

nuovi
I MANUALI SUPERIORI

MANUALE DI DIRITTO CIVILE

ESTRATTO

- SUCCESSIONI (PARTE V, CAP. I, SEZ V, PAR 29.2.7)
- OBBLIGAZIONI PAR (PARTE X, CAP. X, SEZ .III, PAR. 21)
- DONAZIONI (PARTE V, CAP. II, SEZ II, PAR 12)
- CONDOMINIO (PARTE VI, CAP. XI, PAR 1).
- RESPONSABILITÀ MEDICA (PARTE X, CAP. I, SEZ. III, PAR 20).

EDIZIONE 2019-2020

**NEL DIRITTO
EDITORE**

COPYRIGHT NELDIRITTO EDITORE

PARTE V

SUCCESSIONI E DONAZIONI

Si riporta il paragrafo 29.2.7. della Parte V, capitolo I, sezione V

CAPITOLO I

LE SUCCESSIONI

SEZIONE I - PROFILI GENERALI

*1. La successione a causa di morte. *2. Fonti. *3. Apertura della successione. *4. Vocazione e delazione. *5. I rapporti giuridici trasmissibili. *6. La successione *iure proprio*. *7. Il divieto dei patti successori. *7.1. Figure dubbie di patti successori. *8. Il patto di famiglia. *8.1. Le fasi e i partecipanti. *8.2. La liquidazione. *8.3. Natura bilaterale o plurilaterale del patto di famiglia. *8.4. Oggetto, forma e causa del patto di famiglia. *8.5. L'esenzione dalla riduzione e dalla collazione. *8.6. L'imputazione *ex se*. *8.7. La riunione fittizia. *8.8. I legittimari sopravvenuti. *8.9. L'impugnazione e lo scioglimento del patto di famiglia.

SEZIONE II - L'EREDITÀ PRIMA DELL'ACQUISTO

*9. Natura giuridica del patrimonio ereditario prima dell'acquisto. *9.1. L'amministrazione dei beni ereditari prima dell'acquisto. *10. Il chiamato all'eredità. *10.1. La trasmissione del diritto di accettare l'eredità. *11. L'eredità giacente. *11.1. Nozione ed effetti. *11.2. Il curatore dell'eredità giacente. *11.3. Cessazione della giacenza. *11.4. La giacenza *pro quota*.

SEZIONE III - LA CAPACITÀ DI SUCCEDERE

*12. La capacità di succedere. *12.1. La capacità di succedere dei nascituri. *12.2. La capacità di succedere delle persone giuridiche e degli enti non riconosciuti. *13. L'indegnità. Nozione e fondamento. *13.1. Natura giuridica ed effetti. *13.2. La riabilitazione dell'indegno. *14. La rappresentazione. *14.1. Natura giuridica. *14.2. Presupposti. *14.3. Effetti.

SEZIONE IV - ACQUISTO E RINUNCIA DELL'EREDITÀ

*15. L'accettazione dell'eredità. *16. L'acquisto dell'eredità senza accettazione. *17. Prescrizione e decadenza del diritto di accettare. *18. Termine testamentario per l'accettazione. *19. La petizione dell'eredità. *20. L'erede apparente. *21. L'accettazione con beneficio di inventario. *22. La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede. *23. La rinuncia all'eredità. *23.1. Revoca della rinuncia.

SEZIONE V - LA SUCCESSIONE DEI LEGITTIMARI

*24. Natura giuridica della successione necessaria. *25. La posizione giuridica del legittimario. *26. Le categorie di legittimari. *27. I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite. *28. I legati a favore dei legittimari. *29. La tutela dei diritti dei legittimari. *29.1. Il divieto di pesi e condizioni. *29.2. Le tre azioni a tutela dei diritti dei legittimari. *29.2.1. Il calcolo della

legittima. *29.2.2. La quota di riserva in caso di mancato esercizio dell'azione di riduzione. *29.2.3. Natura dell'azione e concetto di lesione. *29.2.3.1. Ordine e modalità di riduzione. *29.2.3.2. La legittimazione attiva e passiva. *29.2.3.3. Condizioni per l'esercizio dell'azione. *29.2.3.4. L'estinzione dell'azione di riduzione. *29.2.4. L'azione di restituzione contro i destinatari delle disposizioni ridotte. *29.2.5. L'azione di restituzione contro i terzi acquirenti. *29.2.6. La prescrizione dell'azione di riduzione. *29.2.7. Rapporti tra azione di simulazione e azione di riduzione. *29.2.8. Il regime circolatorio dei beni immobili introdotto dalla l. n. 80/2005.

SEZIONE VI - LA SUCCESSIONE LEGITTIMA

*30. La successione legittima: nozione, fondamento, presupposti. *31. Rapporti con la successione testamentaria e la successione necessaria. *32. Le categorie di successibili. La successione dei figli e dei discendenti. *33. La successione del coniuge. *34. La successione degli altri parenti: la posizione dei fratelli e delle sorelle naturali. Ipotesi di concorso. *35. La successione dello Stato. *36. Le successioni anomale.

SEZIONE VII - LA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA

*37. Nozione e presupposti della successione testamentaria. *38. La capacità di disporre per testamento. *39. La capacità di ricevere per testamento. *40. Caratteri del negozio testamentario. *40.1. Negozialità. *40.2. Unilateralità. *40.3. Personalità. *40.4. Unipersonalità. *40.5. Gratuità. *40.6. Revocabilità. *Rinvio*. *40.7. Patrimonialità. *40.8. Formalità. *41. La forma del testamento. I testamenti ordinari e speciali. *42. Particolari tipologie di disposizioni testamentarie. *42.1. Le disposizioni a favore dell'anima. *42.2. Le disposizioni fiduciarie. *42.3. Il *trust* testamentario. *43. Gli elementi accidentali del testamento. *43.1. La condizione. *43.2. Il termine. *43.3. L'onere testamentario. *44. L'autonomia testamentaria. Il problema della tipicità. *44.1. Limiti all'autonomia testamentaria. *44.1.1. La diseredazione. *44.1.2. La prelazione testamentaria. *44.1.3. La clausola penale testamentaria. *44.1.4. La clausola arbitrale testamentaria. *45. Invalidità e inefficacia del testamento. *46. La conferma del testamento nullo. *46.1. Oggetto della conferma.

