaro un pregiudizio alla persona. Questo ha portato ad

⁸² Cass.,13.03.2012, n. 3961, in *Mass. Foro it.*, 2012.

⁸³ Come anche recentemente statuito "nell'assicurazione contro i danni, la previsione della perizia contrattuale, rendendo inesigibile il diritto all'indennizzo fino alla conclusione delle operazioni peritali, sospende fino a tale momento la decorrenza del relativo termine di prescrizione ex art. 2952, secondo comma, cod. civ.; a condizione, tuttavia, che il sinistro sia stato denunciato all'assicuratore entro il termine di prescrizione del diritto all'indennizzo, decorrente dal giorno in cui si è verificato, in tal modo potendosi attivare la procedura di accertamento del diritto ed evitandosi che la richiesta di indennizzo sia dilazionata all'infinito": così Cass. Civ., 13 marzo 2012, n. 3961, in *Mass. Foro it.*, 2012.

⁸⁴ V. *supra*.

avvicinarlo alle polizze vita anche tenuto conto della funzione previdenziale che le coperture aventi ad oggetto la persona rivestono⁸⁵.

In dottrina, tenuto conto della natura dannosa dell'evento coperto, si è teso piuttosto ad avvicinare l'assicurazione contro gli infortuni ai contratti di assicurazione contro i danni quanto meno in caso di sinistri non mortali⁸⁶. Vi è stato infine chi ha preferito parlare di un *tertium genus*⁸⁷.

Sembrano rimaste non pienamente colte, anche dalla dottrina più recente che tende a parlare di un netto bipolarismo tipologico tra assicurazione sulla vita e assicurazione contro i danni⁸⁸, le osservazioni di chi metteva in discussione l'esistenza di una reale incompatibilità e incomunicabilità tra disciplina della assicurazione contro i danni e di quella sulla vita sottolineando come le diverse posizioni sul punto muovevano da considerazioni relative alla determinazione della prestazione dell'assicuratore e dell'evento assicurato, determinazioni quindi contrattuali rimesse all'autonomia delle parti e quindi non suscettibili di consentire in inquadramento sistematico in astratto del contratto di assicurazione contro gli infortuni⁸⁹.

La Cassazione a Sezioni Unite nel 2002, senza considerare tali osservazioni della dottrina, ha ricondotto le assicurazioni contro gli infortuni non mortali alla disciplina dell'assicurazione contro i danni in quando il rischio sarebbe fondato sulla probabilità di accadimento di un evento dannoso e non di un evento attinente alla vita umana⁹⁰.

Il punto è che se si guarda alle modalità di calcolo del premio nelle assicurazioni infortuni anche mortali non ci si attiene unicamente alle tavole di mortalità ma vengono considerati altri fattori legati proprio alla caratteristica dell'infortunio coperto in analogia con quanto fatto per le polizze infortuni non mortali.

Rigide partizioni risultano allora discutibili e forse, a monte, è discutibile, come già detto, anche una netta contrapposizione tra contratti di assicurazione contro i danni e contratti di assicurazione sulla vita⁹¹.

⁸⁵ Su questa posizione si veda già Cass. Civ., 19 maggio 1951, n. 1259, in *Assic.*, 1952, II, 2. In dottrina V. COLASSO, *L'assicurazione infortuni - Profili giuridici*, Milano, 1970, 13.

⁸⁶ A. DONATI, *Natura giuridica dell'assicurazione contro gli infortuni*, in *Assic.*, 1961, I, 435.

⁸⁷ V. SALANDRA, *Natura e disciplina giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni*, in *Assic.*, 1948, I, 3.

⁸⁸ CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 45.

⁸⁹ G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1968, 5.

⁹⁰ Cass.Civ., SS.UU 10 aprile 2002, n. 5119, in *Res.Civ. Prev.*, 2002, 677.

⁹¹ L'art. 1882 nel definire il contratto di assicurazione recupera la dicotomia classica tra assicurazioni contro i danni e assicurazioni sulla vita. Nel primo caso l'assicuratore è tenuto, verso il pagamento del premio dell'assicurato, a tenere questi indenne dai danni subiti in occasione di un sinistro entro i limiti convenuti. La funzione di tale contratto sarebbe pertanto strettamente indennitaria. Nell'assicurazione sulla vita, invece, l'assicuratore, sempre verso il pagamento di un premio, assume l'obbligo di pagare una data rendita o capitale nel caso si verifichi un evento attinente alla vita umana. La funzione di tale contratto sarebbe pertanto più propriamente previdenziale. Nell'assicurazione sulla vita l'assicuratore non assume il rischio di un evento dannoso, ma si impegna a farsi carico di un bisogno economico futuro dell'assicurato.

Sebbene possa dirsi superata la tesi che vedeva nel contratto di assicurazione una unitaria funzione indennitaria presente anche nelle assicurazioni sulla vita, che avrebbero tenuto indenne l'assicurato dal "danno da morte o da sopravvivenza" (In tal senso B. KROSTA, *Über*

3.2. La stipulazione per conto da parte del datore di lavoro

Un altro aspetto da considerare per comprendere il fenomeno e i problemi che può porre riguarda la forma con cui solitamente viene stipulato. Si tratta, come detto, in genere di polizze stipulate in forma collettiva dal datore di lavoro.

L'art. 1891 disciplina l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta ovvero quei contratti di assicurazione che vedono una dissociazione tra la persona dell'assicurato e la persona del contraente. La polizza, in tali ipotesi, è stipulata dal contraente in nome proprio, ma per coprire un interesse all'assicurazione altrui ovvero un interesse di un altro soggetto che sarà l'assicurato.

Si distingue poi tra assicurazione per conto altrui e per conto di chi spetta: la prima si ha nel caso in cui, al momento della stipulazione del contratto, il contraente ha già individuato il soggetto assicurato: l'assicurazione per conto di chi spetta si ha quando il titolare dell'interesse garantito viene individuato solo

den Begriff der Versicherung, Berlin. 1911, 63. Recentemente si è detto che l'art. 1882 "esprimerebbe due modelli irriducibili ad unità": così P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 45), altre teorie sono state elaborate nel tentativo di dare fondamento ad una definizione unitaria del contratto di assicurazione.

Si è così sostenuto che la funzione unitaria del contratto di assicurazione riposerebbe nella copertura di un bisogno eventuale (Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, 8 ss.; ID., *La causa del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, 207 ss.). Si tratterebbe però di una definizione che, nella sua genericità, finirebbe per non riuscire a rappresentare una connotazione giuridica caratterizzante il contratto di assicurazione. È innegabile il fatto che molte altre operazioni contrattuali sono volte a soddisfare bisogni non attuali ma meramente eventuali, basti pensare al contratto di rendita (Per questa critica si veda G. SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, in *Digesto comm.*, I, Torino, 1987, 335).

La dottrina tedesca ha elaborato una definizione unitaria di contratto di assicurazione movendo dall'osservazione che la prestazione dell'assicuratore sarebbe costituita, oltre che da un obbligo di dare (pagare l'indennizzo, la rendita o il capitale), da un'assunzione del rischio (*Gefahrtragung*) (E. BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, Mannheim - Berlin - Leipzig, 1930, 364 ss.) e quindi da un fare ovvero ottemperare ad una serie di attività di gestione del rischio trasferitogli dall'assicurato. Una simile tesi si collega ad un'altra ricostruzione teorica del fenomeno assicurativo in chiave unitarista: quella che individua un elemento essenziale, caratterizzante la stessa funzione del contratto di assicurazione, la presenza necessaria di un'impresa di assicurazione tra le parti del contratto. Queste teorie risultano attualmente in stretta frizione con la riconosciuta funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita, fatta propria dalla nostra giurisprudenza (Cass. SS. UU., 3 marzo 2008, n. 8271, in *Foro it.*, 2008, I, 1434, con nota di V. FERRARI, *La funzione previdenziale fra diritto pubblico e diritto privato.*) e dallo stesso legislatore che ha individuato nelle polizze vita uno strumento di attuazione della previdenza complementare. Intendiamo riferirci all'art. 13 del d.lg. 252/2005. Sulla funzione previdenziale dell'assicurazione vita si veda inoltre in particolare G. COTTINO – M. IRRERA, *Il contratto di assicurazione in generale*, in O. CAGNASCO, G. COTTINO, M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, X, Padova, 2001, 70; S. FORNI, *Assicurazione e impresa*, Milano, 2009, 233. Va detto che, pur tenuto conto dell'evoluzione dell'assicurazione sulla vita, sembra difficile negare unitarietà, dal punto di vista causale, al fenomeno dell'assicurazione considerato come anche nell'assicurazione sulla vita vi sia comunque l'assunzione di un rischio, non indennitario ma demografico, da parte dell'assicuratore.

in una fase successiva alla stipulazione del contratto ovvero nel momento del verificarsi del sinistro, momento in cui sono concretamente individuati i danneggiati dall'evento coperto.

Il codice disciplina il fenomeno del contratto per conto attribuendo gli obblighi derivanti da contratto al contraente, ad eccezione di quelli che per loro natura non possono essere da lui adempiuti perché riferiti ad attività eseguibili solo dall'assicurato. Il riferimento più immediato è alle c.d. condizioni di assicurabilità (tra cui gli obblighi di adottare determinati sistemi per prevenire furti o incendi nei locali assicurati), all'obbligo di fornire all'assicuratore indicazioni veritiere sullo stato del rischio *ex art. 1892 c.c.*⁹², all'obbligo di riferire all'assicuratore eventuali aggravamenti del rischio *ex art. 1893*.

L'art. 1891, III comma prevede inoltre che all'assicurato siano opponibili le eccezioni derivanti dal contratto e quelle relative agli obblighi procedurali da rispettare per non incorrere in decadenza dal diritto all'indennità anche se tali eccezioni non erano conosciute dall'assicurato⁹³.

Una simile regola risulta, però, contraria a ragioni di giustizia sostanziale se si considera che l'assicurato, non essendo parte del contratto, potrebbe non conoscere i contenuti del contratto⁹⁴. La nostra giurisprudenza ha trovato una soluzione al problema applicando, all'ipotesi *de qua*, il principio di buona fede e riconoscendo in capo al contraente l'obbligo di informare l'assicurato sia dell'esistenza dell'assicurazione, sia delle condizioni contrattuali e degli eventuali limiti posti *ex contractu* all'esercizio del diritto al pagamento dell'indennità. La violazione dell'obbligo di buona fede comporterebbe l'inopponibilità all'assicurato delle eccezioni fondate sul contratto delle quali egli non ha avuto conoscenza⁹⁵. Anche in questo caso la soluzione è stata poi prevalentemente

⁹² Si veda inoltre quanto previsto all'art. 1894 c.c. "Nelle assicurazioni in nome o per conto di terzi, se questi hanno conoscenza dell'inesattezza delle dichiarazioni o delle reticenze relative al rischio, si applicano a favore dell'assicuratore le disposizioni degli artt. 1892 e 1893".

⁹³ "Nell'assicurazione stipulata dal datore di lavoro a favore dei lavoratori, come nel contratto di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, secondo l'art. 1891, 3° comma, c.c., all'assicurato sono opponibili, a prescindere dalla conoscenza o meno che egli ne abbia avuta, le eccezioni che si possono opporre al contraente in dipendenza del contratto e, di conseguenza, anche quelle relative agli obblighi procedurali da rispettare per non incorrere in decadenza." : così Cass. Civ., 8 agosto 2003, n. 12024, in *Mass. Foro it.*, 2003. In senso analogo più recentemente la Suprema Corte ha affermato che "nell'assicurazione per conto di chi spetta, come nell'assicurazione per conto altrui, poiché il diritto dell'assicurato nasce così come lo aveva costituito lo stipulante, sono a lui opponibili da parte dell'assicuratore le stesse eccezioni di carattere reale opponibili al contraente in dipendenza del contratto assicurativo, mentre sono inopponibili all'assicurato le eccezioni che sono estranee al contratto e quelle personali ai precedenti titolari dell'interesse assicurato o al solo contraente" : così Cass. Civ., 28 ottobre 2009, n. 22809, in *Mass. Foro it.*, 2009. Sarebbe pertanto eccezionale all'assicurato il mancato pagamento del premio da parte del contraente.

⁹⁴ Cfr. L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1997, 4 ss. Con riferimento al problema della opponibilità all'assicurato, nell'assicurazione a favore, degli oneri e obblighi accessori: N. GASPERONI, *Apposizione di oneri al beneficiario nel contratto a favore di terzo*, in *Assicurazioni*, 1955, I, 30 ss. ritiene che siano opponibili al terzo soltanto oneri. In senso contrario A. GENOVESE, *Gli obblighi del terzo beneficiario nell'assicurazione vita*, in *Giur. it.*, 1953, II, 865 ss.; A. LA TORRE, *Sull'opponibilità delle clausole limitative al terzo beneficiario del contratto*, in *Assicurazioni*, 1960, II, 32. Questi ultimi ritengono infatti che siano applicabili all'assicurato sia oneri che obbligazioni accessorie al diritto da questi acquistato in virtù della stipulazione.

⁹⁵ Così Cass. Civ., 9 aprile 2009, n. 8670, in *Assicurazioni*, 2009, 2, 305 e in *Assicurazioni*, 2010, 70 (m) con nota di I. RIVA, *Il "diritto all'informazione" quale espressione del principio di buona fede*

sviluppata a livello di autonomia contrattuale nel senso che tali obblighi di informativa a carico del contraente vengono di norma specificati nel contratto tra assicuratore e contraente per conto altrui o per conto di chi spetta.

I diritti derivanti da contratto e, in particolare, il diritto alla corresponsione dell'indennizzo spetteranno all'assicurato. Il contraente non vanta diritti alla corresponsione dell'indennizzo a meno che l'assicurato non abbia dato consenso a tal fine.

Quest'ultima previsione, contenuta nell'art. 1891, II comma, pone non pochi problemi dal punto di vista applicativo: ad esempio, stante la lettera della norma, il vettore contraente della polizza assicurativa per conto di chi spetta il quale intenda conseguire l'indennizzo dovuto dall'assicuratore dopo aver corrisposto *ex art.* 1693 c.c. il controvalore della merce stessa a seguito di furto, danneggiamento o perimento della medesima, senza il consenso espresso del contraente, non potrà ottenere l'indennizzo per il danno patito.

Al fine di risolvere la questione, la giurisprudenza ha cercato di ascrivere l'ipotesi di cui all'art. 1891 allo schema del contratto a favore di terzo affermando che l'accettazione del risarcimento potesse valere come rifiuto del credito assicurativo da parte dell'assicurato con conseguente trasferimento del medesimo al contraente *ex art.* 1411, III comma⁹⁶.

Da parte di altri, per contro, si è osservato che al contratto per conto altrui o per conto di chi spetta non può applicarsi l'art. 1411. Tale norma presuppone, infatti, che la posizione del beneficiario possa essere acquisita dallo stipulante in caso di rifiuto del beneficiario medesimo. Nell'ipotesi di cui all'art. 1891, invece, il contraente non può rivestire la posizione dell'assicurato in quanto non è titolare dell'interesse assicurato⁹⁷.

Del resto la dottrina afferma che l'art. 1891, II comma è applicazione del principio indennitario in base al quale assicurato può essere unicamente il soggetto titolare dell'interesse. Se il contraente potesse riscuotere l'indennità senza il consenso dell'assicurato, il contratto non coprirebbe più un bisogno eventuale dell'interessato e verrebbe meno la funzione del contratto di assicurazione⁹⁸.

nell'esecuzione del contratto di assicurazione; Cass. Civ., 1 aprile 2003, n. 4917, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1189.

