

## Il parere civile

### **1.1. Non curarsi è una scelta consentita dal diritto alla salute o dalla libertà personale?**

#### *1.1.1. Traccia*

*Tizia, a seguito di diagnosi del proprio medico di fiducia, decide di sottoporsi, presso l'Ospedale Alfa di Roma, a un intervento di asportazione di una neoformazione cutanea ubicata in prossimità del coccige.*

*La degenza pre-operatoria e la preparazione all'intervento vengono seguite dal chirurgo Dott. Caio, che si occupa anche di eseguire l'operazione, senza tuttavia raccogliere il consenso informato della paziente in merito all'intervento.*

*All'esito di questo, Tizia accusa gravi dolori alla colonna vertebrale, che ne compromettono in parte la possibilità di camminare e, pertanto, decide di adire il competente Tribunale domandando il risarcimento dei danni patiti a causa dell'esecuzione dell'operazione da parte di Caio, giudicata negligente, quantificati nell'importo di Euro 250.000,00.*

*Sulla resistenza del convenuto e dopo consulenza tecnica d'ufficio, emerge che l'operazione è stata in realtà correttamente eseguita e che i dolori e le conseguenze avvertite dalla paziente rientrano nel normale ambito dei postumi del tipo di operazione.*

*Per tali motivi, il Tribunale rigetta la domanda.*

*Tizia, allora, promuove appello avverso la sentenza, per sentir riformare la sentenza di primo grado mediante condanna di Caio alla corresponsione della domandata somma di Euro 250.000,00 a titolo di danni per mancato raccoglimento del consenso informato dell'attrice, essendo emerse in primo grado sia tale mancanza sia la prova che ella, ove avesse saputo di tali conseguenze, avrebbe scelto di non sottoporsi all'operazione.*

*Il candidato, assunte le vesti del legale di Caio, rediga motivato parere in ordine alle possibilità di resistere a tale impugnazione.*

#### *1.1.2. Svolgimento*

Il parere richiesto dal medico Caio investe la materia dei c.d. nova in appello, vietati dall'art. 345 c.p.c.

In particolare, per affrontare adeguatamente la questione concreta, occorrerà chiedersi quale rapporto intercorra fra la domanda formulata da Tizia nell'atto di citazione introduttivo del primo grado di giudizio e quella contenuta nell'atto di appello, per comprendere se esse riguardino, o meno, il medesimo bene giuridico.

Occorre a questo punto ripercorrere i fatti storici salienti, onde contestualizzare il quesito posto.

Tizia si è ricoverata presso l'Ospedale Alfa al fine di sottoporsi a un intervento di rimozione di una formazione cutanea ed è stata affidata alle cure del medico specialista Caio. Questi ha ricevuto il compito di prepararla all'operazione, che poi ha eseguito personalmente.

La paziente, tuttavia, successivamente accusa forti dolori alla schiena e ridotta capacità di deambulazione, che attribuisce all'esecuzione dell'intervento stesso, giudicata negligente.

Conseguentemente, ella agisce in giudizio contro il medico, domandando il risarcimento dei danni. Gli accertamenti istruttori, tuttavia, mettono in evidenza che, sebbene nella fase anteriore all'operazione non sia stato raccolto il consenso informato di Tizia, l'esecuzione dell'intervento è scevra da connotati colposi e che i dolori e la ridotta mobilità costituiscono possibili conseguenze di tale tipo di operazione, che non dipendono dal quomodo della sua esecuzione.

La sentenza del Tribunale, che rigetta la domanda sposando le ragioni peritali, viene però impugnata da Tizia sul presupposto per il quale, risultando accertati sia la mancanza del proprio consenso informato sia che ella non si sarebbe sottoposta all'operazione ove fosse stata resa edotta di tali conseguenze, il risarcimento domandato avrebbe dovuto comunque esserle riconosciuto.

Così ricostruite le circostanze di fatto, si impone innanzitutto la necessità di individuare entro quali limiti possa essere proposta una domanda "nuova" al momento della proposizione di un atto di appello, fattispecie disciplinata – come accennato – dall'art. 345 c.p.c.

La disposizione appena citata lascia, infatti, stretti limiti, consentendo di domandare solo frutti e accessori o il risarcimento dei danni maturati successivamente alla sentenza impugnata.

Tuttavia, è noto che costituisce parziale deroga a tale divieto l'ipotesi in cui la domanda risulti fondata su diritti autodeterminati.

Sono tali i diritti assoluti, da cui scaturiscono rapporti giuridici intersoggettivi individuabili nel proprio oggetto indipendentemente dalla causale che determina la domanda giudiziale, poiché essi non possono coesistere simultaneamente più volte tra i medesimi soggetti. In pratica, individuate le parti e la natura autodeterminata/assoluta del diritto fatto valere, l'intero ambito della domanda risulta già compiutamente definito e dunque il mutamento di alcuni dei fatti costitutivi non incontra il divieto di cui all'art. 345 c.p.c., poiché non genera alcuna domanda "nuova".

Di contro, nei diritti eterodeterminati (di tipo obbligatorio), i fatti costitutivi risultano indispensabili per individuare compiutamente la domanda, posto che essi possono esistere simultaneamente più volte fra le medesime parti. È possibile, cioè, che un soggetto sia contemporaneamente creditore di un altro in forza di diversi rapporti obbligatori. In tali ipotesi, il mutamento dei fatti costitutivi della domanda genera senz'altro mutamento della stessa, poiché in pratica si passerebbe dallo spendere un credito (fondato su certi fatti costitutivi) a spenderne un altro).

Da quanto appena dedotto si può trarre un'angolazione di lettura utile per affrontare il quesito posto da Caio: sebbene sia evidente che vi sia una differenza fra la domanda iniziale posta dalla paziente e quella contenuta nell'atto d'appello, ciò non implica necessariamente che vi sia violazione dell'art. 345 c.p.c. e dunque che tale domanda "nuova" sia inammissibile. Infatti, laddove si ritenga che l'attrice abbia speso un diritto autodeterminato e che ella abbia successivamente mutato solo i fatti costitutivi della propria domanda, quanto richiesto nell'atto di impugnazione dovrà ritenersi ammissibile.

Occorre dunque chiedersi se la domanda di Tizia avesse ad oggetto un diritto assoluto e se, dopo il mutamento di circostanze rilevanti contenuto nell'atto di appello, la ragione giuridica della domanda sia rimasta ancora a tale diritto oppure vada ricondotta altrove.