SEZIONE VIII - I LEGATI

*47. Nozione e natura giuridica. *47.1. Legato e debiti dell'eredità. *48. I soggetti del legato. *48.1. Il disponente. *48.1.1. I legati *ex lege*. *48.2. Il legatario o onorato. *48.3. L'onerato. *48.3.1. Il legato imposto a un solo erede. *48.3.2. Il sublegato. *48.3.3. Il prelegato. *49. Oggetto del legato. *49.1. Legato a efficacia reale o diretta e legato a efficacia obbligatoria. *49.1.1. Il legato di contratto. *49.2. Accessioni della cosa legata. *49.3. I frutti della cosa legata. *50. Acquisto e rinuncia al legato. *50.1. Dibattito in tema di rinuncia al legato in sostituzione di legittima (rinvio). *51. Adempimento del legato. *52. Inefficacia del legato. *53. I legati tipici. *53.1. Legato di cosa dell'onerato o di un terzo. *53.2. Legato di cosa solo in parte del testatore. *53.3. Legato di cosa del legatario. *53.4. Legato di cosa acquistata dal legatario. *53.5. Legato di cosa genericamente determinata. *53.6. Legato di cosa non esistente nell'asse ereditario. *53.7. Legato di credito o di liberazione da debito. *53.8. Legato a favore del creditore e il legato di debito. *53.9. Legato di prestazioni periodiche e legato di alimenti. *53.10. Legato di cose alternative. *54. I legati atipici. *54.1. Legati di garanzia. *54.1.1. Legato di ipoteca. *54.1.2. Legato di pegno. *54.1.3. Legato di fideiussione. *54.2. Legati di *facere*. *54.2.1. Legati di attività materiale. *54.2.2. Legati di attività giuridiche. I legati unilaterali. *54.2.2.1. I legati rinunciativi.

SEZIONE IX - L'ACCRESCIMENTO

*55. Nozione e natura giuridica. *56. Presupposti. *57. Effetti. *58. Fatti impeditivi dell'accrescimento. *58.1. Contraria volontà del testatore. *58.2. Sostituzione ordinaria.

- *58.3. Rappresentazione. *59. Devoluzione dell'eredità in caso di mancato accrescimento.
- *60. L'accrescimento tra collegatari. *61. L'accrescimento nel legato di usufrutto.
- *62. L'accrescimento volontario. *63. L'accrescimento nella successione legittima.
- *64. L'accrescimento nella successione necessaria.

SEZIONE X - LA REVOCA DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

- *65. Nozione e natura giuridica. *66. Revoca espressa e revoca tacita *66.1. Il testamento successivo. *66.2. La distruzione del testamento olografo. *66.3. Il ritiro del testamento segreto. *66.4. L'alienazione e la trasformazione della cosa legata. *67. La revoca della revoca.
- *68. La revoca legale per sopravvenienza dei figli.

SEZIONE XI - LE SOSTITUZIONI

- *69. La sostituzione ordinaria. Nozione e natura giuridica. *69.1 Presupposti. *69.2. Tipologie di sostituzione configurabili. *69.3. Rapporti con altri istituti. *69.3.1. Trasmissione del diritto di accettare. *69.3.2. Rappresentazione. * 69.3.3. Accrescimento. *70. La sostituzione fedecommisaria. Nozione e natura giuridica. *70.1. L'istituto. *70.2. Il sostituto. *70.3. L'oggetto. *70.4. Il fedecommesso *de residuo*. *70.5. La sostituzione compendiosa (o sostituzione ordinaria implicita). *71. Il divieto del legato di usufrutto successivo.

SEZIONE XII - GLI ESECUTORI TESTAMENTARI

- *72. L'atto di nomina e la sua natura giuridica. *73. La disciplina della funzione di esecutore testamentario. *74. Le funzioni dell'esecutore testamentario. *75. La divisione dell'esecutore testamentario.

SEZIONE XIII - LA DIVISIONE EREDITARIA

- *76. Premessa. *77. La divisione: definizione e fonti normative. *78. Le principali differenze tra comunione ordinaria e comunione ereditaria. *79. Natura giuridica. *80. La disciplina in generale e le peculiarità della divisione ereditaria. *81. Forme di divisione. *81.1. La divisione contrattuale. *81.2. La divisione giudiziale. *81.3. La divisione testamentaria. *81.4. Gli atti diversi dalla divisione. *81.5 La natura dell'obbligazione di conguaglio gravante sui coeredi a seguito di divisione ereditaria. *82. La garanzia per evizione. *83. Il retratto successorio. *84. La collazione.

.....

29.2.7. Rapporti tra azione di simulazione e azione di riduzione.

L'azione di riduzione, in relazione agli atti tra vivi compiuti dal defunto, può colpire soltanto le liberalità, ossia gli atti a titolo gratuito contraddistinti dall'*animus donandi*.

Non è infrequente il caso di simulazione relativa diretta a dissimulare una vera e propria donazione dietro l'apparenza di un contratto a titolo oneroso (ad esempio, una vendita che dissimula una donazione).

In questi casi si pone il problema del rapporto tra azione di riduzione e azione di simulazione, giacché solo una volta che sia stata accertata la reale natura donativa dell'atto il legittimario che ne assuma il carattere lesivo può ottenerne la riduzione.

■ Prescrizione

Per lungo tempo la giurisprudenza ha affermato che l'azione di simulazione si prescrive in dieci anni quando tenda a far valere il contratto dissimulato. Tale assunto è stato ampiamente criticato, in quanto non coglie la differenza tra simulazione e riduzione, nel senso che: (i) l'azione di simulazione – in quanto azione di accertamento negativo – è imprescrittibile; (ii) spesso essa tende ad accertare l'esistenza di un diverso negozio (dissimulato) per poterlo poi impugnare con una diversa azione (ad esempio, quella di riduzione) la quale, quindi, presuppone l'accoglimento della domanda di simulazione.

Mutando il proprio precedente orientamento, la Corte di Cassazione¹ si è espressa sulla prescrizione dell'azione di simulazione in relazione ad una donazione dissimulata, affermando che qualora l'azione di simulazione venga esercitata in funzione della riduzione della donazione (dissimulata), il termine prescrizione decorre dalla data di apertura della successione, in quanto il legittimario agisce in veste di terzo pregiudicato dalla simulazione (art. 1415 c.c.). La sentenza non distingue tra azione di riduzione e azione di simulazione, ma trasferisce a quest'ultima una qualità (la prescrittibilità) propria della prima, che si riverbera sull'azione di simulazione solo quando vi sia un nesso di pregiudizialità tra l'una e l'altra, come nel caso di domanda di riduzione proposta subordinatamente all'accertamento della simulazione relativa².

■ Limiti probatori della simulazione nei confronti dell'erede

Questione dibattuta, che rappresenta logico corollario del discusso rapporto tra l'azione di simulazione e quella di riduzione, attiene ai limiti probatori della simulazione nei confronti dell'erede. La giurisprudenza della Corte di Cassazione³ ha affermato che ai fini della prova della simulazione di una vendita posta in essere dal *de cuius* per dissimulare una donazione,

¹ Cass., Sez. II, 5 gennaio 2017, n. 138.

² Cass. civ., sez. III, 6 marzo 2018, n. 5159.