⁹⁶Così Cass. Civ., 25 maggio 1995, n. 5747, *Mass. Foro it.*, 1995; Cass. Civ., 20 agosto 1997, n. 7769, *ivi*, 1998; Cass. Civ., 14 aprile 1988, n. 2961, in *Giur. comm.*, 1988, II, 853, con nota di M. STELLA RICHTER, *Osservazioni in tema di assicurazione per conto di chi spetta*.

⁹⁷ Cfr. Cass. SS. UU., 18 aprile 2002, n. 5556, in *Foro it.*, 2002, I, 2009. In senso conforme Cass. Civ., 3 luglio 1996, n. 6086, in *Foro it.*, 1997, I, 1925 e in *Contratti*, 1997, 500, con nota di G. FIORETTI, *Diritti del contraente e consenso dell'assicurato*; Cass. Civ., 14 marzo 1996, n. 2120, in *Dir. maritt.*, 1998, 372, con nota di C. MEDINA, *Ancora sull'assicurazione per conto di chi spetta*; Cass. Civ., 25 febbraio 1995, n. 2140, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 817, con nota di M. BELLARDINI, *Note in tema di assicurazione per conto di chi spetta stipulata dal vettore*; Cass., 3.2.1995, n. 1333, in *Mass. Foro it.*, 1996; Cass. Civ., 15 dicembre 1994, n. 10718, *ivi*, 1995; Cass. Civ., 15 novembre 1994, n. 9584, *ivi*, 1994; Cass. Civ., 1 dicembre 1993, n. 11890, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 710; Cass. Civ., 11 gennaio 1993, n. 187, in *Foro it.*, 1993, I, 1483, con nota di R. SIMONE. Sul punto in dottrina R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2012, 44.

⁹⁸ Così G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., 93. Del resto qualificare l'ipotesi di cui all'art. 1891 come contratto a favore di terzi importerebbe che, nell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, debba sussistere, pena la nullità,

È vero comunque che generalmente un simile interesse del contraente, ancorché indiretto, sussiste sempre. Si pensi al vettore che assicura le merci da lui trasportate contro danni, perdita o furto di cui dovrebbe rispondere lui stesso, oppure al conduttore che assicura l'immobile locato contro i danni che potrebbe essere chiamato a risarcire.

La giurisprudenza più recente sembra orientata secondo una posizione intermedia con riferimento alla possibilità di qualificare il contratto di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta come contratto a favore di terzo: l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta costituirebbe *“una vicenda negoziale sui generis di contratto a favore di terzo”*⁹⁹, a cui si applicano tanto le norme proprie dell'istituto *ex art. 1411 ss.* del codice civile, quanto quelle del contratto di assicurazione nella parte in cui derogano ai principi generali dettati dalla legge per il contratto a favore di terzo.

Ciò posto, in una logica di giustizia sostanziale, al fine di tutelare il contraente che ha pagato il risarcimento all'assicurato e intenda rifarsi sul diritto all'indennizzo nei confronti dell'assicuratore in assenza di un espresso consenso dell'assicurato, parte della nostra giurisprudenza ha ipotizzato che detto consenso possa essere anche tacito o per fatti concludenti¹⁰⁰.

Va detto che il problema, anche in questo caso, è solitamente risolto a livello di autonomia contrattuale. Nel mercato, infatti, si contano polizze per conto che contengono clausole che riconoscono il diritto al contraente di riscuotere l'indennità senza il consenso dell'assicurato, in contrasto con il dettato di cui all'art. 1891, II comma. Del resto l'art. 1891, II comma non è compreso tra le norme sul contratto di assicurazione inderogabili indicate all'art. 1932 c.c.¹⁰¹.

Peraltro simili condizioni non risultano neppure contrarie al principio indennitario e alla necessità della sussistenza di un interesse all'assicurazione *ex*

un interesse del contraente alla stipulazione. Cfr. Cass. Civ., 20 agosto 1997, n. 7769, in *Mass. Foro it.*, 1997.

⁹⁹Così Cass. Civ., 4 maggio 2005, n. 9284, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass. Civ., 5 giugno 2007, n. 13058, *ivi*.

¹⁰⁰ Cass. Civ., 3 luglio 1996, n. 6086, in *Foro it.*, 1997, I, 1925 *contra* Cass. Civ., 16 aprile 2007, n. 9053, in *Mass. Foro it.*, 2007. In dottrina M. ORIO, *Il silenzio del contraente all'atto della stipulazione di un contratto di assicurazione e la volontà di ottenere la copertura di un rischio per conto altrui o di chi spetta*, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 1994, 759; A. SMIROLDO, *Ancora in tema di assicurazione per conto di chi spetta*, in *Dir. trasporti*, 1995, 177; S. FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*, Milano, 1991, 225.

¹⁰¹ L'art. 1891, 2° comma, c.c., secondo il quale *“i diritti derivanti dal contratto spettano all'assicurato e il contraente non può farli valere senza espresso consenso dell'assicurato medesimo» non è compreso tra le disposizioni che l'art. 1932 c.c. dichiara espressamente inderogabili se non in senso più favorevole all'assicurato e, pertanto, in un contratto di assicurazione per conto di chi spetta, è lecita la clausola secondo la quale solo il contraente può esercitare i diritti e le azioni nascenti dal contratto”*: così Cass. Civ., 21 gennaio 1995, n. 709, in *Dir. maritt.*, 1997, 79.

La giurisprudenza ha recentemente riconosciuto il fenomeno in ipotesi di clausole del contratto di assicurazione con cui si attribuisce al finanziatore della somma utilizzata per l'acquisto del bene assicurato il diritto di soddisfarsi, nel caso di furto o perdita della cosa assicurata, sull'indennità dovuta all'assicuratore. In tal caso, ad avviso della Suprema Corte, si creerebbe peraltro un collegamento tra il contratto di finanziamento ed il contratto di assicurazione, lasciando comunque l'assicurato esposto verso il finanziatore per l'importo non corrisposto dall'assicuratore, per cui sarebbe configurabile in capo all'assicurato l'interesse a far valere in appello l'erronea liquidazione degli interessi compensativi sulla somma dovuta a titolo di indennizzo. In tal senso Cass. Civ., 20 maggio 2009, n. 11706, in *Foro it.*, 2010, I, 528.

art. 1904. Nelle polizze in cui sono inserite tali clausole è infatti dato individuare un interesse proprio del contraente alla copertura¹⁰², in quanto si tratta solitamente di polizze contro i danni con cui il contraente copre la perdita o il pregiudizio di beni dell'assicurato, che potrebbe essere chiamato a risarcire. In pratica si avrebbe una coesistenza di un'assicurazione contro la responsabilità civile per conto proprio insieme ad un'assicurazione contro i danni per conto altrui. In tali casi la sussistenza dell'interesse all'assicurazione è meglio garantita dall'apposizione di una clausola con la quale il contraente si riserva il diritto di imputare l'indennità pagata in conto del risarcimento¹⁰³. Così è ad esempio in genere nelle polizze infortuni del lavoratore che riguardano eventi pregiudizievoli che il datore di lavoro può essere chiamato a risarcire ove sia individuata una sua responsabilità.

3.3 La surroga nei confronti del responsabile in caso di infortuni sul lavoro

Come detto in caso di assicurazione contro gli infortuni l'assicuratore potrà surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso il responsabile secondo quando previsto all'art. 1916 fatta eccezione per i casi in cui in polizza è prevista la rinuncia alla surroga.

Il diritto dell'assicuratore, che ha pagato l'indennità, di surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso terzi responsabili del danno¹⁰⁴ era già presente nell'art. 438 del codice di commercio del 1882 il quale a sua volta recuperava un'antica tradizione presente nell'assicurazione marittima¹⁰⁵.

Sotto il codice previgente la dottrina giustificava tale diritto come un ristoro per i danni che l'assicuratore aveva patito per colpa del terzo a causa del quale si trovava a dover corrispondere l'indennizzo all'assicurato¹⁰⁶.

A ben vedere, però, anche alla luce della normativa attuale, il danno cagionato dal terzo all'assicuratore è meramente indiretto e quindi non risarcibile in base al disposto di cui all'art. 1223 c.c. che limita il risarcimento ai soli pregiudizi immediati e diretti¹⁰⁷.

Una più recente dottrina ritiene che la surroga sarebbe una condizione propria della fattispecie del contratto di assicurazione che opererebbe una sostituzione integrale dell'assicuratore all'assicurato nella sua situazione patrimoniale rispetto ad un rischio determinato. Un simile fenomeno sostitutorio giustificerebbe la

¹⁰² Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *oult. cit.*, 93.

¹⁰³ Per tali osservazioni cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *oult. cit.*, 94.

¹⁰⁴ Sul punto A. SRAFFA, *La costituzione di parte civile dell'assicuratore che ha pagato l'indennità all'assicurato*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, 257. L'autore compie una riflessione sulla natura e la ratio dell'istituto in critica alla giurisprudenza dell'epoca che individuava il fondamento della surroga dell'assicuratore nel fatto che, a seguito dell'atto illegittimo del terzo, "si sposta e si altera, oltre il corso normale dell'alea, l'equilibrio dei rapporti fra assicurato e assicuratore": così Cass. Civ., 11 marzo 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 346.

¹⁰⁵ Sull'art. 438 N. GASPERONI, *Assicurazione (in generale)*, in *Nuovo Dig.*, I, Torino, 1937, 838.

¹⁰⁶ In tal senso A. SRAFFA, *oloc. cit.*

¹⁰⁷ Cfr. V. SALANDRA, *oult. cit.*, 346.

sopportazione delle perdite connesse con la posizione dell'assicurato, ma anche l'attribuzione dei diritti ad essa relativi¹⁰⁸.

Se così fosse non sarebbe, però, ammissibile (come invece è, stante la derogabilità dell'art. 1916) un'eventuale rinuncia dell'assicuratore al proprio diritto di surroga¹⁰⁹.

Né potrebbe ammettersi che la rinuncia alla surroga importi un ingiustificato arricchimento dell'assicurato dal momento che il pagamento dell'indennità e il risarcimento trovano fondamento in due fattispecie diverse e rispettivamente: il contratto e il fatto illecito¹¹⁰. Si tende così a vedere nella surroga una mera facoltà dell'assicuratore finalizzata ad una riduzione dei costi e quindi dei premi¹¹¹.

Altri configurano nel meccanismo della surroga un'applicazione del principio indennitario in quanto, se l'assicurato potesse percepire oltre all'indennizzo da parte dell'assicuratore anche il risarcimento da parte del terzo, avrebbe delle entrate superiori al danno patito¹¹². Al riguardo ricordiamo che il principio indennitario, ricavabile dagli art. 1905-1907, non risulta inderogabile essendo tali norme, relative ai rapporti tra danno e indennizzo, in generale derogabili. L'autonomia del predisponente è limitata unicamente da profili di contenimento di fenomeni di azzardo morale, esclusi nel caso in cui l'arricchimento rispetto al danno subito si fondi su eventi esterni alla sfera di autoreponsabilità dell'assicurato. La rinuncia alla surroga dell'assicuratore non potrà incentivare condotte imprudenti e negligenti dell'assicurato, posto che tutte le volte in cui sorge il diritto di surroga vi è una responsabilità di un terzo per il determinarsi del sinistro. Laddove poi vi sia un concorso tra terzo danneggiante e danneggiato- assicurato, l'estensione dell'obbligazione risarcitoria, e quindi anche l'estensione del diritto di surroga, sarà proporzionale alla gravità della colpa del terzo e all'entità delle conseguenze che ne sono derivata *ex art. 1227*. Un simile inquadramento del diritto di surroga dell'assicuratore consente di ammettere la rinunciabilità della surroga e incide anche sul modo di configurare la natura e la struttura del fenomeno in esame.

¹⁰⁸ Così SALANDRA, *op. ult. loc. cit.*

¹⁰⁹ A favore della rinunciabilità alla surroga v. in particolare G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione contro i danni*, in *Dig. Comm.*, I, Torino, 1988, 416. La giurisprudenza del resto ha ormai da tempo affermato la validità delle clausole di rinuncia alla surroga ponendosi piuttosto il problema dell'oggetto del contratto nelle ipotesi in cui è apposta una simile clausola. Con particolare riguardo all'assicurazione, stipulata dal vettore per i danni alla merce trasportata, contenente una clausola per conto di chi spetta, anche se l'assicuratore ha rinunciato a rivalersi nei confronti del vettore per l'indennizzo corrisposto, questo contratto non può essere parificato ad una assicurazione della responsabilità civile del vettore stante la diversità di oggetto tra i due tipi di assicurazione. Dalla rinuncia sorge soltanto il potere del vettore di respingere in via di eccezione le pretese di rivalsa dell'assicuratore. In tal senso Cass. Civ., 18 maggio 2006, n. 11679, in *Dir. maritt.*, 2007, 823

¹¹⁰ In tal senso A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 163.

¹¹¹ V. E. BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 243 il quale conseguentemente afferma la piena rinunciabilità della surroga.

¹¹² Cfr. V. MUNGARI, *Riflessioni sulla surrogazione dell'assicuratore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, II, 378; S. SOTGIA, *Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 c.c.*, in *Assicurazioni*, 1960, I, 210.

Quanto alla natura si può escludere che si tratti di una surroga legale *ex art.* 1203 in quanto in tale ipotesi non sussisterebbero i requisiti ivi previsti¹¹³, in particolare l'assicuratore paga una prestazione diversa rispetto a quella del responsabile: indennizza e non risarcisce il danno¹¹⁴.

Si afferma, in particolare da parte dei giudici, che la surroga dell'assicuratore nella posizione dell'assicurato verso il danneggiante responsabile si risolve in una peculiare forma di successione nel diritto di credito dell'assicurato verso il terzo responsabile, nei limiti dell'indennizzo versato¹¹⁵.

La surroga comporta, per l'assicuratore, l'acquisto di diritti verso il responsabile del danno nel medesimo stato, con lo stesso contenuto e con gli stessi limiti in cui essi spettavano all'assicurato. L'assicuratore avrà inoltre diritto anche agli interessi e all'intero ammontare dei danni oggetto di risarcimento fino alla concorrenza del valore dell'indennità. Ne consegue che, in tema di prescrizione, rimane applicabile il termine previsto dalla legge in relazione all'originaria natura del credito e l'assicuratore può giovare degli atti interruttivi posti in essere dal danneggiato prima del verificarsi della surrogazione, così come il suo diritto può risultare pregiudicato dalla prescrizione anteriormente maturatasi per l'inerzia del medesimo danneggiato¹¹⁶. Quanto alle eccezioni opponibili, anche recentemente, la Suprema Corte ha chiarito che ove l'assicuratore agisca, ai sensi dell'art. 1916 c.c., in surrogazione nei confronti del terzo responsabile, questi, non può far valere motivi di annullabilità, rescissione o risoluzione del contratto, deducibili solo dall'assicurato, ma è legittimato a contrastare, in via di eccezione, i presupposti della surrogazione medesima, e, quindi, ad opporre la nullità del contratto stesso, ivi compresa quella per inesistenza del rischio o carenza di interesse, nonché l'avvenuto pagamento dell'indennizzo a persona diversa dal titolare del relativo diritto¹¹⁷.

Da siffatta ricostruzione, unitamente alla rinunciabilità del diritto di surroga, deriva che la stessa non dovrebbe operare automaticamente con il pagamento

¹¹³ V. SALANDRA, *oult. cit.*, 346. Considera invece la surroga di cui all'art. 1916 una particolare forma di surroga legale *ex art.* 1203, comma 3 Cass. Civ., 17 settembre 2005, n. 28446, in *Mass. Foro it.*, 2005.