La domanda inizialmente formulata dalla paziente postulava che il medico avesse negligenzemente eseguito l'operazione chirurgica e che ciò le avesse ingiustamente cagionato i postumi dolorosi che lamentava. Si tratta, dunque, di una fattispecie che va ad iscriversi nell'ambito della nota tematica della responsabilità medica, in particolare per ciò che riguarda la lesione del bene giuridico costituito dalla salute.

Questa è infatti oggetto di espressa tutela da parte dell'art. 32 Cost., nella parte in cui ne fa un diritto inviolabile del singolo e contestualmente un interesse dell'intera collettività. Inoltre, il secondo comma della norma ha cura di specificare che, nei limiti in cui la legge ordinaria non consideri prevalente l'interesse della comunità, ognuno ha il diritto di scegliere se curarsi o meno. Tale ultima disposizione è in diretto collegamento con l'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale e il diritto di autodeterminarsi per quel che concerne le scelte individuali.

Dunque il Legislatore costituzionale, in questo coerentemente seguito da quello ordinario, ha costruito la tutela del bene giuridico-salute sotto un duplice aspetto: quello dell'integrità e quello della libertà di scelta, quest'ultima però limitata nella parte in cui non può tradursi in un documento per l'intera collettività. A garanzia del corretto uso di tale limite, è stata posta una riserva di legge ordinaria.

Detti due aspetti, però, non sono semplicemente "due facce della stessa medaglia" ma sono due veri e propri diritti distinti e separati: il primo concerne l'intangibilità del benessere fisico, il secondo l'autonomia nel prendere decisioni relative alla propria persona e al proprio corpo.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, trova specifica tutela nella normativa speciale che impone ai sanitari di raccogliere il c.d. consenso informato del paziente prima di sottoporlo a un trattamento non obbligatorio, istituto che costituisce un vero e proprio raccordo fra gli aspetti appena considerati. Il soggetto, secondo tale disciplina, deve essere messo in grado di comprendere appieno le cure cui sarà sottoposto, per poter compiere una scelta consapevole e, dunque, effettivamente libera. Diversamente, egli non sarebbe in grado di effettuare una scelta autonoma perché questa non sarebbe consapevole, presa con debita e cosciente ponderazione di tutti i pro e i contro.

Va da sé che, nell'ambito delle notizie che devono essere fornite affinché il consenso al trattamento sia effettivamente "informato", devono necessariamente essere ricomprese sia le conseguenze del non sottoporsi al trattamento stesso (e dunque il probabile o possibile decorso della patologia) sia le ricadute fisiologiche delle cure quali, ad esempio, postumi dolorosi o comunque nocivi, dimodoché l'opzione del paziente

sia adeguatamente sostenuta dalla conoscenza delle conseguenze cui andrà incontro in un caso o nell'altro.

Chiarita la differenza fra diritto alla salute (sub specie di diritto a essere curati diligentemente) e libertà personale (sub specie del diritto di scegliere consapevolmente se sottoporsi alle cure), si deve però osservare che entrambi appartengono senz'ombra di dubbio al novero dei diritti assoluti, potendo essere spesi dal relativo titolare *erga omnes*.

Dunque, si tratta anche di due diritti autodeterminati, in relazione ai quali il mutamento delle circostanze di fatto alla base della domanda giudiziale non ne determina un carattere di novità tale da andare incontro al divieto di cui all'art. 345 c.p.c.

Tale ultima osservazione, però, non è sufficiente a ritenere che la domanda proposta da Tizia solo innanzi al giudice di secondo grado sfugga al divieto dello *ius novorum*.

Infatti, appare evidente che nell'atto di impugnazione, difformemente da quello introduttivo del primo grado di giudizio, ella abbia lamentato la lesione del diritto di scegliere liberamente – e cioè consapevolmente – se sottoporsi o meno all'intervento chirurgico, giacché ha evidenziato di non essere stata informata sulle conseguenze dell'operazione e che, ove ne fosse stata resa edotta, avrebbe scelto di non essere sottoposta a tale trattamento.

In precedenza, invece, ella aveva ipotizzato di aver patito un'ingiusta lesione della salute (e non della propria libertà) a causa di un'imperita esecuzione dell'intervento, fattispecie che all'evidenza attiene alla tutela della salute vera e propria e non alla libertà di scelta.

Dunque, la domanda proposta in appello è effettivamente nuova, poiché concerne un bene della vita del tutto differente da quello oggetto dell'iniziale richiesta di tutela e, pertanto, si deve ritenere che tale condotta processuale violi l'art. 345 c.p.c. e generi così una domanda nuova e come tale inammissibile.

A fortiori, si può peraltro osservare che un siffatto mutamento del bene della vita oggetto di domanda non può essere oggetto neanche della legittima modifica possibile nell'ambito delle memorie ex art. 183 c.p.c., poiché il mutamento non si pone in termini di alternatività rispetto alla richiesta iniziale ma di modifica radicale dell'oggetto del giudizio.

Consequentemente, si può rendere il parere richiesto affermando che Caio potrà difendersi in appello sostenendo che la domanda, così come riformulata nell'impugnazione, è inammissibile perché nuova rispetto a quella originaria.

### 1.1.3. Elementi di fatto più rilevanti

La traccia chiede di tracciare una possibile linea difensiva a fronte dell'impugnazione proposta dalla paziente.

L'analisi degli elementi fattuali sembra confermare sia la condivisibilità della sentenza di primo grado sia la tendenziale fondatezza della domanda proposta solo in grado d'appello dalla controparte. Per questo motivo, l'aspetto che potrebbe essere fruttuosamente approfondito è legato squisitamente a ragioni di tipo rituale, ovvero la possibile violazione dei limiti imposti dall'art. 345 c.p.c. alla proposizione di domande nuove nel secondo grado di giudizio.

Una questione processuale, all'interno di un elaborato giuridico, può essere sovente risolta alla luce delle tematiche sostanziali che sono oggetto del processo, la cui

contemplazione conferisce nuova prospettiva alla questione. Il caso concreto non fa eccezione, poiché accertare la novità della domanda impone di accertare se essa sia espressione del medesimo diritto fatto valere innanzi al giudice di primo grado.

In tale prospettiva, l'analisi deve concentrarsi sul secondo comma dell'art. 32 Cost., che si pone sicuramente all'incrocio fra il diritto alla salute e la libertà personale, per comprendere se tale disposizione sia espressione dell'una o dell'altra situazione giuridica soggettiva: nel primo caso, vi sarebbe ammissibile continuità fra la prima domanda e quella nuova. Nel secondo, che peraltro è la tesi largamente prevalente fra gli interpreti, la seconda richiesta risarcitoria appare effettivamente nuova rispetto a quella originaria, permettendo così di apprezzare la violazione dell'art. 345 c.p.c.