³ Cass. civ., sez. II, 7 gennaio 2019, n. 125.

l'erede legittimario può ritenersi terzo, con conseguente ammissibilità senza limiti della prova della simulazione, solo quando contestualmente alla azione volta alla dichiarazione di simulazione, proponga anche una espressa domanda di riduzione della donazione dissimulata, facendo valere la sua qualità di legittimario e fondandosi sulla specifica premessa che l'atto dissimulato comporti una lesione del suo diritto personale alla integrità della quota di riserva spettantegli, in quanto solo in questo caso egli si pone come terzo, nei confronti della simulazione.

La stessa Corte⁴ ha altresì precisato che l'erede che agisca per l'accertamento di dedotte dissimulate donazioni non è necessariamente terzo, assumendo tale qualità solo qualora, dopo aver esperito l'azione di riduzione per pretesa lesione di legittima, spenda la qualità di legittimario e non anche allorché agisca per lo scioglimento della comunione, previa collazione delle donazioni effettuate in vita dal “*de cuius*”; né consente il superamento, da parte dell'erede, dei suddetti limiti probatori il riferimento alla dispensa dalla collazione, trattandosi di istituto che opera solo dopo che sia stata accertata, in base alle previsioni di cui al cit. art. 1417 c.c. , la natura di donazione dell'atto, ove la parte abbia inteso far valere in giudizio anche la qualità di legittimaria e l'azione di simulazione sia strumentale al coevo esperimento di quella di riduzione.

⁴ Cass. civ., Sez. VI, 11 gennaio 2018, n. 536.

CAPITOLO X

I QUASI CONTRATTI

Si riporta il paragrafo 21. della Parte VII, capitolo X, sezione III

INTRODUZIONE - I QUASI CONTRATTI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

SEZIONE I - LA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI

*1. La gestione di affari altrui. Nozione e cenni storici. *2. Elementi costitutivi della gestione di affari. *2.1. *L'animus alieni negotii gerendi*. *2.2. La spontaneità dell'ingerenza. *2.3. L'altruità dell'affare. *2.4. *L'absentia domini*. *2.5. *L'utiliter coeptum*. *2.6. La capacità di contrattare del gestore. *2.7. L'assenza del divieto dell'interessato (c.d. *prohibitio domini*). *3. L'oggetto della gestione: il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. *4. Gli effetti della gestione. *4.1. Gli effetti nei rapporti interni. Gli obblighi del gestore nei confronti dell'interessato. *4.2. Gli obblighi dell'interessato nei confronti del gestore. *4.3. Gli effetti nei rapporti esterni: la gestione rappresentativa e non rappresentativa. *5. La ratifica dell'interessato.

SEZIONE II - LA RIPETIZIONE DELL'INDEBITO

*6. La ripetizione dell'indebitito. *7. L'indebitito oggettivo. Elementi costitutivi. *7.1. Il pagamento. *7.2. L'indebitito. *8. L'indebitito soggettivo *ex latere accipientis*. *9. L'indebitito soggettivo *ex latere solventis*. *10. L'indebitito misto. *11. L'indebitito ricevuto dall'incapace. *12. Le obbligazioni che nascono dal pagamento dell'indebitito. *13. Le restituzioni nei rapporti sinallagmatici. La teoria del saldo. *14. La ripetizione dell'indebitito nei rapporti con la P.A. *15. Il decorso del termine di prescrizione dell'azione nelle operazioni regolate in conto corrente bancario.

SEZIONE III - L'ARRICCHIMENTO SENZA GIUSTA CAUSA

*16. L'arricchimento senza giusta causa. Nozione e fondamento giuridico. *17. Gli elementi costitutivi dell'ingiustificato arricchimento. *17.1. La sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento. *17.2. L'arricchimento. *17.3. L'assenza di una giusta causa. *17.4. L'impoverimento. *17.5. Il nesso di correlazione tra arricchimento ed impoverimento. *17.5.1. L'arricchimento indiretto. *18. La struttura dell'ingiustificato arricchimento. Il fatto costitutivo. *18.1. Arricchimento da fatto ingiusto dell'arricchito. *18.2. L'arricchimento imposto. *19. L'indennizzo *20. Particolari ipotesi di ingiustificato arricchimento. L'azione di ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione. *20.1. Arricchimento del convivente *more uxorio*: novità della "Legge Cirinnà" (rinvio). *21. Rapporti tra azione di adempimento e di arricchimento ingiustificato: evoluzione del concetto di *ius variandi* processuale.

.....

21. Rapporti tra azione di adempimento e di arricchimento ingiustificato: evoluzione del concetto di *ius variandi* processuale.

La Suprema Corte¹ si è recentemente pronunciata, a conclusione di un acceso dibattito sull'ammissibilità della domanda di arricchimento senza causa *ex art.* 2041 c.c., proposta, in via subordinata, con la prima memoria *ex art.* 183, comma 6, c.p.c., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa a quella inizialmente formulata.

*In particolare, ci si chiedeva se nel giudizio promosso nei confronti di una P.A. per l'adempimento di un'obbligazione contrattuale la parte potesse modificare la propria domanda in una richiesta di indennizzo per arricchimento senza causa con la memoria *ex art.* 183, comma 6, n. 1 c.p.c. Il problema era se tale domanda, formulata dopo la proposizione della domanda di adempimento contrattuale, costituisse emendatio o mutatio libelli.*

*La recente giurisprudenza di legittimità, dando continuità al pregresso indirizzo interpretativo, in tema di esercizio dello *ius variandi* nel corso del processo, ha spostato l'attenzione dell'interprete dall'ambito circoscritto di una valutazione relativa alla invarianza degli elementi oggettivi (*petitum e causa petendi*) della domanda modificata rispetto a quella iniziale, verso una prospettiva di più ampio respiro, volta alla verifica che entrambe tali domande ineriscano alla medesima vicenda sostanziale sottoposta all'esame del giudice e rispetto alla quale la domanda modificata sia più confacente all'interesse della parte.*

Si è quindi ritenuta ammissibile la domanda di arricchimento senza causa, *ex art.* 2041 c.c., proposta, in via subordinata, con la prima memoria *ex art.* 183, comma 6, c.p.c., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa a quella inizialmente formulata.

¹ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22404.

CAPITOLO II

LE LIBERALITÀ TRA VIVI

Si riporta il paragrafo 12. della Parte V, capitolo II, sezione II

SEZIONE I • LA DONAZIONE

•1. La nozione e gli elementi essenziali della donazione. •2. L'elemento oggettivo. •3. L'elemento soggettivo (*animus donandi* e causa). •4. La disciplina codicistica. •5. Riunione fittizia, riduzione e opposizione stragiudiziale. •6. Preliminare di donazione. 7. Le donazioni degli enti collettivi. •8. La donazione di beni altrui e l'acquisto per usucapione.