¹¹⁴ Cfr. F. PECCENINI, *Dell'Assicurazione*, artt. 1882-1932, in Comm. Scialoja – Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2011, 162.

¹¹⁵ Così Cass. Civ., 23 febbraio 2009, n. 4347, in *Mass. Foro it.*, 2009; Cass. Civ., 3 dicembre 2007, n. 25182, in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, 186; Cass. Civ., 24 novembre 2005, n. 24806, in *Mass. Foro it.*, 2005.

¹¹⁶ Tale diritto seguirà la prescrizione prevista per il risarcimento del danno e, in base ad un principio di diritto ormai consolidatosi in giurisprudenza, l'inerzia del danneggiato, protrattasi fino alla scadenza del termine prescrizione, può essere fatta valere dal terzo responsabile nei confronti dell'assicuratore che agisce in surrogazione, quale causa estintiva del diritto, solo se tale scadenza è anteriore all'esercizio della surrogazione. In caso contrario, dal momento che la titolarità del credito si è trasferita in capo all'assicuratore prima della maturazione della prescrizione, la comunicazione da parte dell'assicuratore dell'intento di surrogarsi vale anche come atto interruttivo e l'estinzione per prescrizione del credito trasferito può discendere esclusivamente da successiva inattività dell'assicuratore medesimo. Cfr. Cass. Civ., 17 maggio 2007, n. 11457, in *Foro it.*, 2008, I, 1216; Cass. Civ., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Mass. Foro it.* 2005; Cass. Civ., 27 novembre 1989, n. 5146, in *Arch. circolaz.*, 1990, 306. L'assicuratore avrà inoltre diritto anche agli interessi e all'intero ammontare dei danni oggetto di risarcimento fino alla concorrenza del valore dell'indennità.

¹¹⁷ Cass. Civ., 9 marzo 2010, n. 5668, in *Mass. Foro it.*, 2010.

dell'indennità, ma richiede una comunicazione, dell'assicuratore al terzo responsabile, di aver pagato e di volersi surrogare all'indennizzato. Questa comunicazione, in base al principio generale di cui all'art. 1335 c.c., si reputa conosciuta nel momento in cui perviene all'indirizzo del destinatario e può essere compresa, anche implicitamente, nell'atto sostanziale o processuale contenente la domanda di surroga. Tale atto produrrebbe il duplice effetto: di far perdere all'assicurato la legittimazione ad agire contro il responsabile, trasferendola all'assicuratore, e di interrompere la prescrizione nonostante l'inerzia dell'assicurato¹¹⁸.

Resta da chiarire quali sono le regole che ordinano la condotta dell'assicurato in pendenza del diritto di surroga dell'assicuratore.

Il comma 3 dell'articolo 1916 prevede, infatti, l'obbligo dell'assicurato, che abbia pregiudicato il diritto di surroga dell'assicuratore, di risarcire il danno a questi cagionato. Ne segue che in rispondenza al diritto di surroga è individuabile un obbligo dell'assicurato di non pregiudicare il diritto di surroga dell'assicuratore con azioni o omissioni rispetto alla propria posizione verso il terzo danneggiante. L'assicurato potrebbe infatti omettere di procedere all'interruzione della prescrizione dopo il pagamento dell'indennità e prima della comunicazione dell'assicuratore dell'intenzione di surrogarsi¹¹⁹.

L'aver percepito il risarcimento prima di essere indennizzato invece non dovrebbe costituire lesione del diritto di surroga. L'assicurato non perde l'azione risarcitoria verso il terzo prima dell'indennizzo. Il fatto che si sia ottenuta soddisfazione del pregiudizio patito attraverso l'utile esercizio del diritto al risarcimento del danno incide unicamente nel senso di una relativa diminuzione dell'indennizzo dovuto dall'assicuratore, sempreché l'assicuratore, rinunciando alla surroga, non abbia ammesso la possibile sommatoria di risarcimento e indennizzo¹²⁰.

Quanto all'ambito di applicazione del diritto di surroga l'art. 1916, II comma esclude l'applicazione della surroga se il danno è causato dai figli, dagli affiliati, dagli ascendenti, da altri parenti e affini dell'assicurato con esso stabilmente conviventi, salvo il caso di dolo.

Tale disposto normativo è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, la quale lo ha ritenuto contrastante con l'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non annovera, tra le persone nei confronti delle quali non è ammessa la surroga, il coniuge dell'assicurato, giacché non vi è alcuna giustificazione al trattamento peggiore fatto a quest'ultimo¹²¹.

Simile conclusione trova rispondenza nella funzione della norma in esame. La dottrina motiva, infatti, tale norma sulla base dell'assunto che nei suddetti casi l'assicurato non agirebbe per ottenere il risarcimento del danno¹²².

¹¹⁸ In tal senso VOLPE PUTZOLU, *ult. oloc. cit.*. In giurisprudenza Cass. Civ., 24 novembre 2005, n. 24806, cit. Cass. Civ., 26 giugno 2012, n. 10649, in *Mass. Foro it.*, 2012. *Contra* E. BOTTIGLIERI, *ocit.*, 244.

¹¹⁹ Cfr. Cass. Civ., 17 maggio 2007, n. 11457, in *Foro it.*, 2008, I, 1216; Cass. Civ., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Mass. Foro it.* 2005; Cass. Civ., 27 novembre 1989, n. 5146, in *Arch. circolaz.*, 1990, 306.

¹²⁰ V. *infra* par. 3.4..

¹²¹ Così C. Cost. 21 maggio 1975, n. 117, in *Giur.it.*, 1975, I, 21, 1741.

¹²² Cfr. V. SALANDRA, *ocit.*, 349.

La surrogazione non si applica alle assicurazioni sulla vita¹²³, si applica *ex art.* 1916, 4° comma, invece alle assicurazioni contro gli infortuni anche mortali¹²⁴. Al fine di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 1916 è anche necessario definire chi sono i "terzi responsabili" di cui al I comma della norma. Secondo alcuni tali sarebbero i soggetti, estranei al rapporto assicurativo, che sono tenuti a rispondere dell'evento dannoso a titolo di responsabilità civile verso l'assicurato. Sarebbero allora esclusi gli altri soggetti tenuti a rispondere per contratto o per legge, come l'assicuratore del terzo responsabile¹²⁵.

Per contro in dottrina si ritiene che il termine terzo responsabile possa essere riferito più latamente a tutti coloro che rivestono una posizione di terzietà rispetto al rapporto assicurativo e che sono tenuti a rispondere per contratto, fatto illecito o per altra causa legittima di obbligazione¹²⁶. Responsabile è infatti non solo il danneggiante imputabile dell'illecito civile, ma, anche chi è tenuto a rispondere dell'obbligazione assunta in via generale.

Va detto che, avuto riguardo alla casistica concreta, la maggior parte delle ipotesi, in cui la questione si è posta, riguarda azioni di surroga esercitate da Inail verso l'assicuratore della responsabilità civile automobilistica del terzo responsabile. In questo caso il problema è risolto dal legislatore il quale all'art. 28 della l. 990/1969, ora art. 142 del codice delle assicurazioni (d.lg. 209/2005), prevede che l'ente gestore dell'assicurazione sociale, per le prestazioni erogate al danneggiato, abbia azione di surroga verso l'assicuratore del responsabile¹²⁷.

La Consulta ha dichiarato incostituzionale l'art. 1916 nella parte in cui consente all'assicuratore di ottenere, agendo in surroga, anche le somme corrisposte dal terzo per il risarcimento del danno biologico¹²⁸. Tale pronuncia risulta fondata sull'assunto che il danno biologico non sia coperto dalla garanzia dell'assicurazione sociale per gli infortuni sul lavoro.

Un simile limite alla surroga non pare quindi applicabile alle altre ipotesi di assicurazione contro i danni. Attualmente pare che un simile assunto debba essere rivisto anche per la copertura Inail alla luce del d.lg. 38/2000 che ha esteso la copertura dell'assicurazione sociale anche al danno biologico per come ivi definito¹²⁹.

¹²³ Sul punto G. VOLPE PUTZOLU, *ult. oloc. cit.*

¹²⁴ Tra le prime pronunce in tema di surroga negli infortuni mortali Cass. Civ., 14 maggio 1972, n. 1881, in *Assicurazioni*, 1973, II, 2, 141.

¹²⁵ Così Cass. Civ., 27 giugno 1991, n. 7218, in *Arch. giur. circolaz.*, 1991, 739.

¹²⁶ Cfr. A. LA TORRE, *Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1978, I, 341 ss..

¹²⁷ "In tema di recupero di prestazioni previdenziali ed assistenziali erogate al danneggiato a seguito di un sinistro stradale, all'ente gestore dell'assicurazione sociale spetta la scelta di agire in surrogatoria nei confronti del terzo responsabile del danno ai sensi dell'art. 1916 c.c., ovvero di esperire l'azione diretta, ai sensi dell'art. 28 l. 24 dicembre 1969 n. 990, nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile di detto terzo responsabile, giacché i due rimedi, che attribuiscono il diritto di successione nel credito rispetto a due diversi soggetti obbligati, non risultano tra loro incompatibili, ma alternativi": così Cass. Civ., 6 settembre 2012, n. 14941, in *Mass. Foro it.*, 2012.

¹²⁸ Così C. Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 425. In tal senso si vedano le osservazioni da tempo compiute da A. ANTINOZZI, *Inammissibilità della surroga dell'INAIL nei danni non coperti dalla garanzia assicurativa*, in *Dir. e prat. assic.*, 1972, 750.

¹²⁹ Sulla copertura Inail del danno biologico dopo il d.lg. 38/2000 v. S. GIUBBONI, *Infortunio, malattia professionale e risarcimento del danno differenziale*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 331. Sul tema del divieto di cumulare indennizzo da polizza infortuni e risarcimento si veda la giurisprudenza

3.4. Indennizzo e risarcimento.

La presenza di una copertura infortuni pone problemi con riferimento al possibile cumulo tra risarcimento e indennizzo dal momento i relativi diritti si fondano su titoli distinti: la responsabilità civile e il contratto di assicurazione.

Recentemente la Suprema Corte, riferendo alle polizze contro gli infortuni il principio indennitario proprio dei contratti di assicurazione contro i danni, è arrivata a sostenere il divieto assoluto di cumulo¹³⁰. La suprema Corte prende le mosse dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 2002¹³¹ ed arriva a dire che le polizze contro gli infortuni essendo contratti di assicurazione contro i danni sono regolate dal principio indennitario che deve essere inteso nel senso di un divieto di generare forme di arricchimento del danneggiato. Ne segue che non potrà esservi cumulo tra risarcimento e indennizzo. Ne segue ancora che in caso di infortunio sul lavoro, ove il lavoratore sia stato indennizzato dall'assicuratore in virtù della copertura infortuni, non potrà agire né contro il responsabile civile, né contro l'assicuratore del responsabile civile. Per converso ove sia stato risarcito dal responsabile non potrà azionare il proprio credito indennitario verso l'assicuratore.

In vero riteniamo che si debba distinguere due piani: quello della posizione debitoria dell'assicuratore contro gli infortuni nel caso in cui l'assicurato sia stato risarcito e quello della posizione debitoria del responsabile nel caso in cui il danneggiato sia stato indennizzato dal proprio assicuratore.

Con riferimento al primo aspetto occorre tenere conto di due aspetti: della distanza tra risarcimento e indennizzo, da un lato, e del contenuto del principio indennitario, dall'altro.

Riguardo al rapporto tra risarcimento e indennizzo l'art. 1905 definisce il criterio di determinazione della prestazione dell'assicuratore utilizzando il termine "risarcimento", "risarcire". La dottrina ha da sempre sottolineato l'improprietà di un simile linguaggio che potrebbe indurre a riferire alla prestazione dell'assicuratore i principi propri dell'obbligazione risarcitoria: la risarcibilità del lucro cessante e l'integrale risarcimento del danno¹³². L'assicurato è obbligato per contratto e non per fatto illecito.

Ancora, sempre in base al dettato della norma in esame, l'assicuratore paga "nei limiti stabiliti dal contratto", il che risulta in contrasto col principio dell'integrale risarcimento¹³³. A ciò aggiungiamo che in taluni casi è il legislatore a porre limiti

più recente richiamata nel nostro S. LANDINI, *Compensatio lucri cum damno e surroga nei rapporti assicurativi*, in Giur. it., 2019, 2292.

¹³⁰ Cass. Civ., 11 giugno 2014, n. 13233, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 6, 1879 (s.m.) con nota di L. LOCATELLI, **Assicurazione contro gli infortuni non mortali e cumulo di indennizzo e risarcimento del danno**.

¹³¹ Cass. Civ., SS.UU., 10 aprile 2002, cit.

¹³² Cfr. in particolare V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1966, 304; G. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, Padova, 1967, 34; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, XXXVI, 1, Milano, 1973, 159; G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1987, 91.

¹³³ Sul principio di integrale riparazione del danno, con particolare riguardo a recenti interventi normativi di limitazione al risarcimento delle micro permanenti, G. PONZANELLI, *Il diritto all'integrale riparazione del danno: il caso delle micropermanenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 535.

alla prestazione dell'assicuratore. Pensiamo alle norme contenute negli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. 209/2005) ove vengono posti limiti alla determinazione del danno biologico indennizzabile dall'assicuratore. Con riferimento alla prestazione dell'assicuratore, nonostante la lettera dell'art. 1905, risulta allora più corretto parlare di indennizzo, piuttosto che di risarcimento.

Tale indennizzo sarà delimitato nel suo ammontare dall'entità del danno, come espresso nell'articolo in esame, ma ciò non importa una sovrapposizione tra credito risarcitorio e credito indennitario.

Il *quantum debeatur* è determinato in concreto delle parti e, in caso di disaccordo tra le stesse, la questione potrà essere rimessa alla decisione del giudice. È comunque frequente la presenza, nelle condizioni di polizza, di clausole che rimettono la determinazione del danno e quindi dell'entità della prestazione dell'assicuratore ad un collegio di periti.

Quanto al principio indennitario si ritiene che in base all'art. 1905, appunto, l'assicurato non dovrà ricevere somme in eccesso rispetto all'entità del danno sofferto. Simile principio sarebbe fondato sulla necessità di evitare comportamenti non prudentziali dell'assicurato stesso improntati ad una logica di "*Moral Hazard*". Alla luce delle nuove esigenze assicurative, la dottrina ha ripensato in ordine all'assunto relativo all'inderogabilità di tale principio. Piuttosto che parlare di esistenza o meno del principio indennitario, si potrebbe però riflettere sulla sua inderogabilità. La stessa potrebbe essere assunta non in una logica formale, ma in una logica funzionale che renda veramente aderente il principio alla funzione per cui è dettato¹³⁴.

Sarebbero allora valide le clausole poste in deroga all'art. 1905 laddove sussistano dei correttivi che arginino il rischio di "*Moral Hazard*"¹³⁵.