#### *1.1.4. Norme e principi applicabili*

La fattispecie oggetto di analisi coinvolge diversi aspetti sostanziali e processuali.

In particolare, sotto il primo profilo, vengono in rilievo le principali norme che regolano l'istituto delle servitù prediali, e la costituzione di tale diritto:

**Art. 13 Cost.** *La libertà personale è inviolabile.*

*Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.*

*In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.*

*È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.*

*La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.*

**Art. 32 Cost.** *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*

*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*

**Art. 2 l. 22 dicembre 2017 n. 219.** *(Consenso informato) 1. La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.*

*2. È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria. In tale relazione sono*

*coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.*

*3. Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.*

*4. Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.*

*5. Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.*

*6. Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.*

*7. Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirle.*

*8. Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura.*

*9. Ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale.*

*10. La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative.*

11. È fatta salva l'applicazione delle norme speciali che disciplinano l'acquisizione del consenso informato per determinati atti o trattamenti sanitari.

#### **Sotto il profilo strettamente rituale:**

**Art. 345 c.p.c.** (Domande ed eccezioni nuove) *Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.*

*Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio.*

*Non sono ammessi i nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio.*

#### 1.1.5. Questioni giuridiche poste dalla traccia

Come anticipato, la questione giuridica dalla traccia è di natura squisitamente processuale ma, ciò nonostante, la sua disamina non può che passare attraverso l'analisi di norme sostanziali.

Occorre domandarsi, pertanto, se la seconda domanda sia "nuova" rispetto alla prima.

Per rispondere a tale interrogativo, occorre per un primo verso individuare la definizione di "nuovo" sotto tale profilo e, successivamente, analizzare le peculiarità generate dalla presenza, all'interno dell'ordinamento, della categoria dei diritti autodeterminati ed eterodeterminati, tenendo conto che la questione verte su diritti assoluti e, come tali, appartenenti alla prima categoria.

Poste tali premesse, ci si può concentrare sul passaggio centrale richiesto dalla traccia, ovvero la corretta interpretazione dell'art. 32, secondo comma, Cost.

La domanda da porsi è dunque: scegliere di non curarsi è espressione del diritto alla salute, e dunque la domanda volta al risarcimento dei danni da lesione di tale situazione giuridica soggettiva si pone in continuità con quella da cattiva esecuzione dell'operazione chirurgica, oppure la si deve ricondurre ad altro referente normativo? In particolare, nonostante la sua collocazione all'interno dell'art. 32 Cost., è possibile che essa costituisca espressione della libertà personale garantita dall'art. 13 Cost.?

Appurata la matrice della norma, almeno secondo gli orientamenti più diffusi, si può propendere motivatamente per la novità della domanda proposta dalla paziente solo in grado di appello e, dunque, per la sua inammissibilità, opzione in grado di delineare una strategia efficace difensiva nonostante la domanda di controparte trovi riscontro nelle circostanze storiche note.

#### 1.1.6. Giurisprudenza

Il panorama giurisprudenziale sugli aspetti evidenziati fornisce una serie di principi utili nel cercare di fornire motivata risposta alla questione giuridica così individuata:

*La correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto,*

*la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni. [...] Infine, occorre osservare che le Sezioni Unite (cfr. sent. n. 12310 del 15/06/2015), ritornando di recente sui confini tra mutatio ed emendatio libelli, hanno sì ampliato il diametro della modifica consentita, onde evitare la proliferazione di giudizi vertenti sulla medesima vicenda; ma hanno espressamente escluso che una “nuova” domanda possa aggiungersi e cumularsi con quella originaria (ipotesi questa che si sarebbe verificata se il Tribunale di Milano, con sentenza n. 9080/2006 avesse esaminato nel merito la domanda risarcitoria per violazione del consenso informato); ed hanno escluso la sussistenza di preclusioni alla proposizione di una “nuova” domanda in successivo giudizio (di talchè, anche sotto detto specifico profilo, nella sentenza impugnata è stata erroneamente affermata una preclusione ex iudicato).*

*Cassazione civile, Sez. III, 29 marzo 2019, n. 8756*

*Nel caso in cui l'attore abbia chiesto con l'atto di citazione il risarcimento del danno da colpa medica per errore nell'esecuzione di un intervento chirurgico (e, quindi, per la lesione del diritto alla salute), e domandi poi in corso di causa anche il risarcimento del danno derivato dall'inadempimento, da parte dello stesso medico, al dovere di informazione necessario per ottenere un consenso informato (inerente al diverso diritto alla autodeterminazione nel sottoporsi al trattamento terapeutico), si verifica una “mutatio libelli” e non una mera “emendatio”, in quanto nel processo viene introdotto un nuovo tema di indagine e di decisione, che altera l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, tanto da porre in essere una pretesa diversa da quella fatta valere in precedenza.*

*Cassazione civile, Sez. III, 13 ottobre 2017, n. 24072*

*La diversità tra il diritto alla autodeterminazione nel sottoporsi al trattamento terapeutico ed il diritto alla salute è resa assolutamente palese dalle elementari considerazioni che, pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; e che la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo: conseguentemente nel caso in cui l'attore abbia chiesto con l'atto di citazione il risarcimento del danno da colpa medica per errore nell'esecuzione di un intervento chirurgico, e domandi poi in corso di causa anche il risarcimento del danno derivato dall'inadempimento, da parte dello stesso medico, al dovere di informazione (necessario per ottenere un consenso informato), si verifica una “mutatio libelli” e non una mera “emendatio”, in quanto nel processo viene introdotto un nuovo tema di indagine e di decisione, che altera l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, tanto da porre in essere una pretesa diversa da quella fatta valere in precedenza.*

*Cassazione civile, Sez. III, 15 novembre 2013, n. 25764*

*Anche in tema di diritti cd. eterodeterminati, è ammessa la modifica in corso di causa della domanda originaria, mediante l'allegazione di un diverso fatto costitutivo, che ne comporti la sostituzione con una nuova domanda ad essa alternativa, purché abbia ad*



oggetto il medesimo bene della vita e siano rispettate le preclusioni processuali previste dall'art. 183 c.p.c.