SEZIONE II • LA DONAZIONE E I MOTIVI

•9. Donazione remuneratoria. •9.1. Donazione remuneratoria e obbligazione naturale. •9.2. Donazione remuneratoria e liberalità d'uso. •10. Donazione obnuziale. •11. Gli elementi accidentali della donazione. La donazione condizionata. 11.2 Donazione modale. 12. L'invalidità della donazione. 13. L'inadempimento della donazione. La garanzia per vizi ed evizione.

SEZIONE III • LA DONAZIONE INDIRETTA

•14. Nozione di donazione indiretta. •14.1. Applicazioni pretorie della fattispecie di donazione indiretta. •14.1.1. Rendita vitalizia e assicurazione sulla vita a favore di un terzo. •14.1.2. Pagamento di debiti altrui e delegazione di pagamento. •14.1.3. Rinunzia abdicativa. •14.1.4. Comportamenti positivi e negativi. •14.1.5. Divisione in parti disuguali. •14.1.6. Mandato ad amministrare e mandato irrevocabile. •14.1.7. Contratto a favore di terzo. •14.1.8. *Negotium mixtum cum donatione*. •14.1.9. Intestazione dei beni in nome altrui e regime giuridico. •14.1.10. La donazione diretta ad esecuzione indiretta. •14.2. Donazione indiretta e simulazione.

.....

12. L'invalidità della donazione.

Come è noto, si parla in generale di invalidità del negozio giuridico quando questo risulta geneticamente inficiato da un vizio che ricade sui suoi elementi essenziali, richiesti dalla legge, appunto, ai fini della sua validità.

L'invalidità della donazione risente in modo particolare della disciplina composita dell'istituto, nella quale si combinano, come detto, la normativa del testamento e quella dei contratti in generale. In particolare, sono riconducibili anche al contratto di donazione i vizi genetici tipici di qualsiasi contratto: nullità (art. 1418 c.c.), nullità parziale (art. 1419 c.c.), vizi del consenso, annullamento (artt. 1427 e ss. c.c.) ed i relativi effetti (art. 1445 c.c.), etc. Esiste, poi, una disciplina propria della donazione, analoga a quella prevista per le disposizioni testamentarie, rilevante in particolare per i vizi del consenso e per la possibilità di “confermare” le donazioni affette da nullità.

Le tipologie di invalidità del contratto di donazione

La dottrina prevalente ammette anche il vizio atipico della inesistenza della donazione, che si ha quando il negozio, pur esistendo come fatto storico nella realtà materiale, è inficiato da un vizio talmente grave e radicale, anche più grave della nullità, che ne impedisce la stessa possibilità di qualificarlo giuridicamente, ancorché in senso negativo. L'inqualificazione giuridica del contratto inesistente ha rilievo soprattutto in tema di sanatoria (artt. 590 e 799 c.c.), non essendo sanabile il negozio inesistente, a differenza di quello nullo. Non è tuttavia inesistente la donazione fatta oralmente, sia perché il legislatore commina espressamente la nullità in caso di difetto della forma solenne *ad substantiam* (art. 782 c.c.), sia perché talvolta la donazione orale è anche ammessa (come nel caso della donazione di modico valore, valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la *traditio*, ex art. 783 co 1 c.c.). Essendo nulla e non inesistente, la donazione orale è suscettibile di conferma.

L'inesistenza

Per quanto attiene all'errore, l'art. 787 c.c. codifica, sotto il profilo dell'annullabilità della donazione, uno dei pochi casi di rilevanza giuridica del motivo, dando rilievo all'errore (*error facti* o *error iuris*) sul motivo, purché “*questo risulti dall'atto e sia il solo che abbia determinato il donante a compiere la liberalità*”. Parimenti, l'art. 788 c.c., in parallelo all'art. 626 c.c. in materia testamentaria, dispone che il motivo illecito rende nulla la donazione, sempre che “*risulti dall'atto e sia stato il solo che ha determinato il donante alla liberalità*”. Perché possa “risultare dall'atto”, inoltre, non è necessario che il motivo sia esplicitato con la medesima forma solenne richiesta per l'atto di donazione: esso, infatti, può anche essere implicito, purché emerga inequivocabilmente dal tenore dell'atto la ragione determinante (o motivo) che ha determinato il donante a beneficiare il donatario, che l'interprete dovrà verificare secondo i parametri normativi di interpretazione del contratto, di cui agli artt. 1362 e ss. c.c.

Analogie con la disciplina dell'invalidità testamentaria

Parallela alla disciplina testamentaria (art. 590 c.c.) e sconosciuta al contratto in generale (art. 1423 c.c.) è, inoltre, la possibilità che gli eredi del donante o i suoi aventi causa hanno di “confermare” la donazione inficiata dal più grave vizio di nullità. Dispone l'art. 799 c.c.: “*La nullità della donazione, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa dal donante che, conoscendo la causa della*

La conferma delle donazioni nulle

nullità, hanno, dopo la morte di lui, confermato la donazione o vi hanno dato volontaria esecuzione“. Lo scopo della disposizione viene generalmente ravvisato nel rispetto della volontà del donante (o del testatore, *ex art. 590 c.c.*), tale da giustificare una deroga al principio di insanabilità della nullità. La conferma può essere espressa o tacita.

L'atto di conferma è qualificabile come negozio unilaterale recettizio che, per avere efficacia, deve presentare gli stessi requisiti richiesti per la validità ed efficacia della convalida del negozio annullabile (*art. 1444 c.c.*).

Quanto agli effetti, la conferma opera retroattivamente tra le parti: la donazione nulla, ove sia stata confermata, produce i suoi effetti non dal momento della conferma, bensì da quello, anteriore, della perfezione del negozio nullo.

CAPITOLO XI IL CONDOMINIO

Si riporta il paragrafo 1. della Parte VI, capitolo XI

•1. Nozione e natura del condominio. •1.1. La c.d. relazione di accessorietà. •2. La disciplina: parti comuni e parti esclusive. •2.1. Le tabelle millesimali. •2.2. Il diritto di sopraelevazione. •2.2.1. La natura giuridica. •2.2.2. I limiti al diritto di sopraelevazione. •2.2.3. L'indennità di sopraelevazione. •2.2.4. Le ipotesi in cui è dovuta l'indennità. •2.2.5. Ipotesi in cui l'ultimo piano appartiene *pro diviso* a più proprietari. •2.3. La configurabilità di una servitù di parcheggio. (Rinvio)•2.4. Il pagamento degli oneri condominiali relativi a immobile in usufrutto. •3. Organizzazione del condominio. •3.1. L'assemblea quale organo deliberativo del condominio e le spese urgenti non autorizzate ex art. 1134 c.c. •3.1.1. L'impugnazione delle delibere assembleari. •3.2. L'amministratore. •4. Il supercondominio. •5. Il c.d. condominio minimo. •6. Lo scioglimento del condominio e il perimento dell'edificio.

1. Nozione e natura del condominio.

Tipica ipotesi di comunione c.d. forzata è quella che viene a determinarsi nel condominio degli edifici.