Dubbi di legittimità costituzionale sono stati a suo tempo sollevati in ordine all'art. 5 della L. 57/2001 sul risarcimento delle micro permanenti. In particolare si rilevata il contrasto della norma con un principio di riparazione integrale dei danni alla persona sussumibile all'interno dell'art. 2 Cost. in quanto corollario del riconoscimento del diritto alla salute quale valore di rango costituzionale al quale deve riconoscersi tutela piena sotto ogni profilo e quindi anche sul piano risarcitorio. Tra i giudici che hanno sollevato questione di costituzionalità in relazione alla norma in esame si può ricordare G.d.P. Roma, 14 gennaio 2002, in *Giur. it.* 2002, 291 con nota di nota M. BONA, *L'art. 5 l. n. 57 del 2001 perviene all'esame della Consulta: profili di illegittimità costituzionale dei criteri di liquidazione del danno biologico*; in *Danno e resp.*, 2002, 309 con nota di G. PONZANELLI. Il problema è stato posto anche prima dell'entrata in vigore della L.57/2001. Cfr. F. D. BUSNELLI et AL., *Osservazioni sul disegno di legge "unificato" per la riforma dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore*, in *Foro it.*, 1991, V, 447; C. CASTRONOVO, *Danno biologico- Un itinerario giurisprudenziale*, Milano, 1998, XIV.

Il principio dell'integrale riparazione del danno acquisterebbe poi particolare rilevanza in ipotesi di lesione di diritti fondamentali. Come ha osservato la Corte Costituzionale in una delle sue storiche sentenze sull'art. 2059: "*quand'anche si sostenesse che il riconoscimento, in un determinato ramo dell'ordinamento, di un diritto subiettivo non esclude che siano posti limiti alla sua tutela risarcitoria...va energicamente sottolineato che ciò, in ogni caso, non può accadere per i diritti e gli interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali*": così C. Cost., 14 luglio 1986 n. 184, in *Foro it.*, 1986, II, 2067.

¹³⁴ Come già affermava, con riferimento al problema della inderogabilità delle norme sulla forma, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, dovrebbe essere possibile "*una gamma intermedia tra l'inderogabilità e la derogabilità*".

¹³⁵ Cfr. V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione: disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, 192-194.

Così in caso di cumulo di risarcimento e indennizzo non dovrebbe esservi violazione del principio indennitario, inteso appunto in funzione di un contenimento di condotte non ispirate a logiche prudenziali, in quanto l'obbligazione risarcitoria non potrà determinarsi per volontà del danneggiato. Il danno dovrà essere determinato dall'atto o fatto del terzo; potrà solo ammettersi un concorso della vittima che verrà considerato nella quantificazione del danno.

Quanto alla posizione debitoria del responsabile, ove il danneggiato sia stato indennizzato dall'assicuratore contro gli infortuni, escludere l'obbligazione risarcitoria del responsabile sulla base dell'assunto di un divieto di cumulo tra le due poste (risarcitoria e indennitaria) inciderebbe sulla funzione deterrente della responsabilità civile a meno che, come solitamente avviene in caso di polizze infortuni stipulate dal datore di lavoro per conto dei propri dipendenti con premio a carico del datore di lavoro, l'indennizzo non sia stato corrisposto grazie all'intervento anche economico del danneggiante.

4. D&O Insurance e assicurazione RCO

Con il termine polizze D&O si indica la *Directors and Officers Liability Insurance*¹³⁶ ovvero polizze che coprono il rischio di responsabilità di soggetti che coprono cariche direttive all'interno di una società. Si differenzia così dalla RCO con cui si copre la responsabilità del datore di lavoro che potrà essere una persona fisica (si pensi al libero professionista) oppure una persona giuridica (una società).

Di norma la polizza è stipula nella formula per conto: contraente è l'ente per cui l'assicurato opera e assicurati sono le persone fisiche che sono state, sono o saranno nominate: amministratore unico; consigliere di amministrazione; amministratore di fatto; membro del consiglio direttivo o dell'organismo sociale equivalente; membro del consiglio di sorveglianza; membro del consiglio di gestione; membro del comitato di controllo sulla gestione; revisore contabile; membro effettivo o supplente del collegio sindacale; direttore generale; "director & officer"; dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (262/2005); dirigenti o dipendenti con deleghe speciali da parte del consiglio di amministrazione della società o riconosciuti responsabili quali amministratori di fatto; membri dell'organismo speciale di vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/2001; persona responsabile della sicurezza ai sensi del d.lgs. 81/2008 e successive modifiche; persona responsabile del trattamento dei dati personali ai sensi del d.lgs.196/2003. Di norma sono compresi nel novero degli assicurati gli eredi e aventi diritto degli assicurati, ogni dipendente passato, attuale o futuro della società limitatamente ai sinistri in materia di lavoro.

¹³⁶ Lo sviluppo delle polizze D&O viene fatto risalire alla fine degli anni '30 nel periodo della grande crisi per poi avere un'ampia diffusione negli anni '70 con un periodo di crisi negli anni '80. D. M. GISCHE, V. FISHMAN, *Directors and Officers Liability Insurance Overview*, in <http://www.cnapro.com/pdf/D&O-InsOvrvu.pdf>; R. ROMANO, 1989, *What Went Wrong With Directors' and Officers' Liability Insurance?*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, Number 1, Volume 14., 1 ss. e in particolare 16 ss.

Quanto alla individuazione del sinistro si introduce di norma una copertura claim's made con una retroattività fino a cinque anni dalla stipula e con possibili periodi di ultrattività. Per richiesta di risarcimento si intendono in genere: la richiesta scritta di risarcimento per danni ad eccezione delle richieste dell'assicurato o della società; il procedimento civile, il procedimento penale intrapreso mediante denuncia o querela; il procedimento amministrativo intrapreso con un provvedimento formale avanzato per la prima volta durante il periodo assicurativo nei confronti di un assicurato in conseguenza di un atto dannoso.

Tra le richieste risarcitorie vi possono essere anche quelle relative a cause di lavoro ovvero la richiesta di risarcimento avanzata da un dipendente o da un assicurato passato, attuale o potenziale o comunque avanzata da un'autorità competente in materia lavorativa, basata su o in conseguenza di licenziamento ingiustificato, cessazione, inadempienza del contratto di lavoro, "mobbing", diffamazione, maltrattamenti, grave mancanza di considerazione o violazione di leggi sul lavoro in tema di discriminazione. Da qui la connessione con la assicurazione per la responsabilità civile del datore di lavoro.

Sono garantite le richieste risarcitorie che pervengono durante il periodo di validità della polizza (e del c.d. *Discovery Period*, se previsto) relative ad atti commessi durante il periodo di validità della polizza (e del periodo di retroattività, se previsto). Per *Discovery Period* si intende un termine di estensione della durata ove previsto. Nel caso in cui la polizza non venisse rinnovata o dovesse cessare per motivi diversi dal mancato pagamento del premio o dell'avvenuta risoluzione per dolo, la società e/o gli assicurati avranno la facoltà di richiedere un'estensione del periodo del termine per la denuncia del sinistro secondo i termini stabiliti in polizza e che per comodità andiamo a evidenziarvi. Tale è appunto il c.d. *Discovery Period*.

La polizza per la responsabilità civile degli amministratori tiene indenne l'assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare quale civilmente responsabile, per perdite pecuniarie derivanti da richiesta di risarcimento avanzata da terzi, compresa la società, nei confronti dell'assicurato in seguito ad un atto illecito, reale o presunto, commesso dall'assicurato, anche per il caso di colpa grave, nell'esercizio delle mansioni di amministratore, sindaco o dirigente della società e come disciplinato nella definizione di assicurato nelle condizioni di polizza. Il danno coperto è individuato nell'importo che ogni assicurato è tenuto a versare singolarmente o solidalmente, in conseguenza di qualsiasi sinistro, comprese: le spese legali; spese di rappresentanza legale; le spese di pubblicità; i danni riconosciuti da sentenza, lodo arbitrale, transazione giudiziaria o stragiudiziaria, inclusi i "danni punitivi o esemplari" così come riconosciuti in alcune giurisdizioni, ad eccezione dei sinistri in materia di lavoro.

Si individuano di norma due livelli di copertura D&O: nel caso in cui sia compresa la c.d. *Indemnity clause* la compagnia tiene indenne gli assicurati per gli importi che sono tenuti a versare in conseguenza di richieste di risarcimento avanzate nei loro confronti

Nel caso in cui sia compresa la *Company Reimbursement Clause* la compagnia rimborsa la società nel caso e nella misura in cui la stessa ha indennizzato il danneggiato per responsabilità ascrivibili agli assicurati.

Le esclusioni più comuni riguardano invece: azioni od omissioni fraudolente o dolose con anticipo spese legali fino al riconoscimento del fatto doloso; compensi, benefici personali degli assicurati; lesioni a persone/danni a cose; inquinamento con *carve-back* spese legali; assicurazioni precedenti: fatti o circostanze comunicate per iscritto su altre assicurazioni; sinistri precedenti; gestione fondi pensione; emissione titoli; sinistri avanzati da congiunti salvo in qualità di soci/azionisti.

La polizza offre maggiori garanzie al danneggiato¹³⁷, ma non sono mancate voci dissonanti sulla sua liceità in quanto in astratto idonea ad incentivare condotte imprudenti degli assicurati¹³⁸. La verità è che qui si possono ripetere le osservazioni storiche già riportate sul basso effetto antideterrente delle coperture nei limiti del responsabilità per dolo che è appunto esclusa secondo quanto imperativamente disposto all'art. 1917. Oltre all'esclusione per il caso del dolo, l'apposizione di *franchise* e scoperti nonché l'individuazione come condizioni di assicurabilità dell'adozione di particolari modelli di *compliance* può svolgere una funzione addirittura di prevenzione di eventuali errori e favorire una corretta attività gestionale e direttiva.

E nel presente dibattito ritroviamo le passate discussioni sulla liceità del contratto di assicurazione contro la responsabilità civile che non dovrebbero essere dimenticate, non tanto per un vezzo di arricchimento culturale, ma per la loro attualità.

¹³⁷ U. TOMBARI, *L'assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, in *BBTC*, 1999, 196.

¹³⁸ Si veda A. GAMBINO, *La valutazione del rischio della responsabilità civile di amministratori e managers nelle società per azioni*, in *Assicurazioni*, I, 1994, 130 e ss.; C. GRANELLI, *L'assicurazione della responsabilità civile dei componenti l'organo di gestione di società di capitali*, in *Resciv.*, 2005, 102 e ss.; D. REGOLI, *Le polizze assicurative professionali: nuovi profili*, in AA.VV., *Responsabilità societarie e assicurazione*, a cura di Montalenti, Giuffrè, Milano, 2009, 103 e ss.; C. RUSSO, *L'assicurazione di responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci*, in *Assicurazioni*, I, 2000, 142 e ss.; P. TESSORE, *Le coperture assicurative della responsabilità di amministratori, sindaci e revisori nel mercato italiano*, in AA.VV. *Responsabilità societarie e assicurazione*, cit., 131 e ss.; U. TOMBARI, *ocit.*, 180 e ss..

Autonomia negoziale e destinazione delle spoglie umane.

di Leonardo Dani*

Abstract IT: *Il contributo, prendendo spunto dalla decisione della Suprema Corte, prende in considerazione gli atti con i quali è possibile scegliere il luogo e le modalità di trattamento delle proprie spoglie, con particolare attenzione al testamento, agli atti di ultima volontà diversi da esso e al mandato post mortem, analizzandone la compatibilità con i principi e i divieti propri della materia successoria.*

Abstract EN: *Drawing inspiration from the Supreme Court's decision, the essay examines the acts through which one can choose the place and manner of treatment of their remains, with particular attention to wills, other unilateral acts and post-mortem mandates, analyzing their compatibility with the principles and prohibitions inherent in succession law.*

Cass. civ., sez. I, 13 luglio 2022, n. 22180: *“La scelta del luogo e delle modalità della sepoltura spetta innanzitutto al de cuius, la cui volontà può essere espressa in qualunque modo e può essere provata anche per testimoni. Solo in mancanza di un’espressa manifestazione di volontà la scelta spetta ai congiunti più prossimi del de cuius, con prevalenza dello ius coniugii sullo ius sanguinis”.*

Sommario: 1. Il caso. – 2. Il diritto a scegliere la destinazione delle proprie spoglie mortali. – 3. Disposizioni testamentarie ed esercizio dello *ius eligendi sepulchrum*. – 4. Atti di ultima volontà non testamentari e destinazione delle spoglie umane. – 5. (*Segue*) Il ricorso al mandato *post mortem*. – 6. Considerazioni conclusive e spunti di riflessione.

1. Il caso.

Tizio, vedovo di Tizia, agiva in giudizio chiedendo che le spoglie della moglie, seppellita nel luogo della sua famiglia di origine, venissero spostate presso il luogo di residenza della coppia. La Corte di Appello di Cagliari, confermando la decisione di primo grado, respingeva la domanda attorea, ritenendo

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Firenze.

maggiormente attendibili, al fine di ricostruire la volontà della *de cuius*, le risultanze istruttorie di parte convenuta, che consistevano nelle dichiarazioni testimoniali richieste dalla sorella di Tizia e prestate da persone a lei vicine nell'ultimo periodo di vita. Avverso la decisione d'appello, Tizio proponeva ricorso per Cassazione, sostenendo, tra le altre, che i giudici di secondo grado, in assenza di una disposizione testamentaria di Tizia, avessero errato nel non considerare la volontà espressa dal coniuge superstite in ordine al luogo di sepoltura, dando prevalenza, invece, alla volontà espressa da altri parenti. La Suprema Corte, rigettando il ricorso, ha affermato – in linea con l'orientamento ormai consolidato – che la decisione in ordine al luogo e alle modalità della sepoltura spetta ai congiunti più prossimi del *de cuius* (con prevalenza dello *ius coniugii* sullo *ius sanguinis*) solo in mancanza, da parte di quest'ultimo, di un'espressa manifestazione di volontà, la quale, peraltro, può essere resa non solo per testamento, ma «in qualunque modo», anche tramite il ricorso allo schema del mandato *post mortem exequendum*.

2. Il diritto a scegliere la destinazione delle proprie spoglie mortali.

La decisione in oggetto offre l'occasione per svolgere alcune considerazioni sul dibattuto tema delle modalità con le quali è possibile validamente manifestare la volontà in ordine alle sorti delle proprie spoglie.

A venire in rilievo è l'esercizio del diritto di scegliere le modalità e il luogo della propria sepoltura (c.d. *ius eligendi sepulchrum*), cioè un diritto della personalità che – come ritenuto da una ormai consolidata giurisprudenza¹ e ribadito dalla decisione in commento – trova fondamento nel potere di autodeterminazione della persona². In questa prospettiva, la decisione relativa alla destinazione della propria salma risponde all'esigenza di soddisfare un bisogno esistenziale della persona, legato all'esercizio della libertà di pensiero, di coscienza e di religione, che trova un espresso riconoscimento sia a livello costituzionale (artt. 2 e 19) che europeo (artt. 9 della Cedu e 10 della Carta di Nizza)³.

¹ Cass. civ., 27 marzo 1958, n. 1033, in *Foro it.*, 1958, I, c. 529 ss., spec. 531; Cass. civ., 9 maggio 1969, n. 1584, in *Foro it.*, 1969, c. 3193 ss.; Cass. civ., 21 novembre 1970, n. 2475, in *Giur. it.*, 1971, I, 1021 ss.; Cass. civ., 4 aprile 1978, n. 1527, in *Foro it.*, 1978, c. 2524 ss.; Cass. civ., 13 marzo 1990, n. 2034, in *dejure* online; Cass. civ., ord. 14 novembre 2019, n. 29548, in *dejure* online; Cons. St., Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 194, in *giustiziaamministrativa.it*.

² Invero, non si dubita che il diritto di scegliere il luogo e il modo della sepoltura del defunto spetti ai suoi prossimi congiunti solo in via sussidiaria, cioè in mancanza di un'espressa manifestazione di volontà del *de cuius*. Secondo alcuni, poi, tale diritto ha un'estensione meno ampia rispetto a quello dell'individuo alla destinazione dei propri resti mortali, in quanto il loro ventaglio di scelte circa il trattamento del cadavere sarebbe limitato al solo luogo della sepoltura, non potendo riguardare anche destinazioni diverse da essa, come è a dirsi, ad esempio, per la cremazione. Cfr., G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, in *Tratt. dir. succ. don.*, dir. da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 819.