Cassazione civile, Sez. III, 31 luglio 2017, n. 18956

**Dalla parte motiva:** La distinzione fra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati riposa sulla circostanza per la quale i primi sono quelli la cui individuazione prescinde dal titolo d'acquisto allegato ed è motivata in relazione alla natura unica ed irripetibile della situazione sostanziale dedotta; lì dove, invece, l'identificazione dei secondi è in funzione dello specifico fatto storico contrattualmente qualificato, sicché la causa petendi si risolve nel riferimento concreto a quel fatto specifico che è affermato ed allegato come costitutivo, e che perciò possiede una specifica attitudine a individuare il diritto fatto valere in giudizio (cfr. per tutte, Cass. n. 7267/97). Elaborata allo scopo di fissare i limiti entro cui la domanda può essere modificata senza incorrere nel divieto della mutatici libelli, detta distinzione scioglie una risalente antitesi fra titolazione e sostanziazione della causa petendi. La deduzione dei diritti autodeterminati dipende, infatti, da un puro meccanismo di designazione legale (titolazione, appunto), che consente di collegare la pretesa alla norma invocata senza la mediazione dei fatti storici su cui si fonda l'acquisto del diritto; fatti, al contrario, da cui i diritti eterodeterminati traggono senso e contenuto (sostanziazione, appunto) perché solo attraverso essi prende corpo il rapporto giuridico che ne è all'origine. Nelle azioni relative ai diritti autodeterminati, quali la proprietà e gli altri diritti reali di godimento, la causa petendi della domanda si identifica, dunque, con i diritti stessi e con il bene che ne forma l'oggetto. Essendo vana ai fini dell'individuazione della domanda, l'allegazione dei fatti o degli atti da cui dipende il diritto vantato è necessaria soltanto per provarne l'acquisto. Il cui modo (sia esso un fatto o un atto) integra a livello processuale un fatto secondario che in quanto tale è dedotto unicamente in funzione probatoria del diritto vantato in giudizio. Se dedotto già nell'atto introduttivo, il modo d'acquisto non per questo assume valenza di fatto principale, giacché quest'ultimo si identifica con il diritto autodeterminato e non con altro. Se ne deriva la conseguenza, pertanto, che non viola il divieto dello *ius novorum* in appello la deduzione da parte dell'attore di un fatto costitutivo del tutto diverso da quello prospettato in primo grado a sostegno della domanda introduttiva del giudizio.

Cassazione civile, Sez. II, 17 novembre 2014, n. 24400

La modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali; ne consegue l'ammissibilità della modifica, nella memoria prevista dall'art. 183 c.p.c., dell'originaria domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo.

Cassazione civile, Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310

### 1.1.7. Schema dello svolgimento

Sulla base del materiale fin qui raccolto e sviluppato, si può ipotizzare il seguente schema per la redazione del parere:

- 1) INTRODUZIONE DEL PARERE mediante l'esposizione della questione giuridica che lo caratterizza maggiormente in termini generali e astratti
- 2) RICAPITOLAZIONE DEI FATTI STORICI SALIENTI con particolare attenzione agli elementi del giudizio di primo grado, indispensabili per poter individuare un'adeguata linea difensiva in grado d'appello.
- 3) INTRODUZIONE E CONTESTUALIZZAZIONE DELLA QUESTIONE GIURIDICA SOTTO IL PROFILO PROCESSUALE E ANALISI DEI SUOI RISVOLTI SOSTANZIALI. Brevi osservazioni sull'art. 345 c.p.c. e sul regime dei nova in appello, con particolare attenzione alle ipotesi di diritti autodeterminati. Differenza fra diritti eterodeterminati e autodeterminati e dei loro regimi processuali.
- 4) CONTESTUALIZZAZIONE DELLE OSSERVAZIONI NELL'AMBITO DELLA VICENDA CONCRETA ed enunciazione del quesito in termini non più generali e astratti ma concretamente calati nei fatti storici salienti.
- 5) ANALISI DELLE NORME RILEVANTI, con particolare attenzione ai profili delle stesse che sono più pertinenti rispetto al quesito posto concentrando l'impegno analitico proprio sull'aspetto focalizzato nel corso dell'individuazione degli interrogativi da analizzare. A tale scopo, viene introdotto un istituto (in questo caso, il consenso informato) che è espressione proprio del particolare diritto su cui si sta concentrando l'analisi.
- 6) CONCLUSIONE DELL'ANALISI DELLE NORME RILEVANTI mediante individuazione di un principio applicabile al caso concreto.
- 7) APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO AL CASO CONCRETO richiamando le circostanze salienti decisive per la sua rilevanza con elaborazione di una risposta al quesito posto.
- 8) ENUNCIAZIONE DI UN ARGOMENTO A FORTIORI A SOSTEGNO DELLA TESI SOSTENUTA.
- 9) CONCLUSIONE MOTIVATA SULLA BASE DELLA TESI SOSTENUTA E CONCRETIZZATA NEL CASO DI SPECIE.

### 1.1.8. Analisi dello svolgimento

Di seguito si riporta lo svolgimento analizzato, evidenziando in neretto i connettivi argomentativi usati ed a margine le "azioni" compiute nella stesura per iscritto, nel rispetto dell'uso della struttura argomentativa.

Il parere richiesto dal medico Caio investe la materia dei c.d. nova in appello, vietati dall'art. 345 c.p.c.

In particolare, per affrontare adeguatamente la questione concreta, occorrerà chiedersi quale rapporto intercorra fra la domanda formulata da Tizia nell'atto di citazione introduttivo del primo grado di giudizio e quella contenuta nell'atto di appello, per comprendere se esse riguardino, o meno, il medesimo bene giuridico.

Occorre a questo punto ripercorrere i fatti storici salienti, onde contestualizzare il quesito posto.

Tizia si è ricoverata presso l'Ospedale Alfa al fine di sottoporsi a un intervento di rimozione di una formazione cutanea ed è

**1) INTRODUZIONE DEL PARERE** mediante l'esposizione della questione giuridica che lo caratterizza maggiormente in termini generali e astratti

**2) RICAPITOLAZIONE DEI FATTI STORICI SALIENTI...**

stata affidata alle cure del medico specialista Caio. Questi ha ricevuto il compito di prepararla all'operazione, che poi ha eseguito personalmente.

La paziente, tuttavia, successivamente accusa forti dolori alla schiena e ridotta capacità di deambulazione, che attribuisce all'esecuzione dell'intervento stesso, giudicata negligente.