Definizione Si ha condominio quando più soggetti hanno la proprietà esclusiva di parti distinte di un medesimo fabbricato (piani o porzioni di piano), laddove alcune parti dell'edificio, strutturalmente e funzionalmente connesse al complesso delle singole unità immobiliari, appartengono in comunione *pro indiviso* a tutti i comproprietari (artt. 1117 e ss. c.c.).

I beni comuni, salva diversa indicazione nel titolo, sono quelli elencati nell'art. 1117 c.c., e comunque tutti quei locali che sono strumentali o all'esistenza delle parti comuni, o all'uso delle parti comuni o al miglior godimento delle parti comuni, essendo tale elencazione non tassativa.

Modi di costituzione La disciplina positiva non accenna ai modi di *costituzione* del condominio: alla coesistenza di proprietà esclusive e parti comuni all'interno dello stesso edificio si perviene necessariamente in via negoziale, attraverso il frazionamento di proprietà di un edificio, ovvero attraverso la costruzione dello stesso da parte di più soggetti, comproprietari di un fondo.

Orbene, le parti comuni, salvo diversa previsione contenuta nel titolo, appartengono ai singoli condomini *pro quota* (solitamente espressa in millesimi) in proporzione al valore delle parti dell'immobile di cui essi sono proprietari esclusivi. Come detto in apertura di paragrafo, si tratta di una comunione forzata che non può essere soggetta a scioglimento, salvo l'ipotesi prevista dall'art. 1119 c.c., ove è previsto che la divisione possa eccezionalmente farsi solo se non rende "più incomodo" l'uso della cosa a ciascun condomino e "con il consenso di tutti i partecipanti al condominio" (formula aggiunta ad opera della riforma operata con legge 11 dicembre 2012, n. 220).

La discussa natura giuridica del condominio La natura del condominio, ovvero della coesistenza di proprietà individuali ed enti comuni, è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza, pervenute a conclusioni diverse e spesso assai distanti tra loro (almeno dal punto di vista teorico).

In dottrina si ravvisano tre tesi.

Tesi tradizionale: il condominio come comunione meramente strumentale Secondo la concezione tradizionale, per condominio negli edifici dovrebbe intendersi *sic et simpliciter* la "proprietà comune" di alcune parti dell'edificio, poste a servizio di altre parti dell'edificio (i piani o le porzioni di piano: ossia, normalmente, gli appartamenti) e a queste ultime legate da un rapporto necessario e perpetuo di accessorietà e di complementarietà a senso unico.

Così configurato, il condominio si risolve in una comunione meramente strumentale rispetto all'esercizio dei singoli diritti di proprietà esclusiva sui diversi appartamenti: i quali, dal canto loro, seguirebbero "un proprio interesse individuale e autonomo", al di fuori della disciplina speciale del condominio e in armonia con la definizione generale della proprietà come "diritto di godere e disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo" (art. 832 c.c.).

Tesi della natura mista In dottrina, però, si è delineata anche un'altra definizione, più ampia, di condominio negli edifici come "situazione mista, di comproprietà e di concorso di proprietà esclusive": l'una legata alle altre da un intimo nesso di reciproca

complementarietà e funzionalità.

Unico dato certo è che, se la comproprietà delle parti comuni dell'edificio è funzionale alle proprietà isolate dei piani o porzioni di piano facenti capo ai singoli condomini, queste ultime a loro volta vanno incontro a una serie di limiti; limiti che, rispondono all'esigenza di rendere funzionale l'esercizio della proprietà sui singoli appartamenti con la destinazione delle parti comuni dell'edificio a una utilizzazione collettiva, conforme alle caratteristiche strutturali dell'edificio stesso. Pertanto, secondo una parte della dottrina, il condominio si configura come una struttura organizzativa che riproduce, sia pure in embrione, il modello tipico delle associazioni, provvedendo a un'attività di gestione che, in quanto affidata a organi dotati *ex lege* di poteri essenzialmente inderogabili (art. 1138, comma 4, c.c.), tende ad attribuire all'interesse del condominio una rilevanza oggettiva e assorbente rispetto agli interessi soggettivi dei singoli condomini, specialmente nelle cause aventi ad oggetto la tutela e salvaguardia dei beni comuni.

Da qui, la dottrina evidenzia la netta distinzione tra comunione e condominio: infatti, mentre nella comunione il godimento dei beni è "statico e finale", nel condominio c'è una valenza dinamica e accessoria, essendo i beni comuni posti in un rapporto di strumentalità per il necessario, pieno, godimento dei beni di proprietà o uso esclusivo dei singoli condomini.

Il condominio, per costante giurisprudenza di merito e di legittimità, è sempre stato ritenuto privo di qualsivoglia personalità e soggettività giuridica autonoma, venendo paragonato a un modello collettivo di organizzazione e gestione delle cose comuni, alla stregua di un ente collegiale rappresentativo degli interessi individuali, sfornito, come tale, di autonomia patrimoniale, nonché di soggettività giuridica distinta da quella dei singoli partecipanti. Invero, questi ultimi agiscono, di regola, per mezzo dell'amministratore di condominio, al quale, tramite l'assemblea, conferiscono mandato, nei limiti dei poteri di rappresentanza stabiliti dal regolamento condominiale e, in assenza o integrazione, dalla legge (art. 1130 c.c.).

Conseguenza di questa impostazione, ormai risalente⁶, è che rilevano solo i singoli condomini: non vi è spazio per riconoscere un interesse "qualificato" del condominio sulle cose comuni, essendo esso un mero "contenitore" in cui raggruppare gli interessi dei singoli partecipanti che, come tali, non possono essere privati della loro legittimazione ad agire in giudizio (proiettando l'interesse personale in giudizio, *ex art. 100 c.p.c.*) anche a difesa dei diritti relativi alle parti comuni dell'edificio, in quanto strumentali e annesse ai piani e beni di loro esclusiva proprietà o uso.

⁶ La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nel 2008, così si esprimeva parlando della natura giuridica del condominio: "il condominio, infatti, non è titolare di un patrimonio autonomo, né di diritti e di obbligazioni: la titolarità dei diritti sulle cose, gli impianti e i servizi di uso comune, in effetti, fa capo ai singoli condomini; agli stessi condomini sono ascritte le obbligazioni per le cose, gli impianti ed i servizi comuni e la relativa responsabilità; le obbligazioni contratte nel cosiddetto interesse del condominio non si contraggono in favore di un ente, ma nell'interesse dei singoli partecipanti" (Cass., Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148).

Questa impostazione, tuttavia, non ha potuto resistere allo sviluppo delle realtà condominiali (si pensi all'emersione di "super-condomini", riconosciuti *ex art. 1117 bis c.c.*, con la riforma citata del 2012), sempre più complesse e organizzate, e, pertanto, sempre più bisognose di tutela a fronte del coinvolgimento di molteplici interessi e prerogative, personali e patrimoniali.