³ Cfr. A. COCCO, «Ius effugendi sepulchrum». *Disposizioni in favore (della dispersione) dell'anima*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2020, 547. Al riguardo, è dato ritenere che sia proprio la connessione con tali valori ad imporre di riconoscere una spiccata rilevanza alla volontà del soggetto, senza che

Sicché, è proprio la stretta connessione dello *ius eligendi sepulchrum* con la sfera identitaria della persona che spiega perché la volontà del *de cuius* debba prevalere sulla eventuale diversa determinazione dei superstiti, il cui potere di scelta può essere esercitato solo qualora il defunto, in vita, non abbia espresso alcuna volontà⁴. Infatti, l'attribuzione ai familiari di un simile potere è giustificata dall'esigenza, dallo spiccato carattere pubblicistico, di dare ai resti umani una sistemazione; ma tale decisione, oltre a dover rispondere all'esigenza di preservare la pubblica igiene, deve essere conforme alla presunta volontà del *de cuius*. È per tale ragione che un simile potere viene riconosciuto non già agli eredi, ma agli appartenenti al nucleo familiare del defunto, sul presupposto che tra il *de cuius* e i membri superstiti della sua famiglia vi sia comunanza di valori⁵. Così, il diritto di scegliere le modalità e il luogo della propria sepoltura si distingue concettualmente dalle altre situazioni giuridiche tradizionalmente ricondotte al c.d. «diritto di sepolcro»⁶, ossia posizioni di prevalente origine consuetudinaria e tra loro molto diverse⁷. Infatti, non solo esso si differenzia dal diritto *sul* sepolcro⁸, cioè quel particolare diritto reale sul manufatto sepolcrale assimilabile al diritto di superficie⁹; ma deve essere tenuto distinto anche dallo

possano assumere rilevanza eventuali differenziazioni dettate da motivi religiosi. In questa prospettiva, la tutela giuridica apprestata dall'ordinamento opera indipendentemente dall'esistenza di un'intesa tra la confessione religiosa e lo Stato, nonché dalle preclusioni che talune religioni possono imporre allo svolgimento di certi riti.

⁴ Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, t. I, Milano, 1973, rist. spec., 190; F. CARRESI, voce *Sepolcro (Diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, s.d., ma 1970, 33 ss.; A. ANSALDO, voce *Sepolcro*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, XVIII, s.d. ma 1998, 453 ss.; P. PERLINGIERI, *Sul diritto ad essere inumato nella cappella «familiare»*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1056; G. BONILINI, *Il diritto, sussidiario, dei familiari in merito alla sepoltura del congiunto*, nota a Trib. Velletri, Sez. I, 1° marzo 2019, n. 391, in *Fam. dir.*, 2, 2020, 145 ss.

⁵ B. CORMIO, *Diritto di scelta della sepoltura*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1261.

⁶ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 814 ss.

⁷ Sul tema, *ex multis*, A. REINA, *Contributo alla classificazione analitica dei diritti di sepolcro*, Milano, 1947, 19 ss.; C.A. FUNAIOLI, *Osservazioni sul diritto di sepolcro*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1414 ss.; D. PIROZZI, voce *Sepoltura*, in *Enc. giur.*, XV, II, sez. I, Milano, 1915, 661 ss.; M. PETRONE, voce *Sepolcro e sepoltura*, (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 24 ss.; A.C. JEMOLO, *Fondamenti del diritto di sepolcro*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 53 ss.; F. CARRESI, voce *Sepolcro*, cit., 33 ss.; G. MUSOLINO, *Il diritto di sepolcro: un diritto al plurale*, in *Riv. not.*, 2001, 471 ss.; ID., *Il diritto di sepolcro*, in *Riv. Dir. civ.*, 2009, 63 ss.; P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 434 ss.; A. SPATUZZI, *Brevi note in tema di diritto di sepolcro*, in *Vita not.*, 2009, 1769 ss.

⁸ Il termine «sepolcro» indica il luogo destinato ad accogliere, mediante la sepoltura, i resti della persona defunta. Esso può essere collocato sottoterra (tumulo), oppure da essa elevato, in tal caso parlandosi di loculo, sarcofago o nicchia. Così, G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., 789-790; M. PETRONE, *op. cit.*, 24; ma anche A. ANSALDO, voce *Sepolcro*, cit., 453. Secondo la definizione di Ulpiano, «*sepulchrum est ubi corpus ossame hominis condita sunt*»; «*sepulcri autem appellatione omnem sepolturae locum contineri existimandum est*» (D. 11, 7, 25; D. 47, 12, 3, 2).

⁹ Al riguardo, cfr. G. MUSOLINO, *Il diritto di sepolcro*, cit., 475 ss.; G. PUGLIESE, *Superficie*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro terzo. Della proprietà (Art. 810-956)*, Bologna-Roma, 1976, 1414 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 25 maggio 1983, n. 3607, in *Foro it. Rep.*, voce *Sepolcro*, n. 2; Cass. civ., 30 maggio 1984, n. 3311, in *Riv. giur. edil.*, 1984, IV, 647 ss.; Cass. Sez. un., 7 ottobre 1994, n. 8197, in *Notariato*, 1996, 355 ss., con nota di G. Scarano, *Il c.d. «diritto al sepolcro»*; Cass. civ., 15 settembre 1997, n. 9190, in *Foro it. Mass.*, 1997, 904; Cass.

ius sepulchri propriamente detto, il quale presuppone che taluno sia titolare di un determinato manufatto funerario e che, a seconda del suo contenuto e dei soggetti che possono esercitarlo, può assumere le vesti di diritto al sepolcro primario («*ius sepeliendi*») o diritto al sepolcro secondario¹⁰. Situazione giuridica, quest'ultima, che tutela il sentimento di *pietas* di coloro che sono legati al *de cuius* da un rapporto di tipo familiare o affettivo, ai quali viene attribuita la facoltà di accedere al luogo di sepoltura e di opporsi agli atti di violazione del sepolcro o all'offesa della memoria di chi vi riposa¹¹.

Il diritto primario di sepolcro consiste invece nella facoltà che taluno ha di essere seppellito in un determinato manufatto oppure di seppellirvi altri («*ius inferendi mortuum in sepulchrum*»)¹² e può assumere carattere c.d. *familiare*, oppure *ereditario*: nella prima ipotesi i titolari del diritto sono gli appartenenti alla cerchia familiare del *de cuius*¹³, indipendentemente dalla loro qualifica di eredi, mentre nel sepolcro

civ., 15 giugno 1999, n. 5823, in *dejure* online; Cass. civ., 10 gennaio 2019, n. 467, in *dejure* online. In dottrina non mancano tuttavia opinioni diverse, che tendono a qualificare il sepolcro come diritto di servitù: P. DEL PRETE, *Natura giuridica dei cimiteri e diritti del concessionario*, in *Giur. it.*, 1939, III, 5 ss.

¹⁰ Tali distinzioni sono ormai accolte pacificamente. Per una trattazione approfondita si vedano, tra gli altri, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 814 ss.; M. PETRONE, *op. cit.*, 28 ss.; A. COCCO, «*Ius effugendi sepulchrum*», cit., 534 ss.; M.R. MOTTOLA, *Sepolcro*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2013, 682 ss.; M. PUCCI, *Osservazioni in tema di diritto di sepolcro*, in *Corti ombre*, 2013, 810 ss.

¹¹ Cfr. A. REINA, *Contributo*, cit., 95; M. PETRONE, *op. cit.*, 31; G. CAPOZZI, *op. cit.*, 816; F. CARRESI, voce *Sepolcro*, cit., 35 ss., secondo il quale tale diritto difetta del potere di uso sulla cosa che consentirebbe di riconoscergli il carattere della realtà. Al contrario, secondo l'A. esso sarebbe qualificabile come diritto personale di godimento spettante a determinati soggetti, indipendentemente dalla titolarità del diritto reale sul sepolcro o del diritto primario. In merito, v. anche A. ARFANI, *Il diritto al sepolcro*, nota a T.A.R. Pescara, Sez. I, 3 dicembre 2014, n. 481, in *Fam. Dir.*, 2016, 187 ss.

¹² La possibilità di far seppellire i propri cari nel sepolcro sussiste, com'è evidente, solo qualora il manufatto rilevi come sepolcro collettivo, cioè destinato – già nell'atto di fondazione – ad accogliere le salme di più persone. Al riguardo, si può ritenere che la disposizione testamentaria con cui il titolare del diritto attribuisca ad altri lo *ius sepulchri* sia qualificabile come legato. Ma, affinché ciò sia possibile è necessario che il fondatore non abbia riservato tale diritto per sé e per i propri familiari, oppure, trattandosi di sepolcro familiare, quando il testatore sia l'ultimo membro della sua famiglia (circostanza, questa, al verificarsi della quale il diritto primario di sepolcro da familiare si trasforma in ereditario). Sul tema, cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 819-820.

¹³ Viste le profonde modifiche che il concetto di famiglia ha subito negli ultimi anni, emerge la necessità di individuare i soggetti che attualmente possono rientrare nella cerchia dei familiari aventi diritto al sepolcro. Al riguardo, in seguito all'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016, n. 76, si può ritenere, come recentemente affermato (cfr. M. RAMUSCHI, *Su alcune variazioni in tema di sepolcro*, nota a Cass. 20 agosto 2019, n. 21489, in *Dir. fam. pers.*, 3, 2020, 704 ss.; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza. Aggiornato alla legge 20 maggio 2016, n. 76 (G.U. n. 118 del 21 maggio 2016)*, Padova, 2016, 214 ss.), che la nozione di famiglia qui rilevante ricomprenda non solo la famiglia fondata sul matrimonio, ma anche quella originante da un'unione civile. In questo senso depone, infatti, da una parte, il dato normativo della l. n. 76/2016 che, a più riprese, tende a parificare la posizione dell'unito civilmente a quella del coniuge (cfr., ad esempio, l'art. 1, comma 12, che espressamente discorre di "vita familiare", oppure l'art. 1, comma 21, che estende la qualifica di legittimario alle parti dell'unione civile, con tutte le

ereditario il diritto spetta proprio ai successori *iure hereditatis* del fondatore, al di là della loro appartenenza alla cerchia dei suoi familiari¹⁴.

conseguenze che ne derivano in tema di quota di riserva o di diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, ecc.), dall'altra e più in generale, l'impianto assiologico dell'intero ordinamento, che suggerisce di adottare una concezione ampia di famiglia, così da dare adeguato rilievo all'«intensità giuridica e morale» che caratterizza il rapporto nascente dall'unione civile (P. ZATTI, *Introduzione al Convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1664).

Muovendosi in questa prospettiva, non appare assurdo ipotizzare altresì che anche il convivente *more uxorio* possa essere ricompreso tra i soggetti che hanno diritto alla tumulazione nel sepolcro familiare. Da tempo, infatti, è stata valorizzata la rilevanza, anche costituzionale, del legame affettivo che può instaurarsi in presenza di una convivenza stabile e duratura, così da riconoscere al convivente diritti che prima erano esclusivo appannaggio del coniuge e dei parenti (cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. III, 16 giugno 2014, n. 13654, in *Foro it.*, 2014, c. 2055; ma anche Trib. Frosinone, 21 agosto 2017, n. 1057, in *Nuova Temi Ciociara*, 2018, 31 ss., con nota di E. FERNANDES, *Ius eligendi sepulchrum e convivenza di fatto*, secondo cui, in mancanza di un'espressa volontà del defunto, il convivente *more uxorio* è il soggetto più idoneo ad esercitare, in via sussidiaria, il diritto di scelta del luogo di sepoltura del *de cuius*). Pertanto, tenuto conto dell'evidente funzione solidaristica del sepolcro familiare, non sembra affatto fuori luogo ritenere che anche nelle convivenze *more uxorio* vengano in rilievo quei valori di stretta solidarietà che giustificano l'inclusione del convivente superstite tra coloro che hanno titolo all'accoglimento dei propri resti mortali nel sepolcro familiare del convivente deceduto (cfr. G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., 855).

Infine, occorre chiedersi se il perimetro della famiglia che nel diritto di sepolcro viene in considerazione sia circoscritto ai legami retti da un vincolo di sangue, oppure se possa riconoscersi una maggiore rilevanza all'*affectio* familiare, indipendentemente dalla presenza di un vincolo parentale in senso stretto. Al riguardo, è dato rilevare che la giurisprudenza, dando seguito a una mai sopita consuetudine, sembra orientata verso l'accoglimento di una nozione ristretta di famiglia, in virtù della quale il diritto alla tumulazione spetterebbe solamente a coloro che sono legati al fondatore da un vincolo di sangue (cfr., *ex multis*, Cass. 20 agosto 2019, n. 21489, cit.; Cass., Sez. un., 28 giugno 2018, n. 17122, in *Fam. Dir.*, 2019, 392 ss.; Cass. 27 settembre 2012, n. 16430, in *Riv. not.*, 2012, 1365 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Il diritto di sepolcro nel sepolcro familiare o gentilizio*; Cass. 29 settembre 2000, n. 12957, in *Riv. not.*, 2001, 469 ss.), con conseguente esclusione, ad esempio, dei figli adottivi, dei figli adottivi dei discendenti, dei figli nati fuori dal matrimonio e di quelli incestuosi, oppure del coniuge e della parte unita civilmente dei discendenti. Tuttavia, una simile impostazione non pare avere una giustificazione apprezzabile alla luce né dell'attuale concezione di famiglia, né tantomeno dei valori solidaristici su cui si fonda, come si è detto, l'istituto del sepolcro familiare. Pertanto, appare preferibile adottare, anche in queste ipotesi, una nozione ampia di famiglia, così da poter dare adeguata rilevanza al legame affettivo che, oggi, caratterizza i rapporti familiari ben oltre quello di sangue (cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, 472 ss., il quale afferma: «Ragioni di natura socio-giuridica, ormai acquisite anche dal costume civile, inducono a non limitare al sangue la tutela familiare e individuale» (p. 474); M. RAMUSCHI, *op. cit.*, 706-707).

¹⁴ In quest'ultimo caso, lo *ius sepulchri* si acquista secondo le ordinarie regole della successione, a differenza del diritto di sepolcro gentilizio, nel quale, si ritiene, non opera un acquisto *iure successionis*, ma *iure proprio* per il solo fatto di trovarsi in un dato rapporto familiare con il fondatore. Il che rileva anche in merito al regime circolatorio: il sepolcro ereditario, infatti, è ritenuto liberamente trasmissibile sia *inter vivos* che *mortis causa*, mentre il sepolcro gentilizio è intrasmissibile, potendo unicamente costituire oggetto di rinuncia. L'attribuzione del carattere familiare o ereditario spetta al fondatore nell'atto istitutivo del sepolcro, dovendosi comunque tenere in considerazione qualsiasi circostanza che sia idonea ad accertare la sua volontà; al contempo, nel silenzio del fondatore, si ritiene che operi la presunzione per cui il sepolcro

Per quanto oggetto di interesse in questa sede, è dato rilevare come lo *ius eligendi sepulchrum* si discosti dal diritto primario di sepolcro, che, come detto, attribuisce la facoltà di essere tumulati in determinato manufatto sepolcrale. Mentre quest'ultimo presuppone la titolarità del diritto reale sul manufatto funerario e il suo esercizio si esaurisce nell'indicazione della volontà di essere *ivi* deposto, lo *ius eligendi sepulchrum* ha una portata ben più ampia, perché prescinde dalla titolarità del diritto reale e non è limitato alla facoltà di usufruire del manufatto ove insiste tale diritto. Esso, infatti, attiene innanzitutto alle modalità con cui le proprie spoglie devono essere trattate – ossia mediante sepoltura/tumulazione del cadavere, cremazione o destinazioni diverse¹⁵ – e solo in un secondo momento coinvolge la scelta in ordine al luogo dell'ultimo riposo, il quale solo eventualmente può coincidere con la cappella funeraria oggetto dello *ius sepeliendi*.