Conseguentemente, ella agisce in giudizio contro il medico, domandando il risarcimento dei danni. Gli accertamenti istruttori, tuttavia, mettono in evidenza che, sebbene nella fase anteriore all'operazione non sia stato raccolto il consenso informato di Tizia, l'esecuzione dell'intervento è scevra da connotati colposi e che i dolori e la ridotta mobilità costituiscono possibili conseguenze di tale tipo di operazione, che non dipendono dal quomodo della sua esecuzione.

La sentenza del Tribunale, che rigetta la domanda sposando le ragioni peritali, viene però impugnata da Tizia sul presupposto per il quale, risultando accertati sia la mancanza del proprio consenso informato sia che ella non si sarebbe sottoposta all'operazione ove fosse stata resa edotta di tali conseguenze, il risarcimento domandato avrebbe dovuto comunque esserle riconosciuto.

Così ricostruite le circostanze di fatto, si impone innanzitutto la necessità di individuare entro quali limiti possa essere proposta una domanda "nuova" al momento della proposizione di un atto di appello, fattispecie disciplinata – come accennato – dall'art. 345 c.p.c.

La disposizione appena citata lascia, infatti, stretti limiti, consentendo di domandare solo frutti e accessori o il risarcimento dei danni maturati successivamente alla sentenza impugnata. Tuttavia, è noto che costituisce parziale deroga a tale divieto l'ipotesi in cui la domanda risulti fondata su diritti autodeterminati. Sono tali i diritti assoluti, da cui scaturiscono rapporti giuridici intersoggettivi individuabili nel proprio oggetto indipendentemente dalla causale che determina la domanda giudiziale, poiché essi non possono coesistere simultaneamente più volte tra i medesimi soggetti. In pratica, individuate le parti e la natura autodeterminata/assoluta del diritto fatto valere, l'intero ambito della domanda risulta già compiutamente definito e dunque il mutamento di alcuni dei fatti costitutivi non incontra il divieto di cui all'art. 345 c.p.c., poiché non genera alcuna domanda "nuova".

Di contro, nei diritti eterodeterminati (di tipo obbligatorio), i fatti costitutivi risultano indispensabili per individuare compiutamente la domanda, posto che essi possono esistere simultaneamente più volte fra le medesime parti. È possibile, cioè, che un soggetto sia contemporaneamente creditore di un altro in forza

... con particolare attenzione agli elementi del giudizio di primo grado, indispensabili per poter individuare un'adeguata linea difensiva in grado d'appello

### 3) INTRODUZIONE E CONTESTUALIZZAZIONE DELLA QUESTIONE GIURIDICA SOTTO IL PROFILO PROCESSUALE E ANALISI DEI SUOI RISVOLTI SOSTANZIALI

Brevi osservazioni sull'art. 345 c.p.c. e sul regime dei nova in appello, con particolare attenzione alle ipotesi di diritti autodeterminati

Differenza fra diritti eterodeterminati e autodeterminati e dei loro regimi processuali

di diversi rapporti obbligatori. In tali ipotesi, il mutamento dei fatti costitutivi della domanda genera senz'altro mutamento della stessa, poiché in pratica si passerebbe dallo spendere un credito (fondato su certi fatti costitutivi) a spenderne un altro).

Da quanto appena dedotto si può trarre un'angolazione di lettura utile per affrontare il quesito posto da Caio: sebbene sia evidente che vi sia una differenza fra la domanda iniziale posta dalla paziente e quella contenuta nell'atto d'appello, ciò non implica necessariamente che vi sia violazione dell'art. 345 c.p.c. e dunque che tale domanda "nuova" sia inammissibile. Infatti, laddove si ritenga che l'attrice abbia speso un diritto autodeterminato e che ella abbia successivamente mutato solo i fatti costitutivi della propria domanda, quanto richiesto nell'atto di impugnazione dovrà ritenersi ammissibile.

Occorre dunque chiedersi se la domanda di Tizia avesse ad oggetto un diritto assoluto e se, dopo il mutamento di circostanze rilevanti contenuto nell'atto di appello, la ragione giuridica della domanda sia rimasta ancora a tale diritto oppure vada ricondotta altrove.

La domanda inizialmente formulata dalla paziente postulava che il medico avesse negligenzemente eseguito l'operazione chirurgica e che ciò le avesse ingiustamente cagionato i postumi dolorosi che lamentava. Si tratta, dunque, di una fattispecie che va ad iscriversi nell'ambito della nota tematica della responsabilità medica, in particolare per ciò che riguarda la lesione del bene giuridico costituito dalla salute.

Questa è infatti oggetto di espressa tutela da parte dell'art. 32 Cost., nella parte in cui ne fa un diritto inviolabile del singolo e contestualmente un interesse dell'intera collettività. Inoltre, il secondo comma della norma ha cura di specificare che, nei limiti in cui la legge ordinaria non consideri prevalente l'interesse della comunità, ognuno ha il diritto di scegliere se curarsi o meno. Tale ultima disposizione è in diretto collegamento con l'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale e il diritto di autodeterminarsi per quel che concerne le scelte individuali.

Dunque il Legislatore costituzionale, in questo coerentemente seguito da quello ordinario, ha costruito la tutela del bene giuridico-salute sotto un duplice aspetto: quello dell'integrità e quello della libertà di scelta, quest'ultima però limitata nella parte in cui non può tradursi in un nocumento per l'intera collettività. A garanzia del corretto uso di tale limite, è stata posta una riserva di legge ordinaria.

Detti due aspetti, però, non sono semplicemente "due facce della stessa medaglia" ma sono due veri e propri diritti distinti e separati: il primo concerne l'intangibilità del benessere fisico, il

#### **4) CONTESTUALIZZAZIONE DELLE OSSERVAZIONI NELL'AMBITO DELLA VICENDA CONCRETA...**

... ed enunciazione del quesito in termini non più generali e astratti ma concretamente calati nei fatti storici salienti.

#### **5) ANALISI DELLE NORME RILEVANTI, con particolare attenzione ai profili delle stesse che sono più pertinenti rispetto al quesito posto...**

... concentrando l'impegno analitico proprio sull'aspetto focalizzato nel corso dell'individuazione degli interrogativi da analizzare.

secondo l'autonomia nel prendere decisioni relative alla propria persona e al proprio corpo.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, trova specifica tutela nella normativa speciale che impone ai sanitari di raccogliere il c.d. consenso informato del paziente prima di sottoporlo a un trattamento non obbligatorio, istituto che costituisce un vero e proprio raccordo fra gli aspetti appena considerati. Il soggetto, secondo tale disciplina, deve essere messo in grado di comprendere appieno le cure cui sarà sottoposto, per poter compiere una scelta consapevole e, dunque, effettivamente libera. Diversamente, egli non sarebbe in grado di effettuare una scelta autonoma perché questa non sarebbe consapevole, presa con debita e cosciente ponderazione di tutti i pro e i contro.