L'esigenza di individuare spazi di autonomia al condominio rispetto ai rapporti con i singoli condomini è stata sollevata da più parti, fino a essere "quasi" recepita dal legislatore, con la riforma operata con L. 220/2012.

**Il tentativo
(fallito) di
entificazione**

Tuttavia, anche prima della riforma (che, giova precisare sin da ora, non ha innovato espressamente quanto alla natura giuridica del condominio), in giurisprudenza era in atto quello che è stato definito un processo di "entificazione" del condominio, in parallelo alla "oggettivizzazione" di un interesse proprio. Talune decisioni giurisprudenziali, parevano muovere dall'idea che potesse esistere uno "iato" tra interesse del condominio e interesse dei condomini, tale che il primo, più che modello meramente organizzativo e gestorio di parti comuni, potesse qualificarsi quanto meno come "soggetto di diritto", centro autonomo di imputazione di situazioni soggettive, di diritti e di obblighi, avviando una "timida marcia" verso l'entificazione.

**Cass., S.U.,
19663/2014:
il condomino
è dotato di
soggettività
giuridica**

In tale frangente si inserisce l'importante, e recente, arresto del Supremo Consesso a Sezioni Unite chiamato a pronunciarsi sulla legittimazione ad agire in giudizio dei singoli condomini al fine di far valere il diritto all'equa riparazione per la irragionevole durata del processo presupposto, intentato dal condominio in persona dell'amministratore, al quale, tuttavia, i condomini non avevano partecipato direttamente.

La Suprema Corte, partendo dalla *ratio* della normativa comunitaria, prima ancora che nazionale, volta a riconoscere un'equa riparazione indennitaria per il danno subito in caso di eccessiva durata del processo (legge 24 marzo 2001, n. 89, nota come legge Pinto), ha evidenziato come l'indennizzo spetti solamente alle "parti in causa" rispetto alle "cause proprie", nel cui ambito si assume avvenuta la violazione per irragionevole durata del processo. Pertanto, *"nel caso di giudizio presupposto intentato dal solo condominio e del quale, pur trattandosi di diritti connessi alla partecipazione dei singoli, costoro non ne siano stati parti (nemmeno intervenienti), spetta esclusivamente al condominio, in persona del suo amministratore, purché a ciò autorizzato da delibera assembleare, far valere il diritto all'equa riparazione per la durata irragionevole del processo"*. La strada per giungere a siffatta affermazione, tuttavia, passa necessariamente attraverso il riconoscimento, se non di una personalità giuridica del condominio, quantomeno e sicuramente di una "soggettività giuridica" propria e distinta da quella dei singoli condomini, un centro di imputazione di interessi autonomi che, pertanto, possono proiettarsi come tali anche in giudizio onde ottenere precipua tutela⁷, specialmente se incentrata nella "gestione" dei beni comuni.

La pronuncia in commento ha assunto nel dibattito, quindi, una posizione mediana: prendendo atto della evoluzione, concettuale e legislativa, che ha

⁷ La Corte di Cassazione, Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 19663, supera così, in senso evolutivo, il principio di diritto espresso pochi anni prima dal medesimo Consesso nel 2008.

interessato il condominio, pur senza giungere alla affermazione della personalità giuridica, con conseguente autonomia patrimoniale, ha ritenuto di attribuirgli “sicuramente“ una soggettività giuridica autonoma, scindendo l’interesse dei singoli partecipanti alla tutela delle cose comuni, dall’interesse oggettivo del condominio, impersonificato nell’assemblea condominiale e rappresentato all’esterno dall’amministratore, suo mandatario.

Anche la giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2014, ha continuato a ritenere che: “*nelle controversie aventi ad oggetto un diritto comune, e non la sola gestione dei beni comuni, l’esistenza dell’organo rappresentativo unitario non priva i singoli condomini del potere di agire in difesa dei diritti connessi alla loro partecipazione, nè di intervenire nel giudizio in cui tale difesa sia stata legittimamente assunta dall’amministratore*“⁸.

Nonostante sembrasse chiara la direzione intrapresa dalla giurisprudenza di legittimità, a fronte di un immutato quadro normativo, non sono sopiti i dibattiti relativi alla legittimazione per il singolo condomino di agire in giudizio, intervenire o impugnare una sentenza sfavorevole al condominio, anche a fronte dell’inerzia o acquiescenza dell’amministratore, di talché si è reso necessario un nuovo intervento chiarificatore della Suprema Corte riunita nella più autorevole composizione.

Le Sezioni Unite⁹, dopo aver ripercorso storicamente e logicamente i passaggi che hanno interessato la materia del condominio degli edifici, senza dubitare della ormai riconosciuta soggettività giuridica autonoma del condominio, hanno ritenuto di non doversi discostare dalla “impostazione tradizionale“, già sposata nel precedente del 2014, facendo salvi i poteri di azione processuale e di impugnazione dei singoli condomini quando, in giudizio, siano in gioco diritti reali inerenti alle cose comuni, come tali necessariamente legati da un nesso di accessorietà e strumentalità con i beni di loro esclusiva proprietà, mantenendo vivo l’interesse a una piena tutela. Viceversa, è del condominio, in persona dell’amministratore, l’esclusiva legittimazione ad agire in giudizio o impugnare la sentenza ad esso sfavorevole quando, in gioco, vi siano interessi solo comuni, indifferenziati, attinenti “non a diritti sui beni, bensì alla loro gestione“, a fronte dei quali la legittimazione del singolo condomino confliggerebbe con l’impianto normativo di gestione collettiva della cosa comune, poiché egli farebbe valere non un interesse “proprio“ ma un interesse “collettivo“, eludendo la necessaria autorizzazione dell’organo portatore di tale interesse, qual è l’assemblea condominiale¹⁰.

Il nuovo intervento della S.C.: Cass., S.U., 18 aprile 2019, n. 10934

È l’interesse fatto valere in giudizio a individuare i presupposti per la legittimazione ad agire

⁸ Cass., 18 gennaio 2017, n. 29748; Cass., 9 novembre 2017, n. 26557; Cass., 6 agosto 2015, n. 16562.

⁹ Cass., Sez. Un., 18 aprile 2019, n. 10934.

¹⁰ Occorre richiamare Cass., Sez. Un., 6 agosto 2010, nn. 18331 e 18332, le quali hanno configurato i poteri rappresentativi processuali dell’amministratore coordinandoli, per subordinazione, con quelli dell’assemblea. Si è in quell’occasione chiarito che il potere decisionale in materia di azioni processuali spetta “solo ed esclusivamente all’assemblea“ che può anche ratificare *ex tunc* l’operato dell’amministratore, “organo meramente esecutivo“ del condominio, che abbia agito senza autorizzazione.