Tuttavia, sebbene le due situazioni giuridiche non siano pienamente sovrapponibili, essendo diverso il loro ambito applicativo, si può ritenere che l'esercizio del diritto primario di sepolcro costituisca, al contempo, espressione della (più) generale facoltà di scegliere il luogo e il modo della propria sepoltura, ossia del c.d. *ius eligendi sepulchrum*. Circostanza, questa, che, da una parte, dimostra che le situazioni giuridiche patrimoniali – come è il diritto reale sul manufatto – possono essere deputate primariamente al soddisfacimento di interessi di natura esistenziale¹⁶, dall'altra conferma, contrariamente a quanto tradizionalmente affermato¹⁷, il carattere non già patrimoniale, ma personale dello *ius sepeliendi*¹⁸.

deve intendersi familiare (*sibi familiaeque suae*). Occorre ricordare, inoltre, che il sepolcro non solo può sorgere *ab initio* come ereditario, ma può anche diventarlo in un momento successivo, quando si estingue il ramo familiare, cioè a seguito del decesso dell'ultimo componente della cerchia familiare. In questa ipotesi, infatti, la classe degli aventi diritto, a titolo familiare, alla sepoltura viene meno e il sepolcro muta il proprio regime, divenendo appunto ereditario (in argomento, cfr. G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., 800 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 818-819; M. PETRONE, *op. cit.*, 32 ss.).

¹⁵ Si è infatti correttamente rilevato (A. COCCO, «*Ius effugendi sepulchrum*», cit., 548) che anche la volontà in ordine alla dispersione delle ceneri si configura come «un modo (sia pure di non essere) della sepoltura», costituendo dunque esercizio dello *ius eligendi sepulchrum*. Il che lascia intendere che anche la scelta di essere cremati costituisca esercizio di tale diritto.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *La funzione sociale della proprietà nel sistema italo-europeo*, in *Le Corti Salernitane*, 2016, 175 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 295.

¹⁷ In giurisprudenza è comune l'affermazione per cui tale diritto, sia pure con connotati peculiari dovuti alla natura delle *res* custodite nel sepolcro (i resti umani), avrebbe natura reale e pertanto patrimoniale, con la conseguenza di considerarlo trasmissibile sia *inter vivos*, a titolo gratuito od oneroso, sia per atto *mortis causa*. In questo senso, *ex multis*, TAR Abruzzo Pescara, 3 dicembre 2014, cit.; Cass., Sez. un., 7 ottobre 1994, n. 8197, cit.; Cass., Sez. un., 25 luglio 1964, n. 2063, in *Giust. civ.*, 1965, 78; Cass., Sez. un., 28 dicembre 1961, n. 2835, in *Giur. it.*, 1963, 245, con nota di A.C. JEMOLO, *Atti di concessione ed interessi nascenti*; Cass. civ., 20 agosto 2019, n. 21489, cit.; Cass. Sez. un., 28 giugno 2018, n. 17122, in *Fam. dir.*, 2019, 392 ss., con nota di M. BOSELLI, *La vis expansiva dell'institutio ex re certa, e il legato di usufrutto generale, in relazione allo ius sepulchri*.

¹⁸ L'orientamento tradizionale, secondo cui il diritto primario di sepolcro avrebbe natura reale, suscita alcune perplessità: da una parte una simile qualificazione sembra porsi in contrasto con

3. Disposizioni testamentarie ed esercizio dello *ius eligendi sepulchrum*.

Svolte queste precisazioni, è opportuno analizzare il rapporto che intercorre tra lo *ius eligendi sepulchrum* e l'autonomia privata.

L'attenzione non può non rivolgersi, innanzitutto, al testamento, che, com'è noto, rappresenta il veicolo naturale – o quantomeno il più frequente – per l'emissione delle ultime volontà, di carattere sia patrimoniale che non patrimoniale¹⁹.

Ed è proprio entro quest'ultima categoria che paiono doversi ricondurre le disposizioni aventi a oggetto la scelta del luogo e delle modalità di trattamento delle proprie spoglie, vista la natura squisitamente esistenziale degli interessi alla cui soddisfazione esse sono dirette, oltretutto distanti dalla predisposizione di un assetto regolatorio del patrimonio relitto. Tale qualificazione non pare poter essere confutata neppure quando l'esecuzione dell'atto presupponga o determini lo svolgimento di prestazioni suscettibili di valutazione economica, le quali rilevano come elementi meramente accidentali e strumentali alla realizzazione degli interessi del *de cuius*, la cui natura intima e immateriale non viene modificata dalla presenza di eventuali costi nascenti dall'esecuzione della disposizione. La patrimonialità della prestazione, infatti, non può modificare, di per sé, il carattere non patrimoniale dell'interesse sotteso al singolo atto; pertanto, anche qualora gli eredi debbano sostenere un sacrificio economico (si pensi ai costi della sepoltura), questo deve intendersi solo come un mezzo per la realizzazione

il principio di tipicità dei diritti reali, dall'altra non considera che l'interesse che con lo *ius sepeliendi* viene tutelato (quello alla tumulazione in uno specifico sepolcro) trova piena realizzazione – e quindi può considerarsi estinto – una volta che il defunto venga in quel *locus* tumulato (cfr. F. CARRESI, voce *Sepolcro*, cit., 35; A. REINA, *Contributo*, cit., 60 e, di recente, M. RAMUSCHI, *Su alcune variazioni in tema di sepolcro*, cit., 700). Pertanto, appare preferibile riconoscere a tale situazione giuridica natura personale, tenendo distinto il diritto reale avente ad oggetto la *res*, ossia il manufatto funerario, dal diritto ad essere in quel sepolcro tumulato (*ius sepeliendi*). Quest'ultimo dipende infatti dalla particolare destinazione data alla cosa (ossia la custodia dei resti umani), ma non trae da essa anche la natura, che pare da considerarsi, invece, di «diritto d'uso di natura personale» (F. CARRESI, *op. cit.*, 35; M. RAMUSCHI, *op. cit.*, 730). Rileva P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 481-482 che il diritto all'inumazione «non va confuso con l'aspetto patrimoniale gestorio, che, nella fisionomia dell'istituto, assume un rilievo complementare e del tutto relativo». In giurisprudenza, sul carattere personale del diritto di essere seppelliti in un dato sepolcro, v. Cass., 15 settembre 1997, n. 9190, cit.; Cass., 10 gennaio 2019, n. 467, cit.

¹⁹ Da una breve analisi degli archivi notarili è possibile rilevare che le clausole relative alla sepoltura sono particolarmente frequenti, e spesso le prime disposizioni del negozio, seguite dalle prescrizioni di carattere patrimoniale. Un simile dato, maggiormente evidente nei testamenti in forma olografa, rappresenta un utile indicatore di come, sul piano sociale, l'esigenza di disciplinare le proprie esequie sia avvertita addirittura con maggiore urgenza rispetto alla necessità di dettare le regole relative alle sorti del proprio patrimonio. Per la lettura di alcuni significativi esempi, vedi S. DE MATTEIS, *In piena facoltà... Tradimenti, denari e vendette: tutto quello che la gente scrive nei testamenti*, Milano, 2006, *passim*.

dell'interesse concreto che è alla base della singola disposizione, senza incidere sulla natura dello stesso²⁰.

Ciò posto, la decisione della Suprema Corte si pone in linea di continuità con l'orientamento, ormai consolidato, ad avviso del quale le disposizioni in oggetto possono essere contenute in un testamento pur in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso. Si è chiarito, infatti, che le disposizioni di carattere non patrimoniale, di cui all'art. 587, secondo comma, c.c., possono essere validamente espresse in forma testamentaria anche al di là dei casi in cui la legge lo preveda²¹, purché nei limiti di liceità e meritevolezza secondo l'ordinamento giuridico²².

Muovendosi in questa logica, è dato ritenere che il testatore possa altresì accompagnare la scelta in ordine alla destinazione della propria salma da una clausola mediante la quale conferisce a una persona di fiducia l'incarico a curare il trattamento delle proprie spoglie mortali (c.d. mandato testamentario)²³. Tale ulteriore disposizione, anch'essa di carattere non patrimoniale, è diretta ad attribuire a un terzo un potere gestorio per la realizzazione degli intimi e personali interessi del *de cuius*. Essa, com'è stato rilevato²⁴, non può essere propriamente ricondotta allo schema del mandato *ex artt.* 1703 ss. c.c. in quanto, sebbene l'incaricato svolga un'attività ad esso assimilabile, non integra un contratto, vista l'unilateralità dell'atto di conferimento del potere e l'assenza un procedimento negoziale idoneo alla formazione di un accordo²⁵.

²⁰ V. PUTORTÌ, *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 791-792; G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 764, nota 105.

²¹ Cfr., *ex multis*, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 11 ss.; G. BONILINI, *Le disposizioni non patrimoniali. Introduzione*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, cit., II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 967 ss.; V. CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, 756. *Contra*, F.S. AZZARITI – G. MARTINEZ – GIU. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazione*, Padova, 1979, 358.

²² G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità del testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, II, 500 ss.; V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, 106 ss.; A.A. CARRABBA, *Pianificazione successoria, disposizioni testamentarie e destinazioni: articolazioni del patrimonio e contrattualizzazioni nell'atto di ultima volontà*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 81, il quale precisa che il giudizio di meritevolezza (così come quello di liceità) deve riguardare le disposizioni testamentarie singolarmente considerate e la loro concreta funzionalità alla luce degli interessi coinvolti.

²³ Cfr., per tutti, V. PUTORTÌ, *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Persona e Mercato*, 3, 2012, 137 ss.; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 122 ss.

²⁴ V. PUTORTÌ, *op. ult. cit.*, 138-139; ID., *Disposizioni mortis causa*, cit., 796.

²⁵ In tali ipotesi, infatti, manca l'incontro tra le volontà delle parti, dato che l'atto avente la funzione di accettazione interviene solo dopo la morte del destinatario della proposta. Il che induce, da una parte, a considerare inapplicabili gli artt. 1329 e 1330 c.c., che stabiliscono la «ultrattività» della proposta quando questa sia irrevocabile o funzionale all'esercizio dell'attività d'impresa; dall'altra, a ritenere che l'eventuale irrevocabilità di una clausola testamentaria contenente una proposta del genere sarebbe non solo contraria al principio della libertà di disporre per il tempo successivo alla propria morte, ma anche discordante con la natura degli

Al contrario, disposizioni di questo tipo sembrano più propriamente assimilabili ai negozi autorizzativi, unilaterali, recettizi e sempre liberamente revocabili, tramite i quali viene conferito a terzi un determinato potere gestorio. Sicché è alle regole e ai principi relativi a tale tipologia di negozi che pare doversi guardare per valutare la validità e l'efficacia di tali disposizioni *mortis causa*, nonché la loro compatibilità con lo strumento testamentario²⁶.

Non solo, ma vista la stretta connessione degli interessi sottesi a tali fattispecie con la sfera intima e personale del testatore, nonché l'affinità delle attività oggetto di incarico con quelle proprie del mandato *ex contractu*, la disciplina applicabile ai negozi in esame – e al rapporto da essi derivante – non pare poter essere tratta unicamente dalle regole dettate in materia testamentaria, ma, al contrario, potrà derivare dalla combinazione tra le regole proprie dell'atto di ultima volontà – in particolare i principi di unilateralità, personalità e revocabilità dell'atto, spontaneità del volere e vizi della volontà – e le norme di cui agli artt. 1703 ss. c.c.²⁷

Si è infatti autorevolmente affermato che l'individuazione della disciplina del caso concreto non deve avvenire mediante un acritico ricorso al metodo della sussunzione, bensì attraverso un'attenta analisi degli interessi sottesi al negozio e, dunque, alla sua funzione²⁸. Il che sottintende l'esigenza di non fermarsi all'applicazione delle regole dettate per i negozi *mortis causa*, ma di valutare anche il ricorso a quelle proprie degli atti *inter vivos*. Il settore dei negozi a causa di morte e quello degli atti tra vivi non possono essere considerati dei compartimenti stagni, incapaci di comunicare tra loro; al contrario, è opportuno istituire tra di essi un dialogo reciproco, che sia funzionale all'individuazione della disciplina più idonea ad assicurare la realizzazione dei *desiderata* del *de cuius*, nei limiti di compatibilità, adeguatezza e congruità²⁹.

atti di ultima volontà, i quali per definizione devono avere struttura unilaterale e unipersonale. In questo senso, cfr. V. PUTORTÌ, *Gli incarichi post mortem*, cit., 139.

²⁶ G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 127 ss., spec. 130-131, il quale sottolinea che tali disposizioni costituiscono «atti di ultima volontà», di tal che la loro validità non può essere valutata in relazione al mandato *inter vivos*, rispetto al quale può esservi analogia ma non certamente identità di struttura. In merito, v. anche V. PUTORTÌ, *Gli incarichi*, cit., 139, il quale sottolinea come la struttura unilaterale di tali negozi non ne comporti una deficienza funzionale, dato che non solo il legislatore prevede espressamente fattispecie simili (es. procura), ma anche perché «la struttura di un negozio costituisce non già un *primum*, ma una conseguenza degli effetti che l'atto in concreto realizza, di guisa che essa non si identifica necessariamente ed esclusivamente con il tipo negoziale, ma varia in funzione degli scopi che i soggetti intendono perseguire».

²⁷ V. PUTORTÌ, *op. ult. cit.*, 140.

²⁸ V. BARBA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 769 ss.; P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 307, nt. 325.

²⁹ V. PUTORTÌ, *Disposizioni mortis causa*, cit., 796 ss.; G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., 763; ID., *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 119 ss.; V. BARBA, *Contenuto del testamento*, cit., 101 ss.; S. LANDINI, *Le invalidità del negozio testamentario*, Napoli, 2012, IX ss.; R. TUCCILLO, *La successione ereditaria avente ad oggetto le carte, i documenti, i ritratti e i ricordi di famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 173.

4. Atti di ultima volontà non testamentari e destinazione delle spoglie umane

La pronuncia in commento, tuttavia, si mostra particolarmente interessante perché, nel precisare che la decisione in ordine al modo e al luogo della sepoltura spetta ai prossimi congiunti del *de cuius* solo qualora da parte di quest'ultimo non risulti espressa «in qualunque modo» alcuna volontà, sembra ampliare il novero degli atti con cui è possibile disporre delle proprie spoglie mortali³⁰.

Secondo l'insegnamento tradizionale, fondato sulla lettera dell'art. 587, comma 2 c.c.³¹, il testamento è l'unico mezzo con cui è possibile regolare i propri interessi, anche quelli di carattere non patrimoniale³². In questa logica, anche la scelta in ordine alle sorti delle spoglie mortali non potrebbe che essere espressa nelle forme prescritte dagli artt. 601 ss. c.c., rappresentando il testamento un mezzo insostituibile per la manifestazione delle ultime volontà.