Va da sé che, nell'ambito delle notizie che devono essere fornite affinché il consenso al trattamento sia effettivamente "informato", devono necessariamente essere ricomprese sia le conseguenze del non sottoporsi al trattamento stesso (e dunque il probabile o possibile decorso della patologia) sia le ricadute fisiologiche delle cure quali, ad esempio, postumi dolorosi o comunque nocivi, dimodoché l'opzione del paziente sia adeguatamente sostenuta dalla conoscenza delle conseguenze cui andrà incontro in un caso o nell'altro.

Chiarita la differenza fra diritto alla salute (sub specie di diritto a essere curati diligentemente) e libertà personale (sub specie del diritto di scegliere consapevolmente se sottoporsi alle cure), si deve però osservare che entrambi appartengono senz'ombra di dubbio al novero dei diritti assoluti, potendo essere spesi dal relativo titolare erga omnes.

Dunque, si tratta anche di due diritti autodeterminati, in relazione ai quali il mutamento delle circostanze di fatto alla base della domanda giudiziale non ne determina un carattere di novità tale da andare incontro al divieto di cui all'art. 345 c.p.c.

Tale ultima osservazione, però, non è sufficiente a ritenere che la domanda proposta da Tizia solo innanzi al giudice di secondo grado sfugga al divieto dello *ius novorum*.

Infatti, appare evidente che nell'atto di impugnazione, difformemente da quello introduttivo del primo grado di giudizio, ella abbia lamentato la lesione del diritto di scegliere liberamente – e cioè consapevolmente – se sottoporsi o meno all'intervento chirurgico, giacché ha evidenziato di non essere stata informata sulle conseguenze dell'operazione e che, ove ne fosse stata resa edotta, avrebbe scelto di non essere sottoposta a tale trattamento.

In precedenza, invece, ella aveva ipotizzato di aver patito un'ingiusta lesione della salute (e non della propria libertà) a causa

A tale scopo, viene introdotto un istituto (in questo caso, il consenso informato) che è espressione proprio del particolare diritto su cui si sta concentrando l'analisi.

**6) CONCLUSIONE DELL'ANALISI DELLE NORME RILEVANTI** mediante individuazione di un principio applicabile al caso concreto.

**7) APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO AL CASO CONCRETO...**

... richiamando le circostanze salienti decisive per la sua rilevanza...

di un'imperita esecuzione dell'intervento, fattispecie che all'evidenza attiene alla tutela della salute vera e propria e non alla libertà di scelta.

Dunque, la domanda proposta in appello è effettivamente nuova, poiché concerne un bene della vita del tutto differente da quello oggetto dell'iniziale richiesta di tutela e, pertanto, si deve ritenere che tale condotta processuale violi l'art. 345 c.p.c. e generi così una domanda nuova e come tale inammissibile.

A fortiori, si può peraltro osservare che un siffatto mutamento del bene della vita oggetto di domanda non può essere oggetto neanche della legittima modifica possibile nell'ambito delle memorie ex art. 183 c.p.c., poiché il mutamento non si pone in termini di alternatività rispetto alla richiesta iniziale ma di modifica radicale dell'oggetto del giudizio.

Conseguentemente, si può rendere il parere richiesto affermando che Caio potrà difendersi in appello sostenendo che la domanda, così come riformulata nell'impugnazione, è inammissibile perché nuova rispetto a quella originaria.

... con elaborazione di una risposta al quesito posto.

**8) ENUNCIAZIONE DI UN ARGOMENTO A FORTIORI A SOSTEGNO DELLA TESI SOSTENUTA.**

**9) CONCLUSIONE MOTIVATA SULLA BASE DELLA TESI SOSTENUTA E CONCRETIZZATA NEL CASO DI SPECIE.**

## **1.2. La nullità dell'atto di trasferimento dell'immobile per violazione delle norme in materia urbanistica**

### *1.2.1. Traccia*

*Con atto notarile del 20/06/2001, Tizio acquistò un immobile, sito in Bari, intestando fittiziamente la nuda proprietà alla moglie Caia e l'usufrutto alla suocera Sempronia, provvedendo, a sue spese, alla ristrutturazione totale del fabbricato per il quale veniva rilasciata la prescritta concessione edilizia. A causa di una crisi coniugale tra i coniugi, Tizio, il quale nelle more aveva agito nei confronti di Caia e Sempronia al fine di ottenere la declaratoria della simulazione del suddetto acquisto, veniva a sapere che il predetto immobile era stato venduto dalla moglie e dalla suocera, in data 30/05/2005, per mezzo del Notaio Filano, a Mevio il quale ne era divenuto così proprietario. Per tale motivo, Tizio conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Bari, Caia, Sempronia e Mevio rispettivamente nella qualità di venditrici e compratore, al fine di ottenere la declaratoria di nullità dell'atto di compravendita stipulato per violazione degli artt. 17 - 40, della legge n. 47/1985 perché, a suo dire, l'immobile ceduto era stato interessato da vari e consistenti lavori di ristrutturazione, non regolarmente assentiti e difformi rispetto al progetto approvato con la predetta concessione. Si costituivano in giudizio Caia e Sempronia le quali domandavano il rigetto dell'avversa pretesa affermando che nel succitato contratto di vendita erano stati correttamente riportati gli estremi della concessione edilizia sicché non poteva essere invocata alcuna nullità per violazione della legge n. 47/1985. Rimaneva contumace Mevio. Con sentenza, il Tribunale di Bari rigettava la domanda attorea affermando la regolarità della vendita, escludendone la nullità, ed evidenziava che nonostante la difformità del fabbricato rispetto al progetto assentito, gli estremi della concessione edilizia erano*

*stati menzionati nel contratto di vendita intercorso tra le parti convenute sicché non poteva essere affermata alcuna violazione della legge n. 47/1985. Avverso siffatta pronuncia proponeva appello Tizio sostenendo che la difformità tra le opere eseguite e la concessione edilizia in questione determina la nullità del suddetto contratto di vendita poiché la mera menzione degli estremi di siffatto atto concessorio, non consente di ritenere regolare la relativa compravendita la quale deve pertanto ritenersi illegittima sotto il profilo urbanistico. A seguito della proposizione dell'appello, Caia e Sempronia chiedono al proprio legale un parere in merito alla vicenda onde valutare l'opportunità di resistere avverso siffatto gravame. Il candidato assume le vesti del legale, rediga motivato parere.*

### 1.2.2. Svolgimento

Il caso oggetto di parere involge la tematica della nullità degli atti negoziali aventi ad oggetto immobili abusivi per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia.