PARTE X

LA RESPONSABILITÀ CIVILE

Si riportano i paragrafi 20 e 20.1. della Parte X, capitolo I, sezione III

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

SEZIONE I - L'INADEMPIMENTO

I - I PRINCIPI GENERALI

*1. Nozione di inadempimento. *2. I presupposti: l'obbligazione giuridicamente rilevante e l'attualità della prestazione. *3. Inadempimento totale e parziale. *4. Inadempimento imputabile e non imputabile. *4.1. Gli elementi negativi: l'impossibilità della prestazione e la causa non imputabile al debitore. *4.1.1. Le ipotesi applicative. *4.1.1.A. Eventi naturali. *4.1.1.B. Fatto del terzo. *4.1.1.C. Fatto del creditore. *4.1.1.D. Vizi della cosa oggetto della prestazione (rinvio). *4.1.1.E. Impedimenti personali. *4.2. Il ruolo della buona fede.

II - NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

*5. Il fondamento della responsabilità da inadempimento: il difficile rapporto tra l'art. 1176 c.c. e l'art. 1218 c.c.. *5.1. La tesi della responsabilità oggettiva. *5.1.1. I temperamenti. *5.1.1.A. L'impossibilità relativa. *5.1.1.B. La buona fede. *5.2. La tesi della responsabilità soggettiva. *5.2.1. I temperamenti: la colpa "oggettivata". *5.3. Le teorie intermedie maggiormente accreditate. *5.3.1. Tesi mediana che distingue tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. *5.3.2. Tesi mediana secondo cui l'art. 1218 si applica solo alle obbligazioni di dare. *6. L'inadempimento nei vari tipi di obbligazioni. *6.1. Nelle obbligazioni pecuniarie. Cenni e rinvio. *6.2. Nelle obbligazioni generiche. *6.3. Nelle obbligazioni di mezzi e di risultato. In particolare, nelle obbligazioni professionali.

III - I RIMEDI ALL'INADEMPIMENTO

*Premessa. *7. Azione di esatto adempimento. *7.1. Regime speciale nella vendita dei beni di consumo. *8. Rapporti con l'azione di risoluzione del contratto (rinvio). *8.1. Il mutamento della domanda di esecuzione in domanda di risoluzione e viceversa. *9. La sussidiarietà dell'azione risarcitoria. *10. Le *astreintes*.

IV - L'ONUS PROBANDI

*11. Il riparto dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale. La problematica delle obbligazioni c.d. negative.

SEZIONE II - LA MORA DEL DEBITORE

*12. Nozione, funzione e fondamento della *mora debendi*. *13. Mora *ex re* e mora *ex persona*. *14. L'atto di costituzione in mora e l'offerta non formale del debitore. *15. Effetti della mora. *16. Il ritardo semplice e la mora. *17. Mora e risoluzione del contratto.

SEZIONE III - LA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE. IL PARADIGMA DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA E ALTRE FATTISPECIE APPLICATIVE

*18. La responsabilità professionale: profili generali. *19. La responsabilità del professionista intellettuale. *19.1. Ambito oggettivo di applicazione dell'art. 2236 c.c. *19.2. La natura dell'obbligazione del professionista intellettuale. 20. La responsabilità medica: le questioni. 20.1. La colpa medica: caratteri e regime applicabile. *20.2. La responsabilità della struttura sanitaria (pubblica e privata) ed il contratto atipico di ospitalità. *20.3. La natura della responsabilità del medico.*20.3.1. Il dibattito precedente alla riforma Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 189, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189). *20.3.2 Il dibattito successivo alla riforma Balduzzi. La legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità medica (l. 8 marzo 2017, n. 24). *20.3.3. Le ricadute dell'evoluzione giurisprudenziale sul riparto dell'onere della prova. Il ruolo delle concause. *20.4. Il consenso informato: inquadramento generale e problematiche connesse. *20.4.1. La responsabilità medica per inadempimento degli obblighi di informazione. *20.4.1.1. Natura della responsabilità e conseguente riparto dell'onere probatorio. *20.4.1.2. La rilevanza autonoma dell'inadempimento dell'obbligo di informazione. *20.5. Il danno da nascita indesiderata (*rinvio*). *21. La responsabilità professionale dell'avvocato. *22. La responsabilità del notaio. *23. La responsabilità del professionista tecnico.

SEZIONE IV - LA RESPONSABILITÀ *EX RECEPTO*

*24. La responsabilità *ex recepto*. *24.1. La responsabilità *ex recepto* nei contratti di parcheggio, di ormeggio e di albergo.

SEZIONE V - IL RISARCIMENTO DEL DANNO

I - LE COMPONENTI DEL DANNO

*25. La nozione di danno risarcibile. *26. Le componenti del danno *ex* 1223 c.c.: danno emergente e lucro cessante. *26.1. La *chance*: perdita di un'occasione o occasione persa? *26.1.1. La tesi (eziologica) della *chance* come lucro cessante. *26.1.2. La tesi (ontologica) della *chance* quale danno emergente. *26.1.3. Tecniche di liquidazione del danno da perdita di *chance*: il c.d. "coefficiente di riduzione". 26.1.4. Il danno non patrimoniale da perdita di *chance*. *26.1.5. Il danno da perdita di *chance* nella giurisprudenza lavoristica: la mancata promozione e le differenze con il danno da perdita della *chance* di promozione. *27. Il danno nelle obbligazioni pecuniarie (art. 1224 c.c.). *Rinvio*.

II - *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*

*28. La *compensatio lucri cum damno*.

III - DELIMITAZIONE NORMATIVA DEL DANNO RISARCIBILE

*29. La delimitazione del danno risarcibile: distinzione tra causalità di fatto e causalità giuridica. *29.1. Causalità materiale: art. 1218 c.c. *29.2. Causalità giuridica: l'art. 1223 c.c. *29.2.1. Teoria della *condicio sine qua non*. *29.2.2. Teoria (prevalente) della causalità adeguata o regolarità causale. * 29.2.3. Le teorie minori della c.d. causalità specifica e dello scopo della norma violata. *30. L'art. 1227 c.c.: il rapporto tra il primo e il secondo comma. *30.1. L'art. 1227 comma 1, c.c. nell'ambito della causalità materiale. La condotta omissiva atipica del danneggiato. Concorso colposo del creditore e apparenza: il pagamento della banca a soggetto non legittimato. *30.2. L'art. 1227, comma 2, c.c. e la causalità giuridica: il danno evitabile. 31. L'art. 1225 c.c.: il danno prevedibile. *31.1. Danno imprevedibile e inadempimento doloso. *32. Liquidazione equitativa *ex* art. 1226 c.c.

IV - RESPONSABILITÀ PER FATTO DEGLI AUSILIARI

*33. L'art. 1228 c.c.: natura della responsabilità ed ambito applicativo. * 33.1. Creditore e ausiliari. La strada per una responsabilità extracontrattuale.

SEZIONE VI - LE CLAUSOLE DI ESONERO DELLA RESPONSABILITÀ

I - PRINCIPI E DISCIPLINA

*34. L'art. 1229 c.c.: disciplina ed ambito applicativo. *35. La differenza tra clausole limitative della responsabilità e clausole limitative dell'oggetto. *35.1. Le clausole limitative della responsabilità nel contratto di assicurazione. Le clausole *claims made* (rinvio). *36. Le clausole di esonero della responsabilità per fatto degli ausiliari.

II - RAPPORTI CON LA CLAUSOLA PENALE

*37. Clausole di limitazione della responsabilità e clausole affini. *38. La clausola penale: nozione e struttura. *38.1. Natura e forma della clausola penale. *38.2. Penale per l'inadempimento e penale per il ritardo. *38.2.1. Clausola penale e risarcimento ordinario. *38.2.2. Il risarcimento del danno ulteriore. *38.3. La riduzione d'ufficio della penale. *39. La caparra confirmatoria. *39.1. Differenze con la caparra penitenziale, l'acconto e la cauzione. *39.2. Caparra confirmatoria e clausola penale. *39.3. Recesso dal contratto. *40. La caparra penitenziale. *40.1. Caparra penitenziale e multa penitenziale. *40.2. Il rapporto tra recesso (con ritenzione della caparra) e risoluzione (con risarcimento del danno).

.....

20. La responsabilità medica: le questioni.

Le principali questioni che hanno animato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine ai profili civilistici della responsabilità medica, sono le seguenti:

- 1) i caratteri della colpa medica ed il regime giuridico applicabile;
- 2) la natura della responsabilità del medico e della struttura sanitaria ed i consequenziali corollari applicativi (in particolare, quanto a regime probatorio);
- 3) i criteri di accertamento che presiedono all'indagine sul nesso di causalità tra la condotta del sanitario e l'evento dannoso;
- 4) l'individuazione degli obblighi gravanti sul sanitario, con particolare riferimento agli obblighi di informazione ed alle sanzioni connesse all'inadempimento degli stessi.

20.1. La colpa medica: caratteri e regime applicabile.

La diligenza cui è tenuto il medico nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale quella 'qualificata', richiesta dalla natura dell'attività esercitata, ai sensi del comma 2 dell'art. 1176 c.c.¹¹.

L'espressione di tale diligenza qualificata, *sub specie* di particolare sforzo tecnico-scientifico, è la perizia, intesa come conoscenza e applicazione di quel complesso di regole tecniche proprie della categoria professionale d'appartenenza: nello specifico, si tratta delle *leges dell'ars medica*, tese a perimetrare l'ambito del c.d. 'rischio consentito' e, per l'effetto, l'ambito di liceità dell'intervento medico.

Il richiamo alla perizia ha, dunque, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità del medico alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole di condotta ben precise.

Va da sé che nelle varie discipline specialistiche, anche all'interno della stessa attività medica, la perizia di volta in volta si caratterizzerà in modi parzialmente diversi, riempiendosi dei significati tecnico-qualitativi attinti dallo standard medio dello specialista di riferimento, fermi comunque quei principi fondamentali comuni a qualsiasi ramo dell'attività medica e, più in generale, di quella sanitaria.

In definitiva, su ogni sanitario, accanto ai generali doveri di diligenza e prudenza, incomberà una perizia il cui contenuto è rappresentato: da un lato, dalle *leges artis* comuni a qualsiasi ramo della professione medica (*id est*, la medicina di base); dall'altro, dalle regole di condotta specifiche del settore di specializzazione di appartenenza¹².

¹¹ Cfr. sul tema MENGONI, *op. cit.*, 296 e ss.; VISINTINI, *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di responsabilità*, Padova, 1990; VIGOTTI, *La responsabilità del professionista*, in ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, in *Giur. sist.*, diretta da BIGIAMI, vol. III, Torino, 1986; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 377 ss.; CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in *Giur. it.*, 1996 I, 1, 91, nota a Cass. 3 marzo 1995 n. 2466; e più di recente ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.* 2006, 11, 1805.

¹² Sul punto, Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 precisa che "Ai diversi gradi di specializzazione corrispondono ...diversi gradi di perizia. Può allora distinguersi tra una diligenza professionale generica e una diligenza professionale

Nozione di colpa medica: omissiva e commissiva

Pertanto, la colpa medica ricorre in tutte le ipotesi di involontaria inosservanza e/o violazione da parte del sanitario delle specifiche regole cautelari di condotta proprie dell'agente modello del settore specialistico di riferimento, ipotizzandosi tanti agenti-modello, quante sono le branche specialistiche della medicina (es. radiologia, cardiologia *etc.*).

La colpa medica potrà essere omissiva, allorché l'errore medico (terapeutico o diagnostico) si sostanzia nell'omissione delle cautele prescritte dalle speciali regole di condotta, da valutare anche alla stregua dei protocolli terapeutici standardizzati; commissiva, laddove la violazione delle suddette regole si sostanzia in una condotta attiva.

Accanto a tale colpa professionale, o speciale, nulla esclude che possa ascriversi al medico anche una responsabilità per colpa generica, per inosservanza delle regole generali di diligenza e prudenza.

Al riguardo, merita di essere sottolineato anche il ruolo che l'aggiornamento costante del professionista svolge in relazione alla valutazione della condotta diligente.

Il raccordo con l'art. 2236 c.c.

Con riferimento al medico, in particolare, è lo stesso codice deontologico ad affermarne la necessità imprescindibile¹³. E, del resto, lo standard medio di riferimento – sulla cui base valutare la colpa professionale- non può che essere uno standard 'aggiornato', al passo con lo sviluppo tecnico-scientifico del momento storico.

Il concetto di perizia assume rilievo anche in relazione all'ambito di applicazione della norma speciale di cui all'art. 2236 c.c. Come già osservato in precedenza, l'elaborazione giurisprudenziale ha portato a racchiudere l'applicabilità dell'articolo in esame in una nicchia di ipotesi sempre più ristretta, onde evitare che il ricorso a tale norma finisse per svilire la portata del dovere di diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.¹⁴.

variamente qualificata. Chi assume un'obbligazione nella qualità di specialista, o una obbligazione che presuppone una tale qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria. Lo sforzo tecnico implica anche l'uso degli strumenti materiali normalmente adeguati, ossia l'uso degli strumenti comunemente impiegati nel tipo di attività professionale in cui rientra la prestazione dovuta?

¹³ Art. 19 del nuovo codice di deontologia medica, approvato il 16 dicembre 2006, dalla Federazione Nazionale degli ordini dei medici chirurghi ed odontoiatri.

¹⁴ Sulla interpretazione restrittiva della nozione di "problemi di speciale difficoltà" v. *supra*, par. 19.