Tuttavia, tale impostazione suscita dubbi e perplessità, perché non appare coerente con i principi che regolano i negozi *mortis causa*, che suggeriscono, invece, di accogliere una soluzione diversa. Infatti, a un'interpretazione sistematica delle norme di cui agli artt. 458, 587 e 588 c.c., in linea con l'attuale sistema successorio e coerente con il principio di tipicità delle fonti di delazione di cui all'art. 457, comma 1, c.c., è dato ritenere che al testamento siano riservate solo le disposizioni patrimoniali idonee a incidere sull'allocatione delle sostanze relitte³³, mentre quelle che non attengono al fenomeno patrimoniale-attributivo – come le disposizioni sul trattamento del cadavere – possono essere espresse

³⁰ Al riguardo, occorre precisare che gli atti di disposizione *mortis causa* non si identificano necessariamente col concetto di *Verfügungstat* di matrice tedesca, che peraltro mal tollererebbe l'avere ad oggetto le spoglie mortali. Al contrario, la nozione di disposizione *mortis causa* non è legata al solo profilo attributivo-traslativo, ma ha una valenza ben più ampia, in quanto comprende ogni manifestazione di volontà idonea a «regolare», «pianificare», «programmare» uno o più determinati interessi per il tempo in cui si avrà cessato di vivere. Sul tema, cfr., per tutti, G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., 459 ss.

³¹ Tale orientamento si basa su ciò cui sembrerebbe deporre, *prima facie*, l'inciso contenuto nel secondo comma della norma, ove si afferma che le disposizioni di carattere non patrimoniale hanno efficacia anche in assenza di disposizioni patrimoniali «se contenute in un atto avente la forma del testamento».

³² Cfr., *ex multis*, L. BARASSI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1945, 97; F. SANTORO PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, 3^a ed., Napoli, 1946, 158; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Milano, 1949, 315; R. DE RUGGIERO-R. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1950, I, 99; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 45. In questo senso si è recentemente orientata anche una pronuncia di legittimità, cfr. Cass. civ., sez. II, 2 febbraio 2016, n. 1993, *Riv. not.*, 2016, 967 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Il riconoscimento del figlio naturale nel testamento*, secondo cui il testamento rappresenta l'unico tipo negoziale mediante il quale è possibile disporre dei propri interessi per il tempo della morte.

³³ Il riferimento non è solo all'istituzione di erede e al legato, ma anche alla diseredazione (nei limiti in cui ne viene ammessa la validità) e alle disposizioni complementari o accessorie ad esse, come, ad esempio, le norme dettate dal testatore per la divisione, la condizione, il termine e il *modus*. Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 3.

anche mediante negozi diversi³⁴. In questa prospettiva, il capoverso dell'art. 587 c.c., laddove riconosce efficacia alle disposizioni di carattere non patrimoniale «se contenute in un atto che ha la forma del testamento», assume un significato permissivo³⁵; esso, cioè, non intende limitare al solo testamento le disposizioni non patrimoniali – come se dovessero necessariamente esservi comprese – ma, al contrario, intende *permettere* che esse siano contenute in un atto di ultima volontà avente la forma del testamento³⁶.

In questa prospettiva, senz'altro da coltivare, i profili successori non aventi carattere attributivo-patrimoniale, in specie quelli esistenziali, non reclamano necessariamente un testamento, ma possono essere regolati anche attraverso atti di ultima volontà diversi da esso, la cui forma, laddove non sia espressamente prevista dalla legge, dovrà declinarsi diversamente a seconda degli interessi e della funzione sottesi all'atto stesso³⁷.

A confermare la bontà di tale impostazione è proprio la normativa in materia di disposizione delle spoglie mortali, ove sono previste talune non irrilevanti ipotesi di atti diversi dal testamento.

Già la legge l. 20 marzo 2001, n. 130 in materia di cremazione e dispersione delle ceneri depone in tal senso. Infatti, all'art. 3 dapprima si stabilisce che la volontà del soggetto (che per espressa previsione normativa prevale sul diverso parere dei familiari) può essere manifestata in una disposizione testamentaria³⁸, ma poi si precisa che la decisione sulla cremazione non può essere eseguita qualora «i familiari presentino una dichiarazione autografa del defunto contraria alla cremazione» e successiva alla precedente manifestazione di volontà. In sostanza, si prescrive che la revoca della disposizione testamentaria può essere validamente espressa secondo criteri formali diversi da quelli con cui deve porsi

³⁴ G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 316 ss. e 326 ss.; V. BARBA, *Atti di disposizione, e pianificazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 412; ID., *Contenuto del testamento*, cit., 145.

³⁵ In tal senso V. PUTORTÌ, *Disposizioni mortis causa*, cit., 800; G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 4.

³⁶ In questa logica, tale norma induce a ritenere che le disposizioni a contenuto non patrimoniale integrino atti di ultima volontà autonomi e diversi dal testamento, che in esso possono essere contenuti ma che possono essere validamente posti in essere anche in forme diverse da quelle previste agli artt. 601 ss. c.c., dato che tali atti, non avendo funzione attributiva, non coinvolgono le esigenze sostanziali di applicabilità dei requisiti formali previsti per il testamento. Infatti, da una parte non sussiste la necessità di assicurare la piena consapevolezza del testatore circa le attribuzioni effettuate, stante il carattere liberale del negozio testamentario; dall'altra, non vengono in rilievo ragioni di tutela dei legittimari, i cui diritti non possono essere lesi da tali manifestazioni di volontà. Cfr. I. SASSO, *Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 190, nota 15; G. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 145 ss.

³⁷ V. BARBA, *Contenuto del testamento*, cit., 145.

³⁸ Art. 3, comma 1, lett. b), nn. 1 e 2, l. n. 130/2001. La norma prescrive, altresì, che la volontà del *de cuius* possa risultare anche dall'iscrizione certificata dal rappresentante legale, ad associazioni riconosciute che abbiano tra i propri fini statutari la cremazione del cadavere dei propri associati, in tal caso ricavandosi presuntivamente la volontà implicita del defunto di essere cremato.

la scelta della cremazione, dato che viene previsto unicamente il requisito dell'autografia³⁹.

Non solo, ma visto che tramite un atto diverso dal testamento è possibile revocare una disposizione testamentaria (la scelta della cremazione), è dato ritenere altresì che anche la decisione stessa in ordine alle sorti delle proprie spoglie mortali possa essere espressa, oltre che in forma testamentaria, con un atto diverso dal testamento e non soggetto ai medesimi requisiti formali⁴⁰.

Ma v'è di più, perché l'art. 3, comma 1, lett. b), n. 3 della citata legge prevede che la decisione sulla cremazione spetta ai familiari del *de cuius* solo in mancanza di una disposizione testamentaria «o di qualsiasi altra espressione di volontà da parte del defunto». Norma, questa, che se da una parte conferma la preminente rilevanza attribuita alla volontà del defunto, dall'altra lascia intendere – nella stessa prospettiva della decisione in commento – che la scelta sulle sorti del cadavere⁴¹ possa essere manifestata senza particolari rigori formali⁴², essendo sufficiente una «qualsiasi espressione di volontà»⁴³.

³⁹ Sulla nozione di documento autografo, cfr. M. D'ORAZI FLAVONI, voce *Autografia*, in *Enc. dir.*, vol. V., Milano, 1959, 335.

⁴⁰ V. BARBA, *op. cit.*, 153, il quale afferma che se la funzione della l. n. 130/2001 «è di dare rilevanza alla volontà del defunto, rispetto a un tale interesse esistenziale *post mortem*, non v'ha alcuna ragione di credere che la revoca della disposizione testamentaria, con la quale questa decisione sia stata assunta, possa essere manifestata con la dichiarazione autografa, mentre l'assunzione di una tale decisione debba essere assunta con il solo testamento». In senso contrario, tuttavia, v. G. BONILINI, *Il diritto al sepolcro*, cit., 831-833.

⁴¹ Con riferimento specifico alla dichiarazione di volontà relativa dispersione delle ceneri, la lett. c) dell'art. 3, l. cit., non prevede alcun requisito formale, limitandosi a stabilire che tale attività è consentita «nel rispetto della volontà del defunto». Ciò premesso, e considerato, altresì, che la determinazione in ordine alla dispersione delle ceneri presuppone che il soggetto intenda essere cremato, si può agevolmente ritenere che per le prescrizioni concernenti la conservazione e la dispersione delle proprie ceneri valgano le considerazioni svolte sulle disposizioni relative alla cremazione.

⁴² V. BARBA, *op. loc. ult. cit.*

⁴³ Secondo la ricostruzione proposta, l'autografia richiesta dai nn. 1 e 2 della lett. b) dell'art. 3, rileva non già come elemento formale necessario per la validità dell'atto, ma ai soli fini di certezza della riferibilità dell'atto di ultima volontà al suo autore (cfr. V. BARBA, *Contenuto del testamento*, cit., 153). Al riguardo si può richiamare quanto stabilito dalla Circolare del Ministero dell'Interno n. 37 del 1° settembre 2004, relativa alla manifestazione della volontà sulla cremazione della salma, ove si precisa che, qualora manchi una dichiarazione scritta del *de cuius*, i familiari, nel riferire la volontà in ordine alla cremazione del proprio caro, non esprimono la loro volontà, ma si fanno latori di un desiderio espresso in vita dal defunto, così che si rende necessaria, da parte loro, una dichiarazione sostitutiva di atto notorio (*ex art. 38, comma 3, d.P.R. n. 445/2000*). Del resto, già prima della decisione in commento, la giurisprudenza, nell'intento di salvaguardare un simile desiderio esistenziale *post mortem*, si è dimostrata flessibile, avendo più volte riconosciuto valore vincolante anche alla volontà verbalmente espressa dal *de cuius* ai propri familiari e attestata da questi ultimi tramite un'apposita dichiarazione conforme (cfr. TAR Umbria, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 359, in *giustizia-amministrativa.it*, su cui v. D. BERLOCO, *La dispersione delle ceneri. Manifestazione di volontà non necessariamente in forma scritta. La recente pronuncia del T.A.R. Umbria del 21 Maggio 2018, n. 359*, in *Lo stato civile italiano*, 10, 2018, 5 ss.; TAR Lazio, Roma, 5 luglio 2017, n. 7860, in *quotidianogiuridico.it*; TAR Veneto, 21 giugno 2013, n. 655, in *giustizia-amministrativa.it*; TAR Sardegna, 5 febbraio 2014, n. 100, in *Riv. giur. Sarda*, 1, 2016, 199 ss.).

A ben vedere, anche di recente il legislatore ha ampliato il novero degli atti con cui è possibile dettare disposizioni relative alla destinazione e al trattamento della salma, prescrivendo requisiti di forma diversi da quelli di cui agli artt. 601 ss. c.c. Infatti, al comma 40, lett. *b*) dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76 si riconosce a ciascun convivente di fatto la facoltà di designare l'altro quale rappresentante⁴⁴, con poteri pieni o limitati, «in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie», mediante un atto per cui, ai sensi del successivo comma 41, è richiesta la forma scritta e autografa, oppure una dichiarazione rilasciata in presenza di un testimone, in caso di impossibilità a scrivere del disponente⁴⁵.

Sebbene sia alquanto probabile che nella maggior parte dei casi l'autografia coinvolga anche la data e la sottoscrizione⁴⁶, così da rendere la designazione in oggetto rispettosa dei requisiti formali previsti per il testamento olografo, non pare, però, che essa possa essere qualificata come disposizione testamentaria in senso tecnico per il solo fatto che è richiesto un simile requisito formale⁴⁷. La norma, infatti, prevede un requisito di forma che, seppur simile alle caratteristiche formali del testamento (olografo), è nondimeno diverso da esse⁴⁸. Non a caso si ammette che il disponente possa rendere la medesima

⁴⁴ Al riguardo, il richiamo al concetto di rappresentanza appare improprio, dato che la volontà del soggetto è destinata a prodursi quando questi non vi sarà più, così come anche l'attività del designato dovrà essere compiuta non prima della morte del disponente. Al contrario, tale atto sembra assimilabile al c.d. mandato testamentario che, come si è detto, solo impropriamente può ricondursi al concetto di mandato di matrice contrattuale, mentre è preferibile ritenere che l'atto abbia una natura autorizzativa, limitandosi a conferire a una persona di fiducia il potere di agire per la cura dell'esatta attuazione della volontà del disponente. Così, il conferimento di un determinato potere gestorio per la realizzazione di interessi esistenziali pare poter avvenire non solo per testamento, come da tempo chiarito dalla dottrina, ma anche tramite un atto che è soggetto a requisiti formali diversi da quelli del negozio definito dall'art. 587 c.c.

⁴⁵ Per un commento alle citate disposizioni, cfr. F. MEZZANOTTE, *Commi 40-41*, in AA.VV., *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. BIANCA, Torino, 2017, 523 ss.

⁴⁶ Rileva F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 538-539, che, al fine di dimostrare l'autenticità del documento e la sua provenienza da dichiarante, l'autografia non deve essere limitata alla sottoscrizione, ma deve estendersi all'intero documento.

⁴⁷ Cfr., sebbene in tema di disposizioni in materia di cremazione, V. BARBA, *Contenuto del testamento*, cit., 152.

⁴⁸ Del resto, il capoverso dell'art. 587 c.c., nel riconoscere efficacia alle disposizioni di carattere non patrimoniale che siano rivestite delle forme di cui agli artt. 601 ss. c.c., si riferisce a fattispecie diverse rispetto al negozio definito dal primo comma della norma, sebbene compatibili con la struttura di questo. Infatti, se tali fattispecie avessero natura tecnicamente testamentaria, il legislatore non si sarebbe preoccupato di stabilirne l'efficacia anche quando l'atto che le contiene ha la forma del testamento, dato che la disciplina formale di quest'ultimo dovrebbe in tal caso necessariamente applicarsi. Al contrario, deve ritenersi che tali atti non abbiano natura testamentaria, che siano governati da regole formali diverse rispetto a quelle dettate per il testamento e che, qualora rispettino i requisiti per esso previsti, siano comunque validi ed efficaci (in merito, cfr. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., 219; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1952, 31 ss.; V. CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in AA.VV., *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, 730).

dichiarazione in forma orale (alla presenza di un testimone), qualora sia impossibilitato a mettere per iscritto le proprie ultime volontà. Orbene, a meno che non si voglia supporre che il legislatore del 2016 abbia introdotto una particolare ipotesi di testamento nuncupativo, è dato ritenere che la disposizione in oggetto integri un negozio diverso da quello testamentario, anche perché, se di testamento in senso tecnico si trattasse, sarebbe stato sufficiente richiamare le forme per atto notarile, tramite le quali anche chi è impossibilitato a scrivere può validamente manifestare la propria volontà.

La decisione della Corte di Cassazione appare dunque coerente con tali assunti, dimostrando che, quando viene in gioco la sistemazione di interessi legati alla destinazione della propria salma – cioè esigenze di natura esistenziale – si rende opportuno un approccio ermeneutico flessibile. Così, valorizzando i principi che regolano i negozi con cui è possibile disporre per il tempo successivo alla morte, nonché la particolare natura degli interessi sottesi al singolo atto, è possibile riconoscere all'autonomia privata spazi ben più ampi, non più circoscritti al solo testamento – la cui centralità nel nostro ordinamento è senz'altro da ribadire⁴⁹ – ma anche a negozi diversi e da esso diversi, che non richiedono, per la loro validità, il medesimo rigore formale.

5. (Segue) Il ricorso al mandato *post mortem*

Muovendosi in questa prospettiva, la decisione in commento appare particolarmente interessante non solo perché riconosce che la volontà sulla destinazione delle spoglie possa essere validamente espressa senza rispettare il rigido formalismo testamentario, ma anche perché, seguendo un orientamento ormai consolidato⁵⁰, ha riconosciuto la possibilità di esercitare lo *ius eligendi sepulchrum* attraverso il conferimento di un incarico di natura pattizia.

⁴⁹ G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista*, cit., 1 ss.

⁵⁰ Cass. civ., 9 maggio 1969, n. 1584, cit.; Cass. civ., 13 marzo 1990, n. 2034, cit.; Cass., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 524, con nota di G. BONILINI, *Iscrizione a «società» di cremazione e mandato post mortem*; Cass., 29 aprile 2006, n. 10035, in *Giur. it.*, 2007, 334.

Il riferimento è al mandato *post mortem*⁵¹ (*exequendum*)⁵², ossia quel particolare accordo con cui il *de cuius* attribuisce a una persona di fiducia, che sia disinteressata alle vicende economiche derivanti dalla morte del *dominus*, l'incarico di curare la realizzazione di taluni profili personali della propria successione e che, nonostante la finalità successoria del negozio⁵³, non si pone in contrasto con il divieto dei patti successori. Difatti, poiché tale accordo ha una funzione non già dispositiva dei beni relitti, ma attuativa di interessi rilevanti esclusivamente nella sfera personalistica del disponente, è dato ritenere che le ragioni ispiratrici della proibizione *ex art. 458 c.c.*, essenzialmente legate al fenomeno circolatorio della ricchezza *post mortem*, alla tutela dell'affidamento e della *libertas testandi*, non vengano in rilievo⁵⁴.

È proprio la natura esistenziale degli interessi sottesi a detti negozi che ne determina la distanza dalle fattispecie proibite, dato che essi sono diretti a realizzare unicamente le aspirazioni ultraterrene del *dominus* e non a incidere sul fenomeno dispositivo-allocaativo del *relictum*. Né la suscettibilità di valutazione economica della prestazione cui è tenuto l'incaricato – la quale, peraltro, può essere retribuita per espressa previsione del mandante – può incidere sulla validità di tali accordi, poiché tali elementi – si è visto⁵⁵ – si pongono in un rapporto di mera strumentalità rispetto alla funzione del mandato, che resta pur sempre non patrimoniale⁵⁶.

Del resto, che il negozio con cui la persona regola il trattamento delle proprie spoglie non possa essere considerato un atto dispositivo dei beni relitti, anche nel caso in cui la sua esecuzione comporti dei costi o comunque un'attività

⁵¹ Sul tema, cfr., almeno, V. PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, 202 ss.; ID., *Il mandato post mortem*, in *Tratt. contr. dir.* da P. Rescigno ed E. Gabrielli, XIX, *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, 2014, 343 ss.; ID., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, cit., 137 ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., 122 ss.; G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, nota a Trib. Palermo, 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, 1101 ss.; A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, 453 ss.; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 56 ss.; G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 524 ss.; L. GHIDONI, *Conferme e novità in tema di mandato post mortem*, nota a Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2018, ord. n. 11763, in *Dir. succ. fam.*, 3, 2019, 942 ss.

⁵² In realtà, l'aggiunta del termine «*exequendum*» non assume una specifica utilità in relazione alle fattispecie oggetto d'indagine, dato che, in tali ipotesi, l'accordo non viene confezionato né al fine di realizzare un'attribuzione patrimoniale (al mandatario o a terzi), né per effettuare un'attività meramente esecutiva di un'attribuzione patrimoniale già posta in essere, in vita, dal *de cuius*.

⁵³ Accedendo alla nota distinzione tra atti *mortis causa* e atti *post mortem* elaborata da G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 37 ss., è dato rilevare che il mandato a curare le sorti delle proprie spoglie, essendo diretto a soddisfare interessi che prima della morte della persona non avrebbero ragione di porsi, sia qualificabile come atto a causa di morte. Al riguardo, cfr. F. GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contr. impr.*, 1990, 844-845; G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti il funerale*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 405.

⁵⁴ Il rilievo è di V. PUTORTÌ, *Disposizioni mortis causa*, cit., 804-805.

⁵⁵ Cfr., *supra* § 2.

⁵⁶ V. PUTORTÌ, *Disposizioni mortis causa*, 791-792.

suscettibile di valutazione economica *ex art.* 1174 c.c., pare confermato dalla circostanza per cui, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁷, le relative spese devono ritenersi non già dei debiti ereditari gravanti sugli eredi per effetto dell'acquisto dell'eredità, ma dei *pesi* ereditari, cioè oneri nascenti proprio in conseguenza della morte della persona (*rectius*, dell'apertura della successione). Né la validità del mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante pare poter essere messa in discussione dalla regola *mandatum morte finitur* di cui all'art. 1722, n. 4, c.c. Al riguardo, dottrina⁵⁸ e giurisprudenza⁵⁹ hanno da tempo chiarito che detta norma ha natura derogabile, visto che essa, contrariamente a quanto previsto con riferimento all'estinzione del mandato in caso di interdizione o inabilitazione del mandante, è posta a tutela di interessi di carattere meramente individualistico e non superindividuale⁶⁰. Infatti, in caso di morte del *dominus*, ad assumere rilievo è solo l'opportunità di evitare che gli eredi, nell'amministrazione del patrimonio ereditario nel loro personale interesse, siano vincolati alle scelte operate dal *de cuius*⁶¹. Ma, siccome il mandato (specie quello avente a oggetto la cura della sepoltura o dei funerali) è solitamente diretto a realizzare in via esclusiva gli interessi del mandante e non quelli degli eredi, è dato ritenere che l'assetto contrattuale delineato dal *dominus* debba prevalere sulle ragioni dei suoi successori universali e che, pertanto, la regola *mandatum morte finitur* possa essere derogata dalle parti⁶². Si noti, inoltre, che il legislatore ha recentemente previsto proprio una particolare ipotesi di mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante,

⁵⁷ Cass. civ., 11 giugno 2021, n. 16611, in *dejure* online; Cass. civ., 17 agosto 2020, n. 17938, in *dejure* online; Cass. civ., 2 febbraio 2016, n. 1994, in *Rep. Foro it.*, 2016, *Divisione*, n°27; Cass. civ., 3 gennaio 2002, n. 28, in *Giur. it.*, 2002, 10 ss., con nota di N. MONTICELLI, *Onoranze funebri e ripartizioni degli oneri: l'insostenibile pesantezza, anche morale, dell'eredità*. In senso conforme anche la giurisprudenza di merito, cfr. App. Catania, sez. II, 18 luglio 2020, n. 1286, in *dejure* online; Trib. Modena, sez. I, 12 giugno 2019, n. 915, *ivi*.

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1984, 126 e 450; U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 702; G. MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, VIII, 1, Torino, 1952, 24; V. PUTORTÌ, *Il mandato post mortem*, cit., 351 ss., F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, cit., 57 ss.; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 689 ss.; M.A. CIOCIA, *Il mandato post mortem ad exequendum tra tradizione e innovazione*, in S. GIOVA, G. PERLINGIERI, L. TULLIO (a cura di), *Autonomia negoziale e successioni mortis causa. Incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato 17 e 18 aprile 2018 – Università degli Studi del Molise*, Napoli, 2020, 341-344.

⁵⁹ Cass., 4 ottobre 1962, n. 2804, in *Foro it.*, c. 49 ss.; Cass., 10 agosto 1963, n. 2278, in *Foro it.*, 1964, I, c. 329; Cass., 24 aprile 1965, n. 719, *ivi*, 1965, I, c. 1101; Cass., 25 marzo 1993, n. 3062, *ivi*, 1995, I, c. 1613. Cass., 29 aprile 2006, n. 10035, in *Giur. it.*, 2007, 334.

⁶⁰ V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 1/2016, 66-67; L. GHIDONI, *Conferme e novità in tema di mandato post mortem*, cit., 946; N. DI STASO, *Il mandato*, cit., 689, il quale rileva altresì come, già da un punto di vista formale, nella norma in questione manchino espressioni che lascino intendere che la disposizione abbia carattere cogente, come ad esempio le formule «a pena di nullità» o «altrimenti il contratto è nullo».

⁶¹ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, cit., 130; V. PUTORTÌ, *Il mandato*, cit., 353.

⁶² V. PUTORTÌ, *ibidem*.

stabilendo che taluni diritti relativi ai dati personali delle persone decedute (quelli di cui agli artt. 15-22 GDPR) possano essere esercitati da parte di chi agisce nell'interesse del defunto in qualità di suo mandatario (art. 2-terdecies, d.lgs. 101/2018)⁶³. Sicché, anche la questione relativa alla compatibilità di tale schema contrattuale con il principio di intrasmissibilità del rapporto agli eredi del mandante può dirsi ormai risolta.

Così, il conferimento di un incarico *post mortem* di matrice contrattuale può rivelarsi un valido e utile strumento per ottenere il desiderato trattamento delle proprie spoglie. Ciò non solo perché gli accordi in esame non sono soggetti al formalismo testamentario⁶⁴, ma soprattutto alla luce delle esigenze di celerità nell'esecuzione della volontà del mandante sottese alla natura delle disposizioni sulle sorti del cadavere. Infatti, siccome tali negozi non sono soggetti alla fase pubblicistica propria del testamento, l'incaricato – il quale, vista la natura pattizia del negozio, sarà già a conoscenza della volontà del mandante al momento dell'apertura della sua successione – potrà attivarsi immediatamente, senza che i ritardi dovuti all'espletamento di tali formalità possano compromettere la realizzazione della volontà del disponente⁶⁵.

6. Considerazioni conclusive e spunti di riflessione

In definitiva, la pronuncia della Corte di Cassazione conferma come la regolamentazione *post mortem* di taluni interessi, come quelli legati alla sepoltura e alle sorti del cadavere, sia affidata a regole e principi in parte diversi da quelli che si pongono alla base dei negozi patrimoniali. È infatti la caratterizzazione prettamente esistenziale degli interessi sottesi alla scelta in ordine alla destinazione e al trattamento della salma che, da una parte, impone di riconoscere prevalenza alla volontà del disponente sulla diversa determinazione dei suoi superstiti; dall'altra, consente il ricorso a strumenti negoziali – unilaterali o bilaterali – ulteriori e diversi dal testamento.

Pertanto, il limite non è più rappresentato dal tipo negoziale o dalla disciplina formale richiesta per il testamento, bensì dalla conformità della destinazione che il *de cuius* ha inteso dare ai suoi resti mortali con i principi fondamentali dell'ordinamento, le norme poste a tutela della pubblica igiene e, soprattutto, col rispetto della dignità propria anche alle spoglie umane.

⁶³ L. GHIDONI, *Conferme*, cit., 946; V. PUTORTÌ, *Patrimonio digitale e successione mortis causa*, in *Giust. civ.*, 2021, 179 ss.

⁶⁴ N. DI STASO, *op. cit.*, 691; V. PUTORTÌ, *Disposizioni mortis causa*, cit., 820; ID., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale*, cit., 141, i quali rilevano come, sebbene non richiesto ai fini della validità, lo scritto possa garantire una più adeguata conservazione della volontà del *de cuius* e maggiori garanzie in ordine alla sua attuazione. Tuttavia, come rilevato da questi Autori, ai fini della validità è sufficiente che l'intento negoziale sia il frutto di una valutazione ponderata, seria e consapevole del *dominus*, senza che eventuali stati emozionali o passionali ne inficino l'attendibilità.

⁶⁵ F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, cit., 62; V. PUTORTÌ, *op. ult. cit.*, 142.

Principi, questi, che impongono di prestare particolare attenzione ad alcune innovative destinazioni del cadavere che il progresso tecnologico consente, oggi, di attuare. Se è vero, infatti, che lo sviluppo delle biotecnologie ha portato, negli anni, ad ammettere – ed anzi incentivare – alcune destinazioni dei resti mortali diverse da sepoltura e cremazione, come il prelievo di organi e tessuti *ex mortuo* di cui alla l. 91/1999 o la più recente destinazione del cadavere a fini di studio, formazione e ricerca scientifica prevista dalla l. 10/2020, è altrettanto vero che tali ipotesi sono ispirate dal principio di solidarietà, alla cui attuazione anche il relativo atto dispositivo deve tendere⁶⁶. E tuttavia, i trattamenti tecnicamente applicabili ai resti umani vanno ben oltre tali fattispecie, com'è a dirsi, ad esempio, per la criopreservazione⁶⁷ del cadavere o la diamantificazione delle ceneri⁶⁸. Ipotesi, queste, che richiedono un'attenta riflessione, ma, almeno a prima vista, suscitano non pochi dubbi in ordine alla loro meritevolezza, perché appaiono difficilmente compatibili col principio di solidarietà, oltre a poter determinare fenomeni di commercializzazione del corpo umano inanimato contrari alla dignità dell'essere umano⁶⁹.

⁶⁶ Evocative, in linea generale, le parole di S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 53: «Il corpo [...] è oggetto del potere della persona che può disporne a vantaggio di altri, sia pure entro i limiti segnati da legge, ordine pubblico e buon costume, dunque escludendo in primo luogo forme di commercializzazione del corpo. La logica è quella della solidarietà sociale, finalizzata alla tutela di un bene essenziale, qual è la salute». In tema *v.* anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 433 ss. e 763 ss.

⁶⁷ Inizia a fiorire un vero e proprio mercato intorno a tale pratica, che consiste nella conservazione del cadavere in azoto liquido a -196°, così da impedire la decomposizione dei resti umani. In realtà, nell'ordinamento inglese si è già posto un caso riguardante proprio la crioconservazione. Cfr. RE JS (*Disposal of Body*) [2016] EWHC 2859 (*Fam*) deciso dalla High Court of Justice (*Family Division*) in data 10 novembre 2016 (reperibile all'indirizzo familylaw.co.uk/docs/pdf-files/JS_v_M_and_F_2016_EWHC_2859_Fam_.pdf), in cui il giudice inglese Peter Jackson ha accolto la richiesta di crioconservazione *post mortem* di una ragazza di quattordici anni affetta da una malattia terminale, la quale, come riportato al punto 10 della sentenza, così si era espressa: «*I think being cryo-preserved gives me a chance to be cured and woken up, even in hundreds of years' time. I don't want to be buried underground. I want to live and live longer and I think that in the future they might find a cure for my cancer and wake me up. I want to have this chance. This is my wish*». Sulla decisione, *v.* I. GIANNECCHINI, *Presupposti e limiti giuridici per la richiesta di crioconservazione formulata ante-mortem da una minore di anni 14 in Inghilterra*, in questa Rivista, 4/2017, 61 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *Un sogno che affonda le radici nel mito: l'immortalità*, nota a RE JS (*Disposal of Body*) [2016] EWHC 2859 (*FAM*), [10], in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, fasc. 14, 2021, 69 ss.

⁶⁸ Si tratta di un processo di estrazione e successivo compattamento, ad alti livelli di pressione, del carbonio presente nelle ceneri risultanti dalla cremazione, fino a giungere alla creazione di un diamante artificiale. Anche in questo caso, non mancano imprese che hanno fatto di tale pratica il proprio *core business*. Si veda, ad esempio, quanto riferito sul sito della società svizzera Algordanza, ove è possibile reperire maggiori informazioni su tale tecnica: <https://www.algordanzaitalia.it>.

⁶⁹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Per uno statuto del corpo umano inanimato*, in *Il governo del corpo*, II, *Trattato di biodiritto*, cit., 2142 ss.



Articolo 32

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

nessuno trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti del rispetto della persona

dirittoesalute
Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 3 del 2022
Autorizzazione del Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862