In particolare, con atto notarile del 20/06/2001, Tizio acquistò un immobile, sito in Bari, intestando fittiziamente la nuda proprietà alla moglie Caia e l'usufrutto alla suocera Sempronia, provvedendo, a sue spese, alla ristrutturazione totale del fabbricato per il quale veniva rilasciata la prescritta concessione edilizia. A causa di una crisi coniugale tra i coniugi, Tizio, il quale nelle more aveva agito nei confronti di Caia e Sempronia al fine di ottenere la declaratoria della simulazione del suddetto acquisto, veniva a sapere che il predetto immobile era stato venduto dalla moglie e dalla suocera, in data 30/05/2005, per mezzo del Notaio Filano, a Mevio il quale ne era divenuto così proprietario. Per tale motivo, Tizio conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Bari, Caia, Sempronia e Mevio rispettivamente nella qualità di venditrici e compratore, al fine di ottenere la declaratoria di nullità dell'atto di compravendita stipulato per violazione degli artt. 17 - 40, della legge n. 47/1985 perché, a suo dire, l'immobile ceduto era stato interessato da vari e consistenti lavori di ristrutturazione, non regolarmente assentiti e difformi rispetto al progetto approvato con la predetta concessione. Si costituivano in giudizio Caia e Sempronia le quali domandavano il rigetto dell'avversa pretesa affermando che nel suddetto contratto di vendita erano stati correttamente riportati gli estremi della concessione edilizia sicché non poteva essere invocata alcuna nullità per violazione della legge n. 47/1985. Rimaneva contumace Mevio. Con sentenza, il Tribunale di Bari rigettava la domanda attorea affermando la regolarità della vendita, escludendone la nullità, ed evidenziava che nonostante la difformità del fabbricato rispetto al progetto assentito, gli estremi della concessione edilizia erano stati menzionati nel contratto di vendita intercorso tra le parti convenute sicché non poteva essere affermata alcuna violazione della legge n. 47/1985. Avverso siffatta pronuncia ha proposto appello Tizio sostenendo che la difformità tra le opere eseguite e la concessione edilizia in questione determina la nullità del suddetto contratto di vendita poiché la mera menzione degli estremi di tale atto concessorio, non consente di ritenere regolare la relativa compravendita la quale deve pertanto ritenersi illegittima sotto il profilo urbanistico.

Cosicché, chiariti i termini della vicenda, si rende opportuno verificare se la dichiarazione da parte dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'im-

mobile in vendita, sia sufficiente a determinare la validità del contratto a prescindere dalla conformità o meno della costruzione realizzata rispetto al titolo menzionato o se, contrariamente, tale difformità ne genera automaticamente la nullità, travolgendo il relativo negozio giuridico.

Va, preliminarmente, ribadito che, così come ha correttamente rilevato il primo Giudice, il caso in esame è disciplinato dall'art. 46 del T.U. del 2001, poiché la nullità riguarda, in tesi, la vendita immobiliare effettuata in data 30/05/2005 da Caia e Sempronia. L'abuso edilizio che Tizio afferma, invece, di aver compiuto sul bene oggetto di tale negozio, ricade nella disciplina di cui alla legge n. 47 del 1985 essendo intervenuto dopo l'acquisto, asseritamente simulato, delle venditrici avvenuto il 20/06/2001.

Per la corretta soluzione del caso proposto, occorre brevemente accennare alla disciplina normativa prevista in materia urbanistica e all'interpretazione della sanzione della nullità di cui agli artt. 17 e 40 della legge n. 47/1985.

Com'è noto, l'esercizio dello *jus aedificandi*, pur atteggiandosi come una concreta e peculiare manifestazione del diritto di proprietà, soggiace all'osservanza di numerose limitazioni e prescrizioni previste dalla legge che, prima fra tutte, impone di richiedere apposita licenza per l'esecuzione di nuove costruzioni, la modifica di quelle esistenti o il loro ampliamento. La legge n. 10/1977 ha, inoltre, posto il principio secondo cui ogni attività comportante una trasformazione urbanistica ed edilizia, è subordinata alla concessione da parte degli organi competenti. In seguito, con l'avvento del D.P.R. n. 380/2001, è stato previsto uno specifico titolo abilitativo per ciascuna tipologia di intervento e sono stati, altresì, individuati i casi di attività completamente libere. Inoltre, la concessione è stata sostituita con il permesso di costruire e sono stati anche segnalate le ipotesi in cui si rende necessaria la segnalazione certificata di inizio attività per permettere lo svolgimento di opere di ristrutturazione.

Dall'altro lato, il Legislatore ha previsto, nella materia *de qua*, alcuni rimedi coattivi, onde garantire il rispetto delle prescrizioni di legge.

L'inosservanza dei precetti posti dalla normativa urbanistica è, infatti, sanzionabile, sotto un profilo amministrativo, con la demolizione del bene immobile o con la sospensione dei lavori o con l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale. Essa ha, inoltre, avuto la sua prima disciplina, in riferimento alla sorte degli atti tra privati aventi ad oggetto diritti reali sui fabbricati irregolari, con la legge n. 10/1977, il cui art. 15, comma 7, ha previsto che *"gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulle ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione"*.

La successiva legge 28 febbraio 1985 n. 47 ha rimodulato la sanzione della nullità, disponendo all'art. 17, co 1, che: *"gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'articolo 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù"*. Analogamente ha disposto il successivo art. 40, comma 2, che, in relazione agli atti aventi per oggetto diritti reali (esclusi diritti di garanzia e servitù) riferiti a costruzioni



realizzate prima dell'entrata in vigore della legge stessa, ha previsto quali titoli abilitativi oggetto di dichiarazione dell'alienante, la licenza e la concessione in sanatoria, la domanda di concessione corredata dalla prova del versamento delle prime due rate dell'oblazione o la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che l'opera era stata iniziata prima del 2 settembre 1967.

Entrambe tali disposizioni hanno previsto (artt. 17, comma 4, e 40, comma 3) la possibilità della "conferma" delle comminate nullità, nel caso in cui la mancata indicazione della concessione edilizia, ovvero la mancanza di dichiarazione o il mancato deposito di documenti, non fossero dipesi dall'inesistenza, al tempo della stipula, della concessione, o della domanda di concessione in sanatoria, o, ancora dal fatto che la costruzione fosse stata iniziata dopo il 2 settembre 1967: in tal caso, è stata prevista la possibilità della conferma degli atti, anche da una sola delle parti, mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, contenente la menzione omessa o al quale siano allegate la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda di concessione in sanatoria. Il menzionato art. 17 della legge n. 47 del 1985 è stato abrogato (l'art. 40 è invece rimasto in vigore) dall'art. 136 del d.P.R. n. 380 del 2001 a far data dalla sua entrata in vigore, ma è stato sostanzialmente riprodotto dall'art. 46 del medesimo D.P.R. n. 380 secondo cui: *"gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù"*. Il comma 4 della norma in esame prevede, anch'esso, la possibilità di conferma nell'ipotesi in cui la mancata indicazione nell'atto degli estremi del titolo non sia dipesa dall'inesistenza del titolo stesso.

Orbene, alla luce di tale breve quadro normativo emerge, con estrema chiarezza, che per la validità di un trasferimento immobiliare è necessario che il venditore dichiari, in fase di stipula del contratto con il compratore, in forza di quale titolo è stato costruito il fabbricato che intende alienare. Se tale titolo non è stato rilasciato il fabbricato è da considerarsi abusivo e quindi incommerciabile.

Ora, così delineata la questione, nella vicenda che ci occupa, non sembrano potersi ravvisare dubbi in merito alla legittimità della vendita avvenuta tra Caia, Sempronio e Mevio. Le venditrici avevano infatti affermato, in sede contrattuale, alla presenza del Notaio Filano, gli estremi della concessione edilizia relativi all'immobile in questione. Sicché correttamente il primo Giudice ha affermato la regolarità del negozio giuridico di compravendita avendo provveduto le parti alienanti ad effettuare la dichiarazione prescritta dalla legge n. 47/1985.

Tuttavia, non può non osservarsi che ogni possibile conclusione relativa alla vicenda *de qua*, è indubbiamente condizionata dalla soluzione che si intende dare alla questione di base, quale quella sulla natura "formale" o "sostanziale" della nullità contemplata dalla predetta legge n. 47/1985, sulla quale si è registrato, nel tempo, un annoso contrasto giurisprudenziale. Infatti, dottrina e giurisprudenza sin dall'entrata in vigore di tale disposizione normativa, hanno portato avanti due diverse tesi circa l'estensione di tale nullità tanto da imporre, di recente, alla Corte di Cassazione di dirimere tale contrasto mediante una pronuncia emessa a Sezioni Unite la cui disamina, come si

vedrà, consentirà di ritenere, nel caso *de quo*, corretta la decisione emessa dal Giudice di primo grado.

Più precisamente, il contrasto portato dinanzi alle Sezioni Unite, sollevato mediante l'ordinanza interlocutoria della Suprema Corte, n. 20061 del 9 gennaio 2018, ha ad oggetto l'interpretazione nomofilattica della nullità prevista dalla predetta legge n. 47/1985, tra chi sostiene si tratti di una nullità soltanto "formale" e chi invece la qualifica di tipo "sostanziale". La differenza non è di poco conto poiché aderendo all'una o all'altra tesi, si potrà verificare se la mera dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile in vendita, sia sufficiente a determinare la validità del negozio giuridico a prescindere dalla conformità o meno della costruzione realizzata rispetto al titolo menzionato o se, contrariamente, tale difformità ne generi automaticamente la nullità inficiando così il relativo contratto.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, la nullità in parola deve intendersi esclusivamente di tipo "sostanziale". Infatti, sostengono i fautori di questo orientamento, se si vuole attribuire alla normativa in questione una funzione repressiva degli abusi edilizi, al fine di ritenere validi gli atti di vendita non può ritenersi sufficiente la mera menzione del provvedimento autorizzativo, ma detto provvedimento deve effettivamente sussistere (oppure la costruzione realizzata deve essere anteriore al 1 settembre 1967) e comunque l'immobile non deve essere stato eseguito in difformità rispetto al titolo edilizio citato, poiché sarebbe del tutto paradossale, secondo tale tesi, considerare un atto valido per il solo fatto di avere menzionato un titolo edilizio abilitativo, sebbene l'opera realizzata sia completamente difforme sotto il profilo urbanistico (cfr., sul punto, Cass. civ. n. 18261/2015, Cass. civ. n. 25811/2014).

Di diversa opinione è, invece, quella parte della giurisprudenza, fatta propria dal Giudice di *prime cure* nella sentenza oggetto di gravame, che qualifica tale nullità come di tipo "formale". I sostenitori di questa teoria ritengono che, ai fini della validità dell'atto, è sufficiente la sola menzione del provvedimento autorizzativo la quale è di per sé bastante ad assicurare la regolarità della vendita, anche se si tratta di dichiarazione falsa ed anche se il provvedimento citato non esiste o l'edificio sia stato costruito dopo il 1967 in assenza di documento autorizzativo (cfr. Cassazione civ. n. 17028/2012, Cass. civ. n. 5898/2004).

Proprio a causa di tale ermeneutico contrasto che ha visto, nel corso degli anni, alternarsi pronunce di segno diametralmente opposte, la Suprema Corte, con l'intento di fornire un'interpretazione univoca nella materia *de qua*, con un'incisiva sentenza emessa a Sezioni Unite, n. 8230 del 22 marzo 2019, ha, da ultimo, ritenuto applicabile la tesi della natura "formale" della nullità, meglio specificandone però la sua applicazione.

In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che la normativa in esame, vale a dire l'art. 46 D.P.R. n. 380/2001 e l'art. 40 della legge n. 47/1985, pone un medesimo ed unico precetto ossia che nell'atto sia contenuta la dichiarazione da parte del venditore comprensiva degli estremi identificativi i titoli menzionati, mentre la sanzione della nullità e il diniego alla stipula di siffatto negozio giuridico sono direttamente connessi all'assenza di tale dichiarazione. Ciò comporta, quindi, che il principio della nullità non può essere riferito, come ritiene parte della giurisprudenza, alla irregolarità urbanistica degli immobili intesa come difformità rispetto alle prescrizioni di legge, poiché, ove così fosse, si assisterebbe ad una palese violazione dell'art. 12, comma 1, delle preleggi al codice civile, che vieta all'interprete di attribuire alla disposizione normativa altro senso se non "*quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione*