Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

ANNO XVII - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

12 2012

www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita

Abuso del diritto e dipendenza economica

Danno non patrimoniale non biologico

Responsabilità precontrattuale e obbligo d'informazione

Ipsoa, una tradizione di innovazione. Da 40 anni.

DIREZIONE SCIENTIFICA
Vincenzo Carbone
Pier Giuseppe Monateri
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

00129552

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Edicola Professionale

L'app per le riviste professionali

Gentile Abbonato,

siamo lieti di comunicarle che **le riviste IPSOA e il fisco si *mobilitano***: oggi potrà consultare il suo abbonamento anche su **iPad** e **tablet Samsung** e **Android**!

Nasce infatti **Edicola Professionale**, l'app che permette di sfogliare i fascicoli delle riviste in mobilità.

Vada subito su **AppStore**, **Google Play** o **SamsungApps**: l'applicazione è disponibile gratuitamente.

Una nuovissima esperienza di lettura, un nuovo modo di aggiornarsi, più comodo: ogni fascicolo è scaricabile **in anteprima rispetto al cartaceo**, archiviabile sul proprio tablet e riconsultabile **anche in assenza di collegamento internet**, in viaggio, in studio o direttamente presso un cliente.

Ogni fascicolo de ***La Rivista digitale*** riporta fedelmente gli **stessi contenuti** del **cartaceo** e la possibilità di **effettuare ricerche** all'interno dell'articolo, inserire annotazioni e di avvalersi di tantissime altre funzionalità, tutte da scoprire sul sito

www.edicolaprofessionale.com

Per consultare i fascicoli basta:

1. andare su **AppStore**, **Google Play** o **SamsungApps**
2. scaricare gratuitamente la **App Edicola Professionale**
3. solo al primo accesso **inserire le credenziali** (user e password) che utilizza per accedere al sito **IPSOA**
4. nella sezione **Edicola** troverà disponibili per il download i **fascicoli del 2012** della Rivista a cui è abbonato
5. scaricandoli, potrà averli **sempre disponibili sul tablet nella sezione La mia Libreria** (anche senza collegamento Internet)

Se non è ancora registrato al sito Ipsoa lo faccia subito per ricevere le credenziali d'accesso: su **www.ipsoa.it** cliccando **Registrati subito**.

Buona lettura… digitale!

L'Editore

Disponibile su App Store · Google play · Samsung Apps

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Per qualsiasi richiesta può contattare
il Servizio Clienti Ipsoa

Telefono: 02.824761
E-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it

Y32DV LE

Apple e iPad sono marchi di Apple Inc. • Android è un marchio di Google Inc.

OPINIONI

Obbligazioni e contratti
NUOVI ABUSI CONTRATTUALI: PERCORSI DI UNA CLAUSOLA GENERALE
di *Roberto Pardolesi* **1165**

GIURISPRUDENZA

Legittimità

Danno non patrimoniale
DANNO NON PATRIMONIALE NON BIOLOGICO: IMMISSIONI INTOLLERABILI E PIGNORAMENTO ILLEGITTIMO
Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7048 **1179**
Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9434 **1180**
Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9445 **1182**
Tribunale di Brindisi, sez. Ostuni, 19 dicembre 2011 **1184**
commento di *Giulio Ponzanelli* **1188**
commento di *Camilla Baldassarre* **1190**

Obbligazioni e contratti
LA CASSAZIONE "DIMENTICA" IL CONTRATTO CON EFFETTI PROTETTIVI A FAVORE DEL TERZO: VERO OBLIO O CONSAPEVOLE RIPUDIO?
Cassazione civile, sez. III, 8 maggio 2012, n. 6914 **1201**
commento di *Daniela Zorzit* **1202**

Responsabilità precontrattuale
RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E OBBLIGO D'INFORMAZIONE
Cassazione civile, sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526 **1210**
commento di *Paolo Laghezza* **1212**

Responsabilità dei genitori
"COCCO DI MAMMA" ANCHE SE AMMAZZA. FIGLI MINORI E RESPONSABILITÀ DEI GENITORI
Cassazione civile, sez. III, 20 marzo 2012, n. 4395 **1218**
commento di *Marina Dimattia* **1219**

Responsabilità dello Stato
IL GIUDICE COMPLESSO E LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO
Cassazione civile, sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813 **1225**
commento di *Antonio Lazari* **1228**

Merito

Tutela dei consumatori
L'ART. 140 *BIS* COD. CONS. AL VAGLIO DEL LEGISLATORE E DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO
Corte d'appello di Torino, sez. I, 23 settembre 2011, ord. **1236**
Tribunale di Roma, 27 aprile 2012, ord. **1239**
Tribunale di Roma, 27 aprile 2012, ord. **1243**
commento di *Laura Frata* **1248**

Osservatorio di legittimità

a cura di *Antonella Batà* e *Angelo Spirito* **1254**

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di *Gina Gioia* **1257**

Osservatorio di merito

a cura di *Paolo L. Carbone* **1261**

INDICE

INDICE DEGLI AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO 1265

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Mario Barcellona, Giovanni Comandè, Marco De Cristofaro, Maria Vita de Giorgi, Massimo Franzoni, Giorgio Lener, Francesco Macario, Marisaria Maugeri, Massimo Paradiso, Giovanni Pascuzzi, Barbara Pozzo, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Onofrio Troiano, Andrea Violante

Danno e responsabilità
Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

EDITRICE
Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET
http://www.ipsoa.it/dannoeresponsabilità

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

REDAZIONE
Isabella Viscardi, Francesco Cantisani, Arianna Barsacchi

FOTOCOMPOSIZIONE
Sinergie Grafiche s.r.l.
20089 Rozzano (MI)-Via Pavese, 1/3
Tel. 02/57789422

REALIZZAZIONE GRAFICA
Wolters Kluwer Italia s.r.l.

STAMPA
GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

PUBBLICITA':

db Consulting s.r.l.
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via L. Gasparotto, 168 - 21100 Varese
Tel. 0332 282160 - Fax 0332 282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 526 del 23 ottobre 1995
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.411 - telefax (02) 82476.079
e-mail redazione.dannoeresponsabilita.ipsoa@wki.it

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

ABBONAMENTI
Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02 824761 - e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it - www.ipsoa.it/servizioclienti.
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della Rivista, consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita

ITALIA
Abbonamento annuale 2013: € 204,00

ESTERO
Abbonamento annuale 2013: € 408,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere **iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati**.

MODALITA' DI PAGAMENTO
Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

oppure
Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento
Prezzo copia: € 23,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE
Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Abuso del diritto e dipendenza economica

Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale (*)

di **Roberto Pardolesi**

Una meditata sentenza resa dalla Corte di legittimità a fine 2009 ha rilanciato il dibattito, mai davvero sopito ma neppure giunto alle soglie di una definizione davvero soddisfacente, sull'abuso del diritto: presentato, in questa 'nuova' versione, come esplicitazione dell'obbligo di buona fede/solidarietà sociale e declinato in chiave di proporzionalità. Successivamente, nel volgere di un paio di anni, due interventi eccentrici del legislatore hanno tracciato specificazioni "regionali" di un abuso presumibilmente inteso nei termini di approfittamento indebito di una situazione di subalternità economica, nel segno presuntivo del 'terzo contratto'. Vien fatto di chiedersi se e in quale misura queste tecniche incidano sull'inerzia di un dibattito risalente quanto estenuato e si propongano come itinerari (convergenti? alternativi?) intesi a propiziare il radicamento di un approccio quanto mai controverso: se valgano, in definitiva, a far uscire di minorità l'abuso del diritto.

1. Eterni ritorni

A volte ritornano. Così intitolavo (1), giusto un paio d'anni addietro, il commento a una sentenza con cui la Cassazione, facendo leva sulla clausola generale della buona fede, rispolverava la figura dell'abuso del diritto in materia contrattuale e la lucidava a nuovo, conferendole un risalto mai osservato sino ad allora in quest'ambito.

Il gioco degli eterni ritorni rischia di riuscire stucchevole (2), poco più che una sollecitazione stanca per un dibattuto frusto oltre ogni dire (3). E, in effetti, il dibattito c'è stato, (ardente in superficie e) inconcludente come si conviene. Solo che questa volta alla sortita giurisprudenziale, non la sola - ripetiamo - ma per certo la più risoluta di cui si abbia memoria, si sono uniti altri contributi, di provenienza legislativa (alludo, nemmeno a dirlo, all'art. 10 della l. n. 180/2011, sullo statuto delle imprese, e l'art. 62 del c.d. decreto "Cresci Italia"). L'apparente convergenza dei due formanti e il tanto cicalare sfuggente della dottrina potrebbero indurre a chiedersi se, come mi capita di sostenere da tempo, i mitici Signori del diritto, tre nell'immaginario accreditato di *civil law*, non si siano ridotti a due. Ma questa è un'altra storia, che sarà il caso di approfondire in una sede diversa. Qui e ora conviene, piuttosto, riguardare più da presso i fatti che promettono di sottrarre questo eterno ritorno al suo destino d'impotenza. Subito dopo, e sulla base di una siffatta ricognizione, sarà opportuno rimontare al dibattito storico, per cercare di capire che cosa ci sia di davvero nuovo sotto il sole e come lo si possa ragionevolmente introiettare nel sistema, se e nei limiti in cui residua ancora margine per immaginare una qualche tensione dell'ordinamento verso un'interna coerenza. Infine, sarà tempo di porsi le domande che contano. Risposte certe non se ne daranno, ma proporre gli interrogativi giusti è già la metà dell'opera.

2. Un florilegio di novità

I fatti, dicevamo. A partire da Cass. n. 20106/2009, vero *blockbuster* della letteratura privatistica di casa nostra negli ultimi due anni (4).

Note:

(*) Il testo, con qualche integrazione, riproduce la relazione tenuta al 25° Congresso dell'Associazione internazionale Giuristi Lingua Italiana (AIGLI), Santa Margherita Ligure, 21-23 settembre 2012.

(1) A. Palmieri-R. Pardolesi, *Della serie: "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 95.

(2) L'immagine alternativa, suggerita a suo tempo da Guido Alpa con riguardo, appunto, all'abuso del diritto, è quella dell'araba fenice, che risorge puntualmente dalla sue ceneri. Il senso di estenuazione non cambia.

(3) *Absit iniuria*: il celebre saggio di Pietro Rescigno del 1965 è stato ripubblicato più di trent'anni dopo - P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998 - col semplice supporto di una sobria postfazione. Cambiati i riferimenti normativi, non la sostanza del confronto.

(4) La *moral suasion* esercitata dalla decisione potrebbe essere ridotta dall'ambiente, presumibilmente non del tutto pacifico, in cui essa è maturata: a riprova il fatto che il giudice relatore, Urban, sia diverso dall'estensore, Vivaldi; e che le conclusioni del

(segue)

2.1. Uno scenario noto, una prassi radicata

Scenario di distribuzione di autoveicoli, sconvolto dalla decisione del concedente, una casa costruttrice d'oltralpe, di: *a*) attuare una strategia di profonda ristrutturazione della propria rete sul territorio italiano; e *b*) troncare i rapporti con numerosi concessionari, avvalendosi all'uopo della facoltà di recesso *ad nutum* attribuita da un'esplicita previsione contrattuale (5). Si tratta, dunque, di un settore su cui ha (ancora) un forte impatto, anche sul versante contrattuale, la disciplina antitrust comunitaria, che sin dal 1985 ha previsto un'esenzione per categoria. Si sono avvicendati quattro regolamenti volti a coprire tali forme di intese verticali e non sono mai mancate, nell'ambito delle misure volte a garantire i distributori, regole *ad hoc* sul recesso del fornitore nei contratti conclusi a tempo indeterminato. Inizialmente la disciplina s'incentrava essenzialmente sul termine minimo per il preavviso: la prima versione lo conteneva di norma in un anno. Nella seconda (regolamento del 1995), veniva incrementato a un biennio, fatto salvo il suo dimezzamento nel caso di riorganizzazione della rete. Con la formulazione del 2002 (vigente al tempo della nostra pronunzia), ferma l'ampiezza dei predetti termini, si è preteso che il fornitore comunicasse per iscritto la sua intenzione di terminare il rapporto, specificandone i motivi in maniera particolareggiata, obiettiva e trasparente (6). Gli atti contro cui hanno reagito i concessionari "revocati" (così qualificati dalla sentenza in discorso) si collocano a cavallo tra il primo e il secondo dei regolamenti di esenzione. Nondimeno, da questo rapido *excursus* si evince come la necessità di ristrutturare il sistema distributivo rappresenti un fattore suscettibile di spianare la strada all'interruzione (purché non dall'oggi al domani) del rapporto (7), e non v'è motivo di credere che non lo fosse anche prima di essere nominativamente preso in considerazione. Del resto, in una fattispecie analoga, vagliata alla stregua del divieto di dipendenza economica, il tribunale capitolino aveva escluso il carattere arbitrario del recesso notificato con il dovuto anticipo, innestato in una «logica aziendale dettata dall'esigenza oggettiva di sopravvivenza» (8): responso confermato, val la pena di aggiungere, in una pronuncia recente dello stesso collegio (9).

La reazione dei concessionari "revocati", imperniata sull'evocazione dell'abuso del diritto, non trovava eco in prime cure e nemmeno nel successivo grado di giudizio. La Corte d'appello di Roma, anzi, aveva ampiamente motivato l'infondatezza della richiesta, osservando che:

1) il giudice non ha alcuna possibilità di controllo sull'atto di autonomia privata;
2) la previsione contrattuale del recesso *ad nutum* dal contratto non consente il sindacato, da parte del giudice, su tale atto, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere, perché un tale potere rientra nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato;
3) la società concedente non doveva tenere conto anche dell'interesse della controparte o di interessi diversi da quello che essa aveva alla risoluzione del rapporto;
4) l'insussistenza di un'ipotesi di recesso illegittimo comporta la non pertinenza del richiamo agli artt. 1175 e 1375 c.c.;
5) i principii di correttezza e buona fede non creano

Note:

(continua nota 4)

P.M. Destro fossero difformi. Nondimeno, gli echi giurisprudenziali, in via di rapida crescita, presentano numerose sfumature, che vanno dall'apologetico all'entusiastico. Valga, per tutte e in attesa di una ricognizione più puntuale, la menzione di Cass. 31 maggio 2010, n. 13208, che valorizza i *dicta* del pronunciamento precedente per accreditare un controllo di ragionevolezza sulle modalità di esercizio del potere contrattuale.

(5) La facoltà di recesso *ad nutum* corrisponde alla prassi di settore: cfr., indicativamente, Trib. Roma 29 novembre 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, 870, con nota di L. Miotto, *Recesso* ad nutum, *abuso e ragioni dell'impresa.*

(6) Solo di recente è sorto il dubbio che non esistessero ragioni cogenti per ritagliare, all'interno del perimetro dei contratti di distribuzione alla luce della normativa antitrust, una disciplina specifica per i rivenditori di automobili: dopo aver riconosciuto, in un Rapporto del 28 maggio 2008, che le norme dettate dal regolamento di esenzione, in deroga al calco generale fissato dal Reg. 2790/1999, erano «esageratamente restrittive, troppo complesse e/o ridondanti», la Commissione, in una comunicazione del luglio 2009, aveva anticipato le mosse a venire, col dire che «the application of the general block exemption to single-branding obligations in the motor vehicle sector represents a balanced solution». Guai, però, a coltivare troppe aspettative! La timidezza istituzionale, all'atto del varo del Reg. 461/10, ha indotto a dilazionare nel tempo il riassorbimento della disciplina di settore, che per la parte 'protezionistica' (quella che qui interessa) continuerà ad operare sino al 2013, nel presupposto, sia pure poco convinto e convincente, che la prolungata transizione consenta ai concessionari il recupero dei capitali investiti.

(7) Nell'interpretazione della corte comunitaria, presupposto imprescindibile è l'esigenza di una modifica significativa, sul piano sia sostanziale che geografico, delle strutture di distribuzione del fornitore interessato, che deve essere giustificata in maniera plausibile con motivi di efficacia economica basati su circostanze obiettive interne o esterne all'impresa del fornitore, le quali, tenuto conto del contesto concorrenziale nel quale opera tale fornitore, potrebbero (in mancanza di una riorganizzazione rapida della rete di distribuzione di quest'ultimo), pregiudicare l'efficacia delle strutture esistenti (cfr. Corte giust. 30 novembre 2006, cause riunite C-376 e 377/05, *Brünsteiner*, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Unione europea*, n. 1112; 7 settembre 2006, causa C-125/05, *Vulcan Silkeborg*, *id.*, Rep. 2006, voce cit., n. 1165).

(8) Trib. Roma 5 novembre 2003, ord., in *Foro it.*, 2003, I, 3440.

(9) V. pronuncia menzionata *supra*, nt. 5.

obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti;
6) non sono presenti nel caso in esame i principi enucleati dalla giurisprudenza in tema di abuso del diritto; e ciò perché «[l]a sussistenza di un atto di abuso del diritto (speculare ai cosiddetti atti emulativi) postula il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo costituito dall'*animus nocendi*, ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestia ad altri»;
7) «Il mercato, concepito quale luogo della libertà di iniziativa economica (garantita dalla Costituzione), presuppone l'esistenza di soggetti economici in grado di esercitare i diritti di libertà in questione e cioè soggetti effettivamente responsabili delle scelte d'impresa ad essi formalmente imputabili. La nozione di mercato libero presuppone che il gioco della concorrenza venga attuato da soggetti in grado di autodeterminarsi»;
8) alla libertà di modificare l'assetto di vendita, da parte della società automobilistica concedente, conseguiva che il recesso *ad nutum* rappresentasse, per il titolare di tale facoltà, il mezzo più conveniente per realizzare tale fine: da qui l'insussistenza dell'abuso;
9) l'impossibilità di ipotizzare «un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di un atto normativo che specifichi come attuare tale astratta tutela», produce, come effetto, quello dell'introduzione di «un controllo di opportunità e di ragionevolezza sull'esercizio del potere di recesso; al che consegue una valutazione politica, non giurisdizionale dell'atto»;
10) l'impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e, particolarmente, «in ambito contrattuale in cui i valori di riferimento non sono unitari, ma sono addirittura contrapposti e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo i parametri legali dell'incontro delle volontà su una causa eletta dall'ordinamento come meritevole di tutela» fa sì che «[s]olo allorché ricorrono contrasti con norme imperative, può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la più ampia libertà della autonomia privata».
Una motivazione serrata, che però non impressiona i giudici di legittimità. Essi ricordano l'onnipresenza del principio di correttezza e buona fede, da declinare come espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale, consistente nel dovere, per chi sia coinvolto in un rapporto contrattuale, di preservare gli interessi di controparte. E spiegano:
Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto. I suoi elementi costitutivi - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti:
1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;
2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico;
4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrifico cui è soggetta la controparte.
Insomma: l'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore.
Riversate sul caso di specie, queste argomentazioni comportano che l'atto di autonomia possa/debba essere interpretato dal giudice, applicando il canone della buona fede (non più, verrebbe fatto di aggiungere, cerniera fra le norme d'interpretazione soggettiva ed oggettiva, come s'insegnava ai miei tempi, ma vero architrave del sistema), e contemperando gli opposti interessi. Di qui la possibilità di rilevare l'abuso, non già sulla base del riscontro di un *animus docendi*, ma in ragione dell'obiettiva proporzionalità dei mezzi usati: quanto dire che il collegio d'appello «avrebbe dovuto valutare - e tale esame spetta ora al giudice del rinvio - se il recesso *ad nutum*, previsto dalle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti». Il tono è perentorio. La Cassazione sembra voler mettere in chiaro che, in materia, niente sarà più come prima.

2.2. La "termination" dei contratti di distribuzione

Un chiosa, di scorcio, che spiega l'ispirazione (ma non per questo rivaluta la coerenza) degli interventi comunitari. La materia dei contratti di distribuzione, alla cui esplorazione ho apportato un modesto contributo, ha individuato per tempo, quale momento nevralgico, quello della *termination*. Il soggetto che abbia operato investimenti non riciclabili si

trova in una situazione di *hold-up* monopolistico, che lo mette alla mercé di controparte. Si ha un bel dire, come certamente farebbero i cultori dell'ortodossia Chicagoan, che il pericolo era evidente ancor prima di entrare nel rapporto, quando, cioè, al potenziale *franchisee* si schiudevano allettanti alternative che avrebbero stemperato ogni pressione e propiziato scelte ben ragionate e adeguatamente cautelative. L'economia comportamentale ci ha insegnato che l'eccesso di ottimismo (certe cose accadono agli altri, non a me …) giuoca un ruolo pesante; e accade così che il contratto *sine die*, con i toni dell'idillio di lungo periodo, possa esser troncato col mero rispetto di un qualche termine di preavviso. La consapevolezza della minaccia ha portato per tempo all'elaborazione di un approccio che, oltre Atlantico, ebbe a prendere dapprima il nome di *Missouri doctrine* e poi quello, più asettico, di *recoupment doctrine*. Alle corte: lo scioglimento senza giusta causa di un contratto di distribuzione a tempo indeterminato, prima che fosse trascorso il tempo necessario al distributore per recuperare i *sunk costs* (costi idiosincratici e non recuperabili) connessi al contratto, avrebbe comportato responsabilità per danni del concedente. Ovvio che una siffatta impostazione non potesse trovare immediata applicazione nel caso di specie, posto che i contratti interessati recavano, come esplicitamente permesso dall'art. 1373 c.c., una clausola di recesso *ad nutum*. Ma una contenuta attività di manipolazione analogica, dando per scontato che tra le parti sussista un vincolo di dipendenza economica, avrebbe potuto avvalorare la conclusione, pur significativa, che la facoltà così prevista non poteva essere esercitata nel periodo critico di recupero dei capitali investiti. Che cosa sarebbe rimasto della previsione nuda e cruda di recesso *ad nutum* è argomento da esplorare. Ma non vale la pena di farlo, perché l'itinerario prescelto dalla Corte di legittimità è tutt'altro e per nulla incline al compromesso.

Infatti, la sentenza 20106/2009 ambisce ad una soluzione di respiro ben più ampio, tale da abbracciare l'intera platea delle relazioni contrattuali. E qui, nella sua aspirazione a imporre un nuovo corso, stanno il suo fascino e la sua debolezza, sui quali avremo modo di tornare più oltre.

3. Il legislatore e il "terzo contratto"

Veniamo al primo intervento legislativo cui si faceva cenno in apertura. Per comprenderne il rilievo ai nostri fini, occorre un piccolo *detour*. Alla volta del "terzo contratto".

3.1. La terra di mezzo

Il terzo contratto denuncia, proprio con la provocatoria articolazione numerica, l'impraticabilità, ai limiti dell'ipocrisia, di qualsivoglia teorizzazione del contratto in generale. La trama codicistica è largamente influenzata dal modello tradizionale del contratto fra operatori consapevoli dei rischi connessi alle loro iniziative economiche e arbitri dei propri destini: soggetti per i quali il dispiegarsi dell'autonomia privata scandisce tempi e modi del cimento di mercato. Si tratta, però, di una sfera minoritaria (anche se proporzionalmente cospicua quanto a misura delle risorse movimentate) rispetto alla massa - il 95% per cento, ipotizzava un commentatore statunitense - di rapporti contrattuali che fanno capo al consumatore, alle prese con una quotidianità che gli impedisce di riscattare l'asimmetria informativa nei confronti del professionista: di qui il fallimento di mercato che si traduce nella deriva comunitaria di tutela di un soggetto che non sa e, in fondo, non potrà mai essere recuperato a un piede di autentica parità sostanziale. Il profilarsi di queste due indiscusse polarità schiude un'alternativa: tra apertura, in nome del perdurante anelito di unitarietà, alla possibilità che l'una provincia informi di sé l'altra, cannibalizzandola variamente e propiziando risultati ai limiti del paradossale, e approccio rassegnato alla constatazione che la Pangea del contratto non esiste più e, quindi, propenso a esplorare la terra di mezzo, per verificare se, fra gli estremi contrapposti, vi sia margine per un'aggregazione concettuale all'insegna della tutela per un imprenditore dimidiato. La suggestione del terzo contratto nasceva, appunto, dal riscontro dell'agglutinarsi di previsioni normative non sempre coerenti ma certamente intese a riscattare un professionista da una situazione di sudditanza, o comunque di esposizione all'altrui prepotere contrattuale (10).

Orbene, la proposta del terzo contratto può destare, come ha destato in effetti, reazioni molto contrastanti (11), che varrà la pena di raccogliere ed esa-

Note:

(10) Doveroso il rinvio ai contributi raccolti nel volume curato da G. Gitti-G. Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

(11) Un inventario al volo, tutt'altro che completo: S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 166 ss.; R. Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica - Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; A. Mastrorilli, *L'abuso del diritto e il terzo contratto (nota a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in questa *Rivista*, 2010, 347; D. Valentino, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509; E. Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *I Contratti*, 2009, 493; A. Gia-

(segue)

minare in qualche dove. Ma, a meno di non voler procedere per metonimie, (comprende per certo ma davvero) non si riduce a una caratterizzazione da *hold up* in ragione di costi irrecuperabili. La formula magica è quella dell'abuso di dipendenza economica, introdotta, fra mille ripensamenti, nella l. n. 192/1998 sulla subfornitura industriale con vocazione di clausola generale specialistica, sorta di abuso del diritto a danno di imprenditori deboli, che però non ha mai trovato la forza per decollare operativamente (i.e., nelle aule di giustizia). Ci si tornerà tra un momento.

3.2. Abuso di dipendenza in difetto (di prova) della dipendenza

Proprio in vista di queste resistenze mette conto sottolineare come la produzione - disordinata oltre ogni dire, ma non di meno tangibile - di indici legislativi atti a suffragare l'ipotesi sia venuta intensificandosi (non a caso) in tempi di crisi. Va menzionato, intanto, il c.d. Statuto delle imprese (l. 11 novembre 2011, n. 180, espressamente adottata sulla scorta della Comunicazione della Commissione europea 394 del 25 giugno 2008, recante «una corsia preferenziale per la piccola impresa - alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la piccola impresa»), che evoca la nozione di "microimpresa" di estrazione comunitaria: per poi affidare al governo una delega affinché sia rafforzata la disciplina contro il ritardo dei pagamenti, contrastando gli effetti negativi della posizione dominante di un'impresa sui propri fornitori o sulle imprese sub-committenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese. Da subito, però, si provvede a integrare la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, configurandone la ricorrenza pur in difetto di dipendenza, in presenza di violazioni ripetute e reiterate delle disposizioni sui termini di pagamento.
Il senso di vertigine è notevole. Ma, in attesa di saperne di più (posto che i termini della delega sollevano interrogativi di problematica risoluzione), la strategia dello struzzo non giova. Sia pure in un contesto ridotto, e con paletti piuttosto cogenti, il legislatore è disposto a lasciar cadere i presupposti della clausola generale di settore, puntando risolutamente alla deterrenza di comportamenti individuati come scopertamente abusivi.

3.3. "Buying power" e Grande Distribuzione Organizzata

Giusto un passo più in là, ma su una traiettoria assai prossima, c'è da prendere atto dell'ulteriore intervento normativo cui si accennava in esordio: il decreto legge sulle liberalizzazioni (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante "disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", convertito con la l. 24 marzo 2012, n. 27), che non solo avvalora la nozione di microimpresa quale possibile destinataria di pratiche commerciali scorrette (mercé la modifica in parte qua del Codice del Consumo), ma, al comma 2 dell'art. 62, scardina il quadro delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, perché - oltre a imporre prescrizioni in tema di forma e fissare principi ostativi come mai prima d'ora all'esercizio dell'autonomia privata (12) - detta una fitta serie di divieti, la cui formulazione assume quale punto di riferimento la normativa antitrust, l'abuso di dipendenza economica e la disciplina del ritardo nei pagamenti.
Questa norma, in particolare, appare per molti versi ondivaga e sfilacciata: eccessiva quanto ai poteri di apprezzamento rimessi al giudice, discriminatoria nel prevedere interventi con riguardo a un solo settore in cui si esercita la nuova dimensione del *buying power* della grande distribuzione, scriteriata nella misura in cui sovrappone con disinvoltura competenze giurisdizionali divaricate. Ma non è la fattura della disposizione a rilevare (ci viene anticipato che il parere del Consiglio di Stato sul regolamento di attuazione, di prossima pubblicazione, potrebbe for-

Note:

(continua nota 11)

nola, *Terzo contratto [aggiornamento-2009]*, in *Dig. civ.*, Torino, 570; E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, 121; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 847; P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in P. Perlingieri-L. Ruggieri, *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008, 401; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529.; G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751; A. Bregoli, 2008, *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, 140; V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669.

(12) È così previsto che i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, debbano essere stipulati obbligatoriamente in forma scritta e debbano indicare, a pena di nullità (che come tale può essere rilevata d'ufficio dal giudice), la durata, le quantità e la caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, nonché le modalità di pagamento e di consegna. Viene altresì stabilito che i medesimi contratti debbano essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca (*sic*!) corrispettività delle prestazioni. Resta nel vago la conseguenza della violazione di tali principi: di quale rimedio si avvarrà il giudice che ritenga di riscontrare difetto di corrispettività?

temente contribuire a riportare il cuore … di qua dall'ostacolo), quanto il messaggio ch'essa veicola. Un messaggio, piaccia o no, scritto nella lingua del terzo contratto.

4. Dove siamo e, soprattutto, dove andiamo?

A voler tracciare un bilancio interlocutorio, la conclusione parrebbe obbligata: è in atto una tendenza destinata a spezzare la catena degli eterni ritorni, a far uscire di minorità l'abuso del diritto, a radicarlo come pietra angolare del sistema, qualcosa di molto prossimo alla "new emperor's clause".
Sulla tendenza, in effetti, non c'è margine per contestazioni. Molto meno scontato, invece, che la tendenza esprima, di là dalla superficiale omologazione degli obiettivi, una reale convergenza. A veder bene, sono diverse le tecniche. La Cassazione punta alla validazione definitiva della clausola generale, alla sua utilizzazione a tutto campo. Il legislatore, viceversa, ritaglia gli ambiti d'incidenza e definisce, anche se non sempre con la dovuta proprietà, le condizioni di esercizio dell'intervento correttivo. È mia convinzione che non si tratti di dettagli di scarso rilievo. Al contrario, vi potrebbero essere sottese filosofie assai diverse. Proviamo a delinearle.

5. Abuso del diritto vivificato dalla solidarietà sociale?

Basta l'aggancio costituzionale al principio di solidarietà sociale - sostegno che non potrebbe comunque essere sottostimato, a dispetto della sua trama sin troppo larga -; basta, dicevamo, il richiamo a quel principio a scandire una soluzione di continuità rispetto all'elaborazione pregressa? L'interrogativo, all'evidenza provocatorio, vale ad evidenziare come gli argomenti utilizzati dalla Corte di legittimità, con la sola esclusione, appunto, di quello costituzionale, siano gli stessi che in passato avevano finito col relegare la teorica dell'abuso del diritto nel limbo dei concetti suadenti ma, in pratica, inutilizzabili.

5.1. L'abuso del diritto nel quadro delle clausole generali

L'abuso del diritto s'iscrive a pieno titolo fra le clausole generali, emerse agli onori della cronaca (e, come suggerisce Federico Pedrini, dell'onomastica (13)) giuridica tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del secolo breve, durante il quale avrebbero per tempo posto il problema della loro centralità (famosa la formula di Hedemann sulla "Flucht in die Generalklauseln"). Contraddistinte dall'indeterminatezza, dal rinvio al metagiuridico, dal necessario apporto valutativo dell'interprete per definirne i contenuti (con tassi diversi di "discrezionalità delegata"), le clausole generali s'incaricavano, nella ricostruzione di Engisch, di assicurare la rispondenza del sistema alle sollecitazioni provenienti dalla società e di rendere "più plastico" l'ordinamento (oggi, nel linguaggio dell'analisi economica del diritto, diremmo: per attrezzarlo ad affrontare e gestire la sua ineluttabile incompletezza). Nella sostanza, si propongono come tecnica normativa che si vorrebbe contrapposta al metodo casistico, anche se non posseggono una struttura propria: alle corte, frammenti di fattispecie normativa, costituiti da concetti indeterminati (ma normativi, posto che richiedono all'interprete una valutazione, sia pure vincolata da uno standard metagiuridico, con esclusione della discrezionalità pura).
Un tempo riguardate come pericolose per il diritto e per lo Stato, vengono, nelle impostazioni più recenti, valorizzate come elementi strutturali (e perciò ineliminabili), capaci di promuovere, attraverso la mediazione del giudice, il pluralismo normativo, senza porre, in sede d'interpretazione problemi diversi da quelli sollevati da qualsiasi altra norma (anche se, ammonisce Rodotà, la specificità, in termini di "specie di indeterminatezza", resta e pesa persino in un universo di concetti giuridici indeterminati).
A conti fatti, ciò ha progressivamente portato a un'utilizzazione allargata delle clausole generali. Sotto questo profilo, la parabola della buona fede è emblematica. Io c'ero quando si poteva toccare con mano come, di fronte al profluvio di indici codicistici che l'evocavano a ogni piè sospinto, la prassi giudiziaria, in ciò condizionata da una fiera ostilità della dottrina a ogni sussulto di *Richterrecht*, la utilizzasse, nella sostanza, in doppia motivazione, sulla scorta, cioè, di una motivazione formatasi altrove. Oggi il clima è cambiato in maniera radicale. Talora - penso al caso della rilevabilità d'ufficio dell'eccessività della penale, esaltata dai più come perla di una giurisprudenza ispirata, laddove io colgo segni di fraintendimento … - troppo radicale. Non solo si segnala che la funzione delle clausole generali potrebbe non essere più quella "omeostatica", tesa al «mantenimento della sintonia del diritto con il mutamento temporale», ma di salvaguardia della «coerenza del diritto in una società multietnica, multi-

Nota:

(13) F. Pedrini, *Clausole generali e costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 285, 286 e *passim*.

culturale, multireligiosa, incorporando questa volta non il futuro, ma la diversità» (14); ma se ne scopre l'indole di «strategie cognitive di tipo adattivo» con cui l'ordinamento si propone di adeguare i propri effetti, «in guisa da essere all'altezza della complessità sociale che intende regolare, anche quando questa complessità si presenti indefinibile *ex ante* e/o in rapida crescita» (15). Il tutto, in ogni caso, amalgamato dall'orgogliosa rivendicazione della giurisprudenza, massime di legittimità, di contribuire alla costruzione di un assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice.

5.2. Sostrati ideologici

Alla traiettoria propria delle clausole generali l'abuso del diritto aggiunge, di suo, una forte connotazione ideologica. Mentre in Francia la giurisprudenza s'incaricava di tracciare la via al riconoscimento che le facoltà concesse al privato nell'esercizio della sua autonomia possono essere utilizzate in modo discordante rispetto al calco originario, e in Germania il § 226 BGB metteva al bando l'esercizio volto al solo scopo di arrecare danno ad altri (ancor più plateale l'art. 2 del codice svizzero del 1907, con la sua sconfessione dell'"abuso manifesto"), l'Italia si spingeva sino a formulare l'art. 7 del progetto di libro primo del codice civile, in cui s'intimava che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». Slancio, peraltro, subito rientrato per le obiezioni sollevate circa la legittimazione, per questa via, di un vaglio giudiziario che avrebbe messo a repentaglio la certezza del diritto. Più tardi, la dottrina dominante avrebbe giustificato la mancata inserzione della norma nel testo definitivo del codice col dire che, in realtà, il tema era di teoria generale e, per conseguenza, difficile a tradursi in termini precettivi. Prevalse, dunque, la logica strutturale, che ha cominciato a mostrare segni di debolezza solo intorno agli anni Settanta del secolo scorso, quando più forti e intrecciate si sono fatte le spinte verso dimensioni funzionali.
Su questo quadro di fondo ha inciso l'insegnamento di un Maestro da poco scomparso, che ha fatto della rivendicazione del primato della *jurisdictio* sulla *legislatio* (e, allora, un solo Signore del diritto?) la bandiera di un'attività ricostruttiva straordinariamente provvida. Non a caso, è alla sua elaborazione che fa capo la più volte citata Cass. n. 20106/2009; ancor meno sorprendente è che Francesco Galgano figurasse nel collegio difensivo dei concessionari.

5.3. Pro e contro il rilancio giudiziale dell'abuso del diritto

Nel saggio pubblicato a commento della pronuncia (16) (una fra le ultime testimonianze di una produzione giuridica vastissima, ma sempre assai lucida), Galgano osservava come la Cassazione avesse fornito, in linea con i tempi e con un'elaborazione sempre più coesa, una testimonianza di «governo giudiziario della discrezionalità contrattuale», tutt'altro che esposta alla critica di minare l'ambito di esplicazione dell'autonomia privata, posto che nella circostanza lo scrutinio verteva sulla legittimità di una clausola sul recesso *ad nutum* e concorreva, pertanto, a rafforzare la vincolatività del vincolo. Appena al di là di questo fragile virtuosismo retorico, emergeva il disegno di una valutazione sempre più sensibile del contratto, così come articolato nelle sue singole clausole, alla stregua di una prospettiva imperniata su un'indagine penetrante circa l'effettiva giustificazione causale dell'atto. Il precetto di autonomia che fosse risultato irrispettoso dell'equilibrio degli interessi contrapposti (la proporzionalità cui si richiama la sentenza), proprio perché viziato sul piano causale, non sarebbe da riguardare come illecito, produttivo di responsabilità risarcitoria, ma come atto invalido (sì che, nel caso di specie, l'abusivo esercizio del diritto di recesso sarebbe dovuto risultare *tamquam non esset*, lasciando in vita il rapporto sottostante).
L'impostazione testé riassunta ha suscitato un autentico subisso di critiche, riserve, resistenze. Il contro-argomento più importante, complesso nel suo svolgimento, è però lineare nelle conclusioni: le ragioni di opportunità che avevano, all'epoca dell'elaborazione del codice, suggerito di lasciar cadere il già cennato art. 7 del progetto di libro primo - ragioni che si risolvono nel timore di un potere incontrollabile in capo al giudice di riscrivere il contratto a suo piacimento - campeggiano ancora a tutto tondo. È stata per tempo dismessa l'idea che la

Note:

(14) Lo sottolineava con forza (e notevole 'twist' rispetto alle posizioni espresse in precedenza) già nel 1967, S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile,* in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83, 107. Per una ricognizione degli svolgimenti più recenti, cfr. C. Scognamiglio, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata,* in *Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, 17.

(15) Per questa prospettiva cfr. M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede fra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 15 e *passim*.

(16) F. Galgano, Qui suo iure abutitur neminem laedit?, in *Contratto e impresa*, 2011, 311.

discrezionalità del giudicante potesse essere contenuta dalla necessità di ricercare una «condotta del creditore destinata ad aggravare la posizione debitoria senza una utilità oggettivamente valutabile come degna di essere individualmente perseguita e dall'ordinamento tutelata» (17) e, quindi, dalla imprescindibile concorrenza di un elemento oggettivo, appunto l'assenza di utilità per il soggetto che esercita il diritto, e di uno soggettivo, il proverbiale *animus nocendi* (secondo lo schema della disciplina degli atti emulativi, che, nell'interpretazione avallata a tutto tondo dalla Cassazione, integra gli estremi del "teorema della stupidità" di Carlo Maria Cipolla e condanna l'art. 833 c.c. al ruolo di mero oggetto di riflessione didascalica). Si è guardato, piuttosto, all'«utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore». Sino a postulare, senza dichiararla, l'idea che l'autonomia privata sia soggetta a giudizio di funzionalizzazione (18): legittima solo in quanto persegua la finalità consentita dall'ordinamento, altrimenti abusiva.

Sulla pretesa che il dispiegarsi dell'autonomia privata avvenga in regime di libertà limitata non spenderò una sola parola: libero ognuno di trarre le conclusioni che ritiene più opportune. Piuttosto, preme rimarcare come l'impraticabilità del preteso controllo causalistico risulti, invece, di tutta evidenza: il legislatore non suole spiegare perché assegna una facoltà, gli economisti chioserebbero che assegnarla, definendo con chiarezza il titolo, è molto più importante che spiegare le ragioni della scelta. Si staglia, sullo sfondo, la 'filosofia' di un penetrante intervento sui modi di svolgimento dell'autonomia privata, divisato da un legislatore incline a subordinare l'*enforcement* del contratto a una valutazione di meritevolezza di tutela per l'interesse perseguito; ma è una filosofia oppressiva la sua parte e, per quanto qui interessa, impraticabile, semplicemente perché il legislatore non è in grado di stabilire ad ogni snodo cos'è coerente e cosa no rispetto alla finalità perseguite (a loro volta ragionevolmente nebulose). Sicché, alla fine della fiera, l'unico modo per dare consistenza alla verifica della corrispondenza dell'esercizio del diritto alla sua matrice primigenia è quello, tutto circolare, di affidarsi ad una clausola generale, quella di correttezza e buona fede, che promette di consentire valutazioni di proporzionalità alla luce degli interessi contrapposti. Per questa via, però, il disegno espansivo perseguito dalla Cassazione nella sentenza in parola si espone alla sempiterna obiezione di dar vita ad un duplicato non particolarmente proficuo (19), salvo il fatto - quale che sia il giudizio al

Note:

(17) La formula è utilizzata da P. Rescigno, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle sezioni unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 747.

(18) Di «graduale trapasso dalla figura del diritto soggettivo a quella della potestà intesa come una situazione di potere funzionale caratterizzata dalla presenza di limiti, vincoli, oneri, obblighi, ovvero una situazione di diritto-dovere» parlava già, come (criticabile) linea di tendenza, A. Lener, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 640. Dopo di lui, il diluvio…

(19) Ricorda, ad es., S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, I, 8, come in diverse occasioni «il richiamo del principio appare sostanzialmente inutile, in quanto il caso avrebbe potuto trovare corretta soluzione - come in effetti si riscontra guardando al di là dei termini utilizzati - unicamente in base all'applicazione della norma sul principio di correttezza». La duplicazione non è solo superfetante: essa minaccia di incrinare la tenuta residua del sistema. Come dianzi segnalato nel testo, si vorrebbe, dai fautori dell'abuso di potere contrattuale, che i rimedi si ponessero a livello di validità dell'atto. Ecco, allora, che l'abuso, presentato - si ricorderà - come criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede (con conseguenze sul piano dell'efficacia), aspira a traversare le linee e ad attivare rimedi in chiave di validità (Villa). Vero è che quella fatidica frontiera è stata messa in crisi dall'emergere della nullità di protezione: ma di qui a picconarla senza remore, ne corre. Quel che più conta, non hanno inteso farlo le Sezioni unite della Cassazione. Alludiamo a due importanti sentenze rese nel 2007 in materia di contratti di investimento e di violazione degli obblighi di informazione posti a carico degli intermediari finanziari (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 6725 e n. 6724). In tale ambito, come noto, la legge, oltre a prevedere espressamente che l'intermediario deve «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati» (art. 21, comma 1, lett. a, del D.Lgs. n. 58/1998, c.d. TUF), pone a suo carico specifici doveri di informazione sempre più accentuati e analitici, ma non sancisce espressamente la nullità dei contratti o delle clausole conclusi in violazione di tali canoni di comportamento e doveri (cfr. l'art. 6 della l. n. 1 del 1991, poi sostituito dall'art. 23 del D.Lgs n. 58 del 1998, sino al recentissimo D.Lgs. n. 164 del 2007 che attua le c.d. Direttive MIFID). Sul punto la giurisprudenza, anche di legittimità, negli anni precedenti aveva mostrato orientamenti divergenti circa gli effetti derivanti dal comportamento in qualche modo scorretto dell'intermediario finanziario. Una prima sentenza di Cassazione, infatti, aveva privilegiato la responsabilità e il risarcimento perché, si era detto, i comportamenti delle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità non può dar luogo a nullità. Una successiva ordinanza aveva rilevato, invece, l'erosione costante, nella legislazione speciale, della netta distinzione fra regole di responsabilità e di validità e sottolineato come spesso la violazione di doveri di comportamento sia sanzionata dalla legge con la nullità dell'atto (Cass. 29 settembre 2005, n. 19024). Le Sezioni Unite, intervenendo sul contrasto pretorio appena sintetizzato, riaffermano la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità, ma con una precisazione importante: la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, non determina nullità ma responsabilit. Essa, tuttavia, può essere causa di risoluzione del contratto quando non siano correttamente adempiuti il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sull'intermediario. A tale conclusione la Corte perviene dopo aver ribadito «il valore di principio immanente dell'intero sistema giuridico» delle clausole generali di buona fede e correttezza ricavato dal dovere di solidarietà fissato nell'art. 2 della Costituzione. E dopo aver sostenuto che la violazione di

(segue)

riguardo - che parlare senza mezzi termini di abuso del diritto incrementa il livello di potenziale ingerenza, posto che la qualificazione in termini di abusività si presta ad un'operazione di completo sovvertimento dell'attribuzione legale di una situazione soggettiva (20).

Con una duplice aggravante. La considerazione della posizione di forza relativa delle parti non funge da discrimine per l'operatività del controllo invasivo, ma da criterio di valutazione, di talché la ricostruzione prospettata non sembra concentrarsi soltanto su aree caratterizzate da uno squilibrio endemico. Pur essendo presenti tutti gli elementi di quadro - dipendenza economica, tipologia contrattuale (distribuzione commerciale) connotata dal prepotere strutturale di una parte sull'altra -, il tema non si riduce a quello dei "nuovi soggetti deboli", in cui si sostanzia la proposta ricostruttiva del "terzo contratto". L'indicazione odierna va, invece, nella direzione dell'analisi individualizzata, che però, come sempre avviene quando si discuta di ineguaglianza di potere contrattuale (e della sottesa aspirazione, di carattere pre-giuridico, a denervare la vincolatività di una promessa 'estorta', anche se in condizioni che non permettono di attivare la disciplina dei vizi del consenso), sconta difficoltà cogenti. A partire dalla percezione, diffusa e di buon senso, che la disparità di forza negoziale non soltanto è onnipresente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobile dell'attività contrattuale: senza *bargaining power*, che può avere radici profonde ma anche legarsi a contingenze volatili ed affatto occasionali, le parti non sarebbero indotte a contrarre. Senza tacere, poi, delle insidie implicite in un "paternalismo benevolente" che, rivisitando *ex post* le opzioni contrattuali, le ridisegni in funzione di apprezzamenti esterni e (suppostamente) oggettivi, deresponsabilizzando le parti in sede programmatica, salvo astringerle ad un contratto mai voluto. La formula magica dell'abuso appare allora sdrucciolevole, perché il suo accertamento individualizzato - passaggio obbligato perché dall'asimmetria di potere contrattuale possa farsi discendere la decisione di negare efficacia ad un contratto o a suoi particolari risvolti - è esposto a vistosi rischi di incoerenza e arbitrarietà: la complessità e la natura dinamica del fenomeno esasperano oltre ogni limite di tollerabilità il pericolo di "falsi positivi".

Per di più, nella prospettiva destrutturata che la sentenza mira a privilegiare, si corre il rischio di sorvolare sulla presenza di un non trascurabile grado di utilità per chi esercita il diritto, in caso di "sproporzione ingiustificata" tra beneficio del titolare e sacrificio della controparte. Affermazione ragionevole, si direbbe, se non fosse per il fatto ch'essa collide frontalmente col precetto economico che predica l'impraticabilità del confronto tra le utilità personali. Per non dire delle difficoltà insite nello stabilire il perimetro delle utilità da valutare: per esempio, per restare nell'area arata dalla Cassazione, quali voci mettere nel conto quando sia in discussione il ritiro dal mercato di un marchio cui fa capo una rete distributiva? (21)

5.4. Lo spettro dell'abuso dell'abuso

L'abuso del diritto porta seco i segni, gli aneliti e le suggestioni di un'attrazione fatale irrisolta. Si danno frangenti - la cui lista, riproposta enfaticamente ad ogni piè sospinto, sarà qui data per scontata - in cui la giurisprudenza ne sembra aver metabolizzato l'impatto. E altri se ne potrebbero aggiungere, magari pescando in esperienze transnazionali destinate a ripercuotersi nel nostro sistema: penso alla teorica, assai elaborata, dell'abuso di tutela brevettuale, che riconosce al titolare del diritto la possibilità di sfruttare sino in fondo il privilegio monopolistico che gli è stato concesso in cambio della pubblicazione dell'informazione, ma gli nega la possibilità di servirsene per estendere il privilegio oltre quell'ambito (ad es., per paralizzare l'altrui innovazione o, in campo farmaceutico, per ritardare l'ingresso dei genericisti). Quando, però, dall'approccio 'pointillista' - e

Note:

(continua nota 19)

tali clausole generali si può riflettere in casi specifici sugli effetti dell'atto (determinando annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione), e senz'altro può produrre conseguenze risarcitorie (di natura precontrattuale, exracontrattuale o contrattuale, a seconda dei casi) anche a prescindere da tali effetti, ma non produce mai nullità radicale, pur avendo le previsioni normative in parola carattere imperativo. Ciò in quanto «il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale sono troppo legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite».

(20) Fuori dai denti: contestare l'esercizio del recesso *ad nutum* previsto in contratto è operazione di estrema delicatezza, plausibilmente attuabile solo laddove un nucleo argomentativo come quello cennato poc'anzi, e predicato sulla minorità/dipendenza di una parte rispetto all'altra, limiti l'altrimenti devastante prospettiva di un contratto riscritto dall'esterno.

(21) Emblematica, al riguardo, la vicenda consumatasi, all'inizio del millennio, col ritiro del marchio Oldsmobile e la conseguente *termination* di 2800 rivenditori: v., per i necessari approfondimenti, L. Feller, *The Case for Federal Preemption of State Dealer Franchise Laws: Lessons Learned from General Motors' Oldsmobile Litigation and Other Market Withdrawals*, 11 Penn. J. Bus. L. (2009). Sulla riorganizzazione d'impresa come giustificazione idoneativa del recesso e sui limiti del sindacato giudiziale (i.e., preclusione di ogni apprezzamento di merito sulle scelte d'impresa), v. Miotto, cit., specie 888.

decisamente episodico - si passa all'ambizioso disegno della clausola a compasso allargato, le certezze svaporano e i dubbi tornano a farsi paralizzanti. La ragione non va cercata lontano: sta tutta nell'incapacità di individuare un criterio affidante di controllo della discrezionalità che sarebbe così rimessa ai giudici. Non poteva risultare utile, all'uopo, il richiamo all'*animus nocendi*, posto che la ricerca dell'intento soggettivo appare da sempre condannata a perdersi nell'insondabile. E neppure la sua versione oggettiva, che propone di confrontare il vantaggio sortito dal soggetto che abusa col pregiudizio apportato alla vittima dell'eccesso. E ciò perché, da un lato, la pretesa oggettività della valutazione sconta l'impossibilità, per il giudice, di apprezzare valori idiosincratici, che minacciano di segnare un profondo distacco dalla realtà; e, dall'altro, perché il tentativo di allargare il quadro alle dimensioni soggettive si arena nelle secche dell'incomparabilità delle utilità soggettive. Col risultato, in ogni caso, di rendere indecifrabile il percorso e arbitrario il verdetto (giusto il rischio cui si vorrebbe porre rimedio mercé l'introduzione di un qualche criterio di controllo). I contributi più recenti, cui ci riferiamo in queste pagine, pescano a piene mani nell'armamentario della buona fede/correttezza costituzionalizzata alla stregua del principio di solidarietà sociale; e puntano, alternativamente (o anche coassialmente) alla proporzionalità e alla ragionevolezza. La prima sembra funzionare quando alla modalità contestata di esercizio del diritto se ne giustapponga altra che avrebbe consentito lo stesso esito senza infliggere pregiudizio a (o, comunque, riducendo il disagio di) controparte (22). Fuori da questo quadro, però, la proporzionalità torna a misurare grandezze incommensurabili; e annega nelle riserve di cui si diceva dianzi. La seconda, la ragionevolezza (talora riadattata in termini di razionalità), è inficiata da almeno due inconvenienti. L'uno denuncia, a livello d'inquadramento, il totale assorbimento nella problematica della correttezza/buona fede, con rinnovati dubbi sulla superfluità dell'idea stessa di abuso del diritto. L'altro mette a nudo la circolarità del tentativo di dettare un criterio di controllo, per un concetto giuridico indeterminato, consistente, a sua volta, in un concetto giuridico indeterminato (23).
C'è quanto basta, credo, per concludere che, a dispetto dell'entusiasmo di taluni commentatori (24), l'abuso del diritto come "substantive parameter" di applicazione generalizzata «whereby to implement proportionality and fairness among different contractual interests» sia, per il profilo qui esplorato, ancora destinato a rimanere *wishful thinking*.

6. Percorsi legislativi

La strategia del patchwork, cui - come su cennato - il legislatore ha fatto ricorso anche in tempi recenti, appare più promettente. Intanto, le *black letters* della legge elidono, com'è ovvio, qualsiasi problema di praticabilità: tutto sommato, il legislatore può far piovere l'acqua per insù e all'interprete non resta che prenderne atto. In secondo luogo, la settorialità degli interventi rende più agevole, se non sdrammatizza, il problema del controllo giudiziario (25). In fin dei conti, la pluralità, alquanto sconnessa, potrebbe lasciar intraveder un filo comune, magari proprio l'esigenza di tutela di un imprenditore esposto allo strapotere di un altro imprenditore, e schiudere le porte a una non velleitaria ricostruzione in chiave di 'terzo contratto'.

6.1. Origini e modelli

La traiettoria legislativa muove da due norme tra loro prossime e tuttavia distanti: i divieti di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica.
Il primo rimbalza nella l. n. 287/1990 dalla matrice comunitaria. La lettera della disposizione è alquanto sgranata, ma segna comunque un solco entro il quale è venuta sviluppandosi, fra non poche difficoltà, una prassi applicativa assai sofisticata. Sottesa a quest'elaborazione l'idea che l'impresa 'padrona' del mercato sia gravata da una "speciale responsabilità", in ragione della quale le sono precluse attività che sarebbero perfettamente legittime se attuate dai concorrenti.
La seconda nasce come gemmazione (sofferta) della prima, tant'è che in Germania la si ricostruisce in termini di abuso di dominanza relativa. Come l'altra, quindi, guarda all'equilibrio del mercato, salvo

Note:

(22) È la situazione tratteggiata da Cass. n. 13208/2010, cit.

(23) Ricorrono, nel testo, gli argomenti opposti dalla corte d'appello, specie alle voci nn. 9 e 10. A riprova del fatto che il dibattito è rimasto dov'era. Eterni ritorni, appunto.

(24) Cfr., indicativamente, M. Farina-D. Maltese, *Abuse of rights and freedom of contract in comparative perspective: a legal and economic analysis*, in *Opinio juris in comparatione*, 2/2012, *paper* n. 2

(25) La direzione indicata fa il paio col suggerimento, di Villa con riguardo al percorso seguito dalla Cassazione nella sentenza n. 20106, di appurare se, «anziché operare sul piano elastico e meno controllabile della buona fede, si possa pervenire al medesimo punto d'arrivo inquadrando il tema sulla base di norme più specifiche», ivi comprese «altre clausole generali che, pur conservando come tali rilevanti margini di adattabilità, individuano ambiti di applicazione più puntuali» (G. Villa, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, cit., 48, 58 ss.).

ricostruirlo per metonimia all'interno della dimensione contrattuale, quale tessera del complessivo mosaico del mercato stesso. Solo che, per la difficoltà di far transitare nella monade del contratto paradigmi che guardano alla galassia del mercato, l'abuso di dipendenza economica ha finito per l'assumere una connotazione spiccatamente privatistica. Non sarà qui il caso di ripercorrere le tormentate vicende di aggiustamento normativo, e neppure le applicazioni giurisprudenziali (per lo più andate a vuoto), che altri ha sapientemente e diffusamente ricostruito (26). Preme piuttosto rimarcare come la (contrastata) vocazione dell'art. 9 l. n. 192/1998 a sottrarsi al ghetto della subfornitura industriale risulti oggi avallata (dal buon senso e) dall'autorità dei *dicta* della Cassazione (27); ciò che vale, per l'appunto, a corroborare la sensazione di trovarsi alle prese con una (nuova) clausole generale, fondata su coordinate indeterminate, ma pur sempre nel calco, per certi versi più agevole a verificarsi, di una dipendenza attestata dall'assenza di alternative e destinata a manifestarsi in un eccessivo squilibrio tra le parti. Non a caso, proprio da questa novella clausola generale ad applicazione settoriale e collegata a riscontri strutturali ed economici, muove la riflessione intesa a vagliare la possibilità di riconoscere un ulteriore nucleo di aggregazione della disciplina contrattuale, di là dai poli del contratto tra pari e di quello del consumatore: ossia, come si è anticipato, la teorica del terzo contratto.

Se l'art. 9 corrisponda, o non, alle aspettative di quanti vi ravvisano il nucleo centrale di un'aggregazione disciplinare ispirata alla tutela dell'imprenditore debole, è questione aperta. Ma è ragionevole convenire che i recenti interventi del legislatore s'ispirino, pur fra molte incongruenze tecniche, a una *ratio* contermine e sin anche coincidente. Piaccia o no, il fronte del terzo contratto si allarga.

6.2. Candore e approssimazione

La 'coda' aggiunta dalla Statuto delle imprese al comma 3-*bis* dell'art. 9 l. n. 192/1998 è, per certi versi, sconcertante. Come osservato da Marisaria Maugeri (28), «la circostanza che si faccia riferimento a una violazione diffusa e reiterata ai danni delle imprese (e non dell'impresa) e la collocazione della proposizione all'interno dell'art. 3-*bis* indurrebbero a ritenere che possano prescindere dall'accertamento della dipendenza economica solo l'AGCM, nel valutare se l'abuso abbia o non rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato e, dunque, nel comminare le sanzioni, e le associazioni nel proporre in giudizio le azioni a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale e quelle a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti, mentre nei rapporti intersoggettivi sarebbe comunque necessario provare la dipendenza economica». Ma la stessa a. rileva che «[n]on avrebbe senso alcuno [...] attribuire alle associazioni che agiscano, ad esempio, a tutela di interessi omogenei più di quanto sia attribuito al soggetto titolare di tale interesse».

Per quanto qui interessa, peraltro, occorre convenire che l'intenzione del legislatore è ovvia: rafforzare una disciplina, quella dei termini di pagamento, che non ha dato ancora - ne è riprova l'accanimento europeo - i risultati sperati. La modalità scelta per propiziare tale risultato è più discutibile, visto che consiste nel postulare l'abuso di dipendenza economica senza che sia necessario dimostrare la sua esistenza. A veder bene, però, l'espediente è nel segno del candore: il legislatore avverte i troppi lacci e laccioli che hanno sin qui paralizzato l'operatività della norma e pensa bene di tagliare il nodo gordiano. Ma è ovvio che, fuori dai casi di crisi dell'impresa, a poter dilazionare i termini di pagamento è il soggetto forte del rapporto: senza dipendenza, non ci sarebbe l'abuso.

6.3. Prepotere d'acquisto

Come già ricordato, l'art. 62 del decreto "Cresci Ita-

Note:

(26) Per una ricostruzione a tutto campo, che sonda anche il rapporto (non ovvio, vista l'inclinazione della dottrina prevalente), con la nozione di buona fede, v. C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, 244 ss.

(27) In questo senso si segnala Cass., sez. un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 298 (con nota di V.C. Romano, *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e* culpa in contrahendo), la quale, esprimendosi su un regolamento di giurisdizione, si pone, tuttavia, esclusivamente un problema di qualificazione della domanda risarcitoria avanzata dall'imprenditore che lamenta l'altrui abuso di dipendenza economica e risolve la questione affermando la natura contrattuale della relativa responsabilità. Nella motivazione dell'ordinanza, rispetto al tema che qui interessa, si legge esclusivamente che: «L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998».

(28) In un lavoro - *La subfornitura* - di prossima pubblicazione in un volume, *I contratti per l'impresa*, per i tipi del Mulino curato dalla stessa Maugeri, G. Gitti e M. Notari.

lia" fissa, per i contratti della filiera agroalimentare diversi da quelli intercorrenti col consumatore finale, criteri di una rigidità inusitata, col giudice facoltizzato a verificare la reciproca (lo confesso: mi riesce davvero inaccettabile…) corrispettività delle prestazioni. Inoltre, chiama in causa l'AGCM per sovrintendere al divieto di condotte commerciali sleali, individuate attraverso un'elencazione largamente ispirata alle condotte vietate in materia di abuso di posizione dominante (29). Ecco il catalogo:
i) imposizione diretta o indiretta di condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
ii) applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti;
iii) subordinazione della conclusione ed esecuzione dei contratti, nonché della continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali all'esecuzione di prestazioni che, per la loro natura e secondo gli usi commerciali non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre;
iv) conseguimento di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali.
Per non lasciare nulla d'intentato, la disposizione stabilisce anche un termine perentorio entro il quale devono essere pagati i corrispettivi per i contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari, prevedendo l'immediata decorrenza degli interessi moratori in caso di ritardo.
Al dunque. Per chi creda nella possibilità di recuperare il sistema a una qualche misura di coerenza, l'art. 62 è, probabilmente, l'ultima spiaggia. Ma non è di questa Caporetto che si vuole qui ragionare. Di là dalle approssimative scelte tecniche del legislatore, interessa, piuttosto, la logica che lo muove. E non ci vuol molto per rendersi conto che l'urgenza dell'intervento è dettata dalla constatazione di un forte sbilanciamento a favore del soggetto a valle della filiera, cioè la GDO. L'analisi delle dinamiche contrattuali denota, infatti, un'oggettiva e strutturale asimmetria dei rapporti tra domanda e offerta nel mercato dell'approvvigionamento di prodotti alimentari (30), che sogliono costituire una quota importante del fatturato di ciascun fornitore. Al contrario, l'incidenza degli acquisti riconducibili a un singolo produttore rappresenta ben poca cosa rispetto al totale degli acquisti effettuati dal singolo distributore. Inoltre, la GDO esprime una domanda molto elastica nei confronti della quasi totalità dei prodotti alimentari - unica, reale eccezione, i prodotti *must-stock* - in quanto dispone di un elevato numero di alternative di acquisto e può quindi sostituire uno specifico prodotto con molta facilità (31). Insomma, come rileva Luciano Divia (32), il presupposto da cui partire nell'analisi della filiera agroalimentare, o meglio dei rapporti negoziali tra distribuzione moderna e i produttori dell'industria alimentare, è scandito da una sperequazione delle relazioni commerciali tra siffatte categorie di operatori, imputabile a fattori oggettivi. Un altro modo di proporre, appunto, la dipendenza economica e il problema dell'imprenditore prigioniero di un contratto che rischia di opprimerlo. Non a caso, uno dei più delicati interrogativi che si pongono riguardo all'art. 62 è se esso vada a coprire un'area già presidiata dalla disciplina dell'abuso di dipendenza economica e costituisca, dunque, un'inutile superfetazione (salvo recuperarne il senso sulla base di valutazioni di politica del diritto circa i mancati riscontri applicativi dell'art. 9 l. n. 198).

7. Riassuntivamente

La "Flucht in die Generalklauseln" può dirsi fatto compiuto anche nel nostro sistema. La frammentazione che ne deriva incontra resistenze sempre più fioche, soprattutto in ragione dell'incapacità di proporre alternative funzionali praticabili. La parabola della buona fede è, sotto questo profilo, indicativa. I tentativi di riportarla in un qualche solco sono falliti, di qua e di là dall'Atlantico. Per l'esperienza di *common law* statunitense, torna utile la contrapposizione fra Summers e Burton. Mentre il primo elenca le circostanze, in tutto sei (ma senza pretesa di esau-

Note:

(29) Il comma 10 fa salve le azioni di danno e inibitorie, col che si allarga la sfera di competenza concorrente di G.O. e AGCM. Tenere insieme il tutto equivale alla proverbiale "mission: impossible". Ma tant'è, così vuole il legislatore …

(30) Tale asimmetria, peraltro, non riguarda solo le relazioni della GDO con le piccole e medie imprese, ma emerge anche in relazione ai rapporti commerciali con grandi produttori, talvolta fornitori di beni "*must stock*". Si pensi, ad esempio, al fatto che il fatturato di Barilla è pari a circa un terzo di quello realizzato da Coop; sul punto, cfr. Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Paper) - La Grande Distribuzione Organizzata e l'industria alimentare in Italia*, n. 119, marzo 2012.

(31) Infatti, come evidenziato dalla letteratura economica che ha analizzato le interazioni tra industria e GDO, «in caso di rottura dei rapporti, [l'industria] perde tutto il fatturato che realizza con il cliente, mentre [il distributore] può non registrare alcuna contrazione di vendita se il consumatore si sposta su marche sostituibili». Ciò, peraltro, in una situazione in cui, come rilevato dall'Antitrust, «gli altri canali di vendita non rappresentano un potenziale sbocco alternativo altrettanto interessante economicamente, in quanto assorbono generalmente una percentuale ridotta delle vendite complessive delle imprese produttrici. […]»: cfr. AGCM, caso I-414 *Coop Italia/Distribuzione*.

(32) Anche qui anticipo, in virtù della cortesia dell'a., una pubblicazione a venire in *Mercato, concorrenza, regole*.

stività), in cui far operare la clausola generale, negando in radice ogni margine per un'ulteriore dilatazine (condannata, a suo dire, ad essere risucchiata nelle spire di una vacua generalità o ingessata da una restrittiva specificità), Steven Burton saggia il terreno alla ricerca di un principio operazionale a largo raggio e ritiene di trovarlo, stante la discrezionalità che l'esecuzione del contratto lascia al promittente, nella tentazione, per quest'ultimo, di sfruttare l'ambito di manovra a lui dischiuso per riappropriarsi delle opportunità consapevolmente perse con l'assunzione dell'impegno contrattuale. Il confronto è accesissimo, ma superato dal fatto che la descrittività dell'un approccio e la rastremazione dell'altro finiscono col condurre un inseguimento senza speranza ad una realtà refrattaria a schemi chiusi. Analoga difficoltà in *civil law*: il tentativo di ricostruire *Fallgruppen* di applicazione del § 242 BGB naufraga proprio sulla *openendness* della clausola di buona fede e sulla sua irriducibilità al metodo casistico. Se, dunque, l'abuso del diritto viene declinato come specificazione del principio di buona fede, il confronto si riduce a una mera questione terminologica. Innocua per chi non abbia a cuore il rasoio di Occam.
Laddove, invece, gli si vogliano attribuire i tratti di una "ontologia regionale autonoma" - magari immaginando che alla buona fede competa la verifica dei comportamenti delle parti nella prospettiva della lealtà e della solidarietà, mentre l'abuso opera sul piano della ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche subiettive: sempre ammesso, ma non concesso, che la distinzione distingua qualcosa … -, i dubbi s'infittiscono. Massime quando si pretenda, come si è ipotizzato in margine a Cass. 20106/09, che la valutazione di abusività valga a travolgere la disposizione contrattuale in chiave di validità (33).
Sembra meno problematica una strategia di slittamenti progressivi, dettati - più o meno accortamente - da un legislatore consapevole di fallimenti di mercato destinati a tradursi in pesanti compromissioni contrattuali. Un profilo certamente più basso, ma meno esposto alla contestazione di arbitraria sconfessione dell'autonomia privata e, comunque, foriero di importanti direttive d'indagine.

Nota:

(33) Valga il monito di R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale,* in *Diritto privato 1997,* III, *L'abuso del diritto*, 217, 220: «chi cerca il contratto abusivo trova, in realtà, il contratto illecito. La figura dell'abuso del diritto non dà aiuto».

LIBRI

Collana: **PROFESSIONE e DIRITTO**

La nuova parcella degli Avvocati e i parametri per la liquidazione

a cura di Leonardo Carbone

Il volume illustra le modifiche in materia di **parcelle degli avvocati**, alla luce dell'abrogazione del Tariffario forense e dell'emanazione dei nuovi parametri di calcolo, stabiliti dal **D.M. n. 140/2012**, in materia civile, penale, amministrativa, tributaria e stragiudiziale.
La norma è corredata da un **articolato commento d'autore**, da una **rassegna di giurisprudenza** (di legittimità e di merito) e di **decisioni** del **CNF** e dei singoli Ordini locali.
Unico volume sul mercato a riportare anche le **Tabelle della tariffa stragiudiziale** (compensi "indicativi" da utilizzare come riferimento nella stipula dei contratti e nelle richieste al cliente) e il **Modello di scrittura privata elaborato dal CNF**, avente ad oggetto il conferimento dell'incarico professionale.

CD ROM:
Il Cd-Rom contiene il **nuovo Software per la gestione completa delle parcelle**, ai sensi del D.M. n. 140/2012. Il Software consente agli Avvocati di creare parcelle e preventivi ed ai Giudici di liquidare i compensi dei professionisti.
Aggiornamento del software on line + **iParcella** (app gratuita)

Ipsoa 2012, pagg. 320, € 55,00

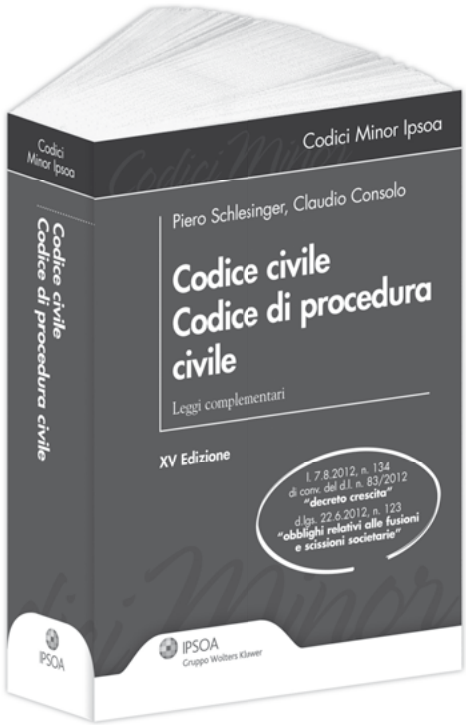
Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Codice civile
Codice di procedura civile

Leggi complementari

XV Edizione



di **Piero Schlesinger, Claudio Consolo**
pagg. 2.016, **€ 20,00**

Propone il testo del **Codice civile** e del **Codice di procedura civile**, e delle relative disposizioni di attuazione; la **Costituzione** e alcune delle principali leggi complementari di interesse civile, riportate in Appendice: la **legge fallimentare**, la legge di **riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato**, la legge sulla **ragionevole durata dei processi**, la legge di **riforma del processo civile**, il decreto in materia di **mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali**, il **codice del processo amministrativo**, il decreto in materia di **semplificazione dei procedimenti civili**, la legge in materia di **riforma del mercato del lavoro**.

Il volume è aggiornato, da ultimo, con: la legge 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, c.d. "**decreto crescita**"; il d.lgs. 22 giugno 2012, n. 123, riguardante gli "**obblighi relativi a fusioni e scissioni societarie**"; la legge 28 giugno 2012, n. 92, in materia di "**riforma del mercato del lavoro**"; il d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91, decreto correttivo relativo ai "**diritti degli azionisti nelle società quotate**"; la legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, sul "**pareggio di bilancio nella Carta costituzionale**"; il D.L. 2 marzo 2012, n. 16, conv., con modif., dalla L. 26 aprile 2012, n. 44, c.d. "**decreto semplificazioni tributarie**"; il D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "**semplificazione e sviluppo**"; la legge 27 gennaio 2012 , n. 3, in materia di "**composizione delle crisi da sovraindebitamento**"; il D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "**decreto liberalizzazioni**"; il D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 10, "**Disposizioni urgenti per l'efficienza della giustizia civile**".

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403.** Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

○ (00129709) Sì, desidero acquistare il volume **Codice civile - Codice di procedura civile** di Piero Schlesinger e Claudio Consolo a **€ 20,00.**

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____
Via _____ CAP _____
Città _____
Tel. _____ Fax _____
e-mail (obbligatoria): _____ Cod. cliente _____
Partita IVA _____ C.F. _____

❑ (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

❑ Addebitare l'importo di € ..... sulla mia carta di credito:

❑ Mastercard (16 cifre) ❑ American Express (15 cifre) ❑ VISA (16 cifre) ❑ Diner's (14 cifre)n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____
Timbro e firma _____

TRATTAMENTO DATI PERSONALI - I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del Dlgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Y90DV LE

Area di rilevanza del danno non patrimoniale

Danno non patrimoniale non biologico: immissioni intollerabili e pignoramento illegittimo

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 9 maggio 2012, n. 7048 - Pres. Preden - Est. Spirito - P.M. Golia - Agricom di Granata Raffaele & C. SAS c. C.G. e altri

L'art. 844 c.c. impone, nei limiti della normale tollerabilità e dell'eventuale contemperamento delle esigenze della proprietà con quelle della produzione, l'obbligo di sopportazione di quelle inevitabili propagazioni attuate nell'ambito delle norme generali e speciali che ne disciplinano l'esercizio. Viceversa, l'accertamento del superamento della soglia di normale tollerabilità di cui all'art. 844 c.c., comporta nella liquidazione del danno da immissioni, sussistente in "re ipsa", l'esclusione di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso, in quanto venendo in considerazione, in tale ipotesi, unicamente l'illiceità del fatto generatore del danno arrecato a terzi, si rientra nello schema dell'azione generale di risarcimento danni di cui all'art. 2043 c.c. e specificamente, per quanto concerne il danno alla salute, nello schema del danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass., sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 887; Cass., sez. II, 17 gennaio 2011, n. 939; Trib. Roma, sez. VII, 7 luglio 2010.
Difforme	Trib. Lucca 30 novembre 2009; Trib. Genova 7 ottobre 2009, ord.

Svolgimento del processo

… *Omissis*…

Motivi della decisione

Con il primo motivo - violazione di legge e vizio della motivazione - la ricorrente sostiene che il giudice avrebbe errato nel ritenere che le esalazioni in questione superassero la soglie della normale tollerabilità di cui all'art. 844 c.c.

Il secondo motivo - violazione di legge e vizio della motivazione - sostiene che il giudice avrebbe erroneamente valutato le prove emerse ed, in particolare, la relazione del consulente tecnico di parte.

Il terzo motivo - violazione di legge - censura la sentenza per avere affermato che il danno non patrimoniale alla salute "non deve essere provato in quanto *in re ipsa*".

Il quarto motivo censura il punto della sentenza che procede alla liquidazione equitativa del danno.

I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, sono in parte inammissibili ed in parte infondati.

Sono inammissibili laddove chiedono alla Corte di legittimità un nuovo e diverso accertamento dei fatti, attraverso la differente valutazione delle prove acquisite al processo.

Sono infondati laddove denunziano violazione di legge e vizio della motivazione. Infatti, il giudice ha fatto corretta applicazione di tutte le disposizioni normative applicabili alla fattispecie, esponendo puntualmente (cfr. pagg. da 6 a 9 della sentenza) gli elementi probatori dai quali ha dedotto, con motivazione congrua e logica, l'intollerabilità delle immissioni con conseguente diminuzione della qualità di vita. Ha, poi, fatto applicazione del consolidato indirizzo giurisprudenziale (che occorre qui ribadire) in ragione del quale l'art. 844 c.c., impone, nei limiti della normale tollerabilità e dell'eventuale contemperamento delle esigenze della proprietà con quelle della produzione, l'obbligo di sopportazione di quelle inevitabili propagazioni attuate nell'ambito delle norme generali e speciali che ne disciplinano l'esercizio.

Viceversa, l'accertamento del superamento della soglia di normale tollerabilità di cui all'art. 844 c.c., comporta nella liquidazione del danno da immissioni, sussistente in "re ipsa", l'esclusione di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso, in quanto venendo in considerazione, in tale ipotesi, unicamente l'illiceità del fatto generatore del danno arrecato a terzi, si rientra nello schema dell'azione generale di risarcimento danni di cui all'art. 2043 c.c., e specificamente, per quanto concerne il danno alla salute, nello schema

del danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c. (Cass. n. 5844/07; n. 20668/10).
Trattandosi di danno non patrimoniale, il giudice ha correttamente proceduto alla liquidazione equitativa del danno.
In conclusione, il ricorso deve essere respinto con condanna della ricorrente a rivalere alla controparte le spese sopportate nel giudizio di cassazione.
… *Omissis* …

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 11 giugno 2012, n. 9434 - Pres. Petti - Rel. Lanzillo - P.M. Russo - D.F.L. c. D.F.A.

In caso di immissioni rumorose il limite di tollerabilità di cui all'art. 844 c.c. non ha carattere assoluto, ma relativo, e deve essere fissato tenendo conto delle peculiarità del caso concreto. In tali situazioni l'individuazione delle misure che appaiono idonee, nel singolo caso, a contemperare le esigenze dei proprietari confinanti spetta alla valutazione discrezionale del giudice, da compiersi caso per caso, tenuto conto degli interessi in discussione e non richiede necessariamente che venga imposto il divieto di svolgere attività rumorosa, ove le immissioni possano essere contenute tramite diversi rimedi.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 13 marzo 2007, n. 5844; App. Milano 14 febbraio 2003; Trib. Milano 14 settembre 2007.
Difforme	Cass. 8 marzo 2010, n. 5564; Cass. 31 marzo 2009, n. 7875; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26975.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo i ricorrenti principali denunciano violazione dell'art. 112 c.p.c., assumendo che Corte di appello ha pronunciato la sentenza esclusivamente nei confronti di D.L. (DFM) e di S.V., omettendo di menzionare, sia nell'intestazione della sentenza, sia nella motivazione e nel dispositivo, i due figli, Lu. e C. DFM, che pure sono indicati come parti del giudizio di appello ed hanno anch'essi chiesto una somma in risarcimento dei danni.
1.1. - La censura è fondata, ma non giustifica l'annullamento della sentenza impugnata, trattandosi di mero errore materiale, palesemente irrilevante ai fini della decisione. La Corte di appello, come già il Tribunale, ha proceduto alla liquidazione dei danni determinando l'importo dovuto ai danneggiati in un'unica somma "che complessivamente ammonta a Euro 28.750,00", senza alcun riferimento alle posizioni personali.
Trattasi di liquidazione cumulativa, sulla quale non esplica alcuna influenza l'omessa, specifica menzione dei due figli, poiché da alcun dato risulta che, in mancanza del suddetto errore, sarebbe stato liquidato ai ricorrenti un importo diverso e superiore.
Né gli attori avevano differenziato le rispettive domande di risarcimento dei danni non patrimoniali.
2. - Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano violazione dell'art. 844 c.c. sul rilievo che la Corte di appello, pur avendo accertato tramite le CTU svolte nel corso del giudizio che le immissioni di rumore superano il limite dei 40 decibel, nonché il livello differenziale di 5 decibel fra il rumore ambientale e quello di fondo, non ha inibito ai convenuti l'uso del pianoforte, ma solo ha confermato i limiti di orario: misura non sufficiente ad eliminare il disturbo, tenuto anche conto della situazione dei luoghi.
3. - Con il terzo motivo denunciano anche violazione dell'art. 32 Cost. e del D.P.C.M. 1 marzo 1991, nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, poiché la Corte di appello ha valutato la tollerabilità delle immissioni in base ai parametri contenuti nel suddetto d.p.c.m., che è applicabile solo ai rapporti fra privati e pubblica amministrazione e non ai rapporti fra privati, poiché prevede margini di tolleranza più ampi (5 decibel differenziali fra rumore ambientale e rumore di fondo).
4. - I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati perché connessi, sono inammissibili sotto più profili, oltre che non fondati.
In primo luogo i ricorrenti richiamano a supporto delle loro doglianze il D.P.C.M. del 1991 e le relazioni di CTU esperite nel corso del giudizio, senza dichiarare di avere prodotto i suddetti atti e documenti unitamente al fascicolo allegato al ricorso; senza specificare se essi siano stati comunque prodotti, come siano contrassegnati e dove siano reperibili fra gli altri atti e documenti di causa, sì da consentirne alla Corte di cassazione il controllo, come prescritto a pena di inammissibilità dall'art. 366 c.p.c., n. 6, con riguardo agli atti ed ai documenti sui quali il ricorso si fonda (Cass. civ. 31 ottobre 2007 n. 23019; Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2008 n. 19766; Cass. civ., sez. un., 2 dicembre 2008 n. 28547, Cass. civ., sez. lav., 7 febbraio 2011 n. 2966, fra le tante).
In secondo luogo le censure di vizio di motivazione sono affette da insanabile contrasto logico, non potendo la denunzia di omessa motivazione coesistere con quella di motivazione insufficiente e contraddittoria in quanto, come desumibile dalla formulazione alternativa e non congiuntiva delle ipotesi in questione nell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, una motivazione mancante non può essere insuffi-

ciente e men che mai contraddittoria. L'insufficienza e la contraddittorietà presuppongono che una motivazione, della quale appunto ci si duole, risulti comunque formulata (Cass. civ., sez. II, 26 gennaio 2004 n. 1317; Cass. civ., sez. III, 1° aprile 2011, n. 7575, fra le altre).
In terzo luogo l'individuazione delle misure che appaiono idonee, nel singolo caso, a contemperare le esigenze dei proprietari confinanti spetta alla valutazione discrezionale del giudice, da compiersi caso per caso, tenuto conto degli interessi in discussione e non richiede necessariamente che venga imposto il divieto di svolgere l'attività rumorosa, ove le immissioni possano essere contenute tramite diversi rimedi. La Corte di appello ha accertato - sulla base delle numerose consulenze tecniche di ufficio, esperite in sede cautelare e di merito - che le immissioni sonore hanno superato i limiti di tollerabilità nel solo vano soggiorno dell'abitazione degli attori e non sempre e continuativamente (cfr. sentenza, p. 5-6, e accertamenti della seconda consulenza C.); che esse sono provocate da esigenze di studio delle figlie dei convenuti e che questi hanno eseguito opere di insonorizzazione per ridurre il disturbo.
Ha correttamente motivato la soluzione accolta in base al principio, più volte affermato da questa Corte, per cui il limite di tollerabilità di cui all'art. 844 c.c. non ha carattere assoluto, ma relativo, e deve essere fissato tenendo conto delle peculiarità del caso concreto (Cass. civ. 25 agosto 2005 n. 17281, fra le altre).
Il riferimento ai parametri fissati dal decreto del 1991 non ha avuto efficacia determinante della decisione, in quanto detti parametri sono stati richiamati per giustificare l'incremento della somma attribuita in primo grado agli attori in risarcimento dei danni; non per trame conseguenze in ordine ai rimedi contro le emissioni, in relazione ai quali la Corte - applicando i principi di cui all'art. 844 c.c. - ha ritenuto sufficienti i limiti di orario imposti all'uso del pianoforte dalla sentenza di primo grado. Trattasi di valutazione che attiene al merito della vertenza; che risulta congruamente e logicamente motivata, oltre che oggettivamente condivisibile, e che pertanto non è suscettibile di riesame in questa sede di legittimità.
5. - Il quinto motivo, con cui i ricorrenti denunciano violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. e vizi di motivazione, nella parte in cui I/ha confermato la parziale compensazione delle spese del giudizio di primo grado, è manifestamente infondato.
Premesso che nella specie è applicabile il testo dell'art. 92 anteriore alle modifiche introdotte dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263 (legge applicabile solo ai procedimenti instaurati successivamente al 1 marzo 2006), la valutazione circa l'opportunità o meno di compensare le spese processuali è affidata al potere discrezionale del giudice di merito e non è suscettibile di ricorso per cassazione se non per violazione di legge, restando limitato il sindacato di legittimità ad accertare che non risulti violato il principio per cui le spese processuali non possono essere poste neppure parzialmente a carico della parte vittoriosa.
Quanto al resto, sia nell'ipotesi di soccombenza reciproca, sia in presenza di altre giuste ragioni - che in base alla legge applicabile al giudizio il giudice di merito non ha l'obbligo di specificare - può essere disposta la compensazione delle spese (Cass. civ. 17 novembre 2006 n. 24495; Cass. civ. 6 ottobre 2011 n. 20457, fra le più recenti).
6. - Con il sesto motivo i ricorrenti lamentano ancora violazione dell'art. 91 c.p.c. e delle norme in tema di tariffe forensi, sul rilievo che la Corte di appello ha fortemente ridotto le somme liquidate in loro favore a titolo di diritti e di onorari, senza motivare sul punto ed incorrendo nella violazione dei minimi tariffari inderogabili ai sensi della l. 13 giugno 1942, n. 794, art. 24.
6.1. - Il motivo è fondato limitatamente alla denunciata violazione degli importi minimi di tariffa, violazione che risulta oggettivamente dimostrata nel ricorso tramite la trascrizione delle voci esposte in parcella e di quelle corrispondenti ai minimi.
La sentenza impugnata deve essere per questa parte cassata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito, liquidando in favore dei ricorrenti euro 508,00 per spese vive, euro 1.882,00 per i diritti ed euro 2.500,00 per onorari, in luogo delle somme liquidate dalla Corte di appello, e così in totale euro 4.890,00; oltre al rimborso delle spese generali ed agli accessori previdenziali e fiscali, a norma di legge.
7. - Con il ricorso incidentale i ricorrenti denunciano violazione degli artt. 2043 e 2059 c.c., in relazione all'art. 844 c.c., nonché violazione dell'art. 2697 c.c., ed omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione, sul rilievo che la Corte di appello ha quantificato i danni subiti dagli attori nella misura di euro 2.500,00 all'anno, moltiplicando tale somma per l'intero periodo intercorso fra la data della proposizione della domanda introduttiva del giudizio (giugno 1994) e la data della pubblicazione della sentenza di primo grado (novembre 2005), senza tenere alcun conto del fatto che l'uso del pianoforte è stato loro inibito nel 1997, con provvedimento di urgenza, e che il divieto è rimasto in vigore fino al deposito della sentenza di primo grado; sicché le immissioni sonore si sono verificate solo per un periodo di tempo molto ridotto.
7.1. - I motivi non sono fondati.
La Corte di appello ha espressamente dichiarato di avere tenuto conto dei periodi di "relativa sospensione delle emissioni sonore, presto riprese con modalità e frequenza anche maggiori, quindi con rinnovata carica lesiva, e comunque per oltre la metà delle ore diurne giornaliere" (p. 8), ed ha proceduto alla quantificazione del danno in via equitativa anche sulla base di tale premessa.
Trattasi di valutazione di merito non suscettibile di riesame in questa sede di legittimità (anche ad omettere ogni indagine circa il fatto che l'interruzione dell'uso del pianoforte sia stata effettivamente osservata per tutto il periodo indicato: circostanza che i ricorrenti principali contestano e che comunque non risulta essere stata sottoposta all'attenzione della Corte di appello).
8. - Il ricorso incidentale deve essere rigettato.
9. - Considerato l'esito della controversia ed il rigetto della massima parte dei motivi del ricorso principale, oltre che del ricorso incidentale, si ravvisano giusti motivi per compensare le spese del presente giudizio.
… *Omissis* …

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 11 giugno 2012, n. 9445 - Pres. Finocchiaro - Est. Carluccio - P.M. Basile - S.R. c. EQUITALIA GERIT SPA

In tema di responsabilità civile e di richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale, quando è prospettato un illecito, astrattamente riconducibile a fattispecie penalmente rilevanti per il quale la risarcibilità del danno non patrimoniale è espressamente prevista dalla legge, ai sensi degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., spetta al giudice accertare, *incidenter tantum* e secondo la legge penale, la sussistenza degli elementi costitutivi del reato, indipendentemente dalla norma penale cui l'attore riconduce la fattispecie; accertamento che è logicamente preliminare all'indagine sull'esistenza di un diritto leso di rilievo costituzionale, potendo quest'ultimo venire in rilievo solo dopo l'esclusione della configurabilità di un reato; accertamenti, entrambi, preliminari all'indagine in ordine alla sussistenza in concreto (alla prova) del pregiudizio patito dal titolare dell'interesse tutelato (nel caso concreto sarà il giudice del rinvio a fissare la misura del danno non patrimoniale sofferto dal professionista come conseguenza di un pignoramento illegittimo).

Svolgimento del processo

… Omissis …

Motivi della decisione

1. La Corte di merito ha fondato il rigetto della domanda sulle argomentazioni che seguono. a) L'appellante deduce la configurabilità dell'illecito penale per inosservanza della sentenza dell'Autorità giudiziaria (art. 650 c.p.), avendo il Comune e il Concessionario avuto conoscenza tempestiva della sentenza che negava il debito (al primo la sentenza era stata notificata sei mesi prima del pignoramento, ad entrambi era stata inviata cinque mesi prima, insieme alla diffida a non eseguire); tanto più che il Comune aveva dato notizia del "discarico" al Concessionario solo il 6 marzo 2002, ben al di là dei sessanta giorni entro i quali aveva l'obbligo di provvedere, e, comunque, era informato della sentenza da circa cinque mesi e non aveva dato risposta alla richiesta dell'interessato.
La doglianza è inammissibile per carenza di specificità, atteso che il Tribunale non aveva rigettato la domanda per l'impossibilità di considerare illecito penale il comportamento dei convenuti, ma per mancanza del danno in concreto, restando così superata ogni questione in ordine alla qualificazione del fatto come reato. b) L'appellante deduce l'errata interpretazione della prova testimoniale, nel senso che laddove il giudice ha ritenuto che il pignoramento fu associato dai presenti ad un errore dell'Amministrazione, dalle testimonianze emergerebbe che i presenti ebbero la sensazione che l'Avvocato non aveva pagato i debiti, a suo parere ingiusti, ma dovuti, tanto che l'Amministrazione procedette al pignoramento.
Va condivisa la decisione del primo giudice che ha escluso, in concreto, il danno non patrimoniale.
L'immediata conoscenza da parte delle persone presenti in studio che il titolo era inefficace - per il tramite della telefonata fatta dalla figlia al padre che informò della sentenza -, nonché i rapporti pregressi, a vario titolo, dei pochi presenti con il debitore, con la conseguenza che questi non potevano dubitare della correttezza dell'avvocato Scartati e lasciarsi influenzare dall'episodio per menomarne la reputazione, ed ancora, la circostanza che la conoscenza dell'episodio rimase circoscritta, esclude la possibilità di immaginare che in capo allo Scartati sia derivata alcuna significativa sofferenza psicologica.
2. Con il primo motivo di ricorso, si deduce la violazione dell'art. 2059 c.c., in riferimento all'art. 185 c.p.
La Corte di merito avrebbe errato nel non affrontare il profilo della sussistenza di un fatto di reato (art. 650 o art. 328 c.p.) produttivo di danno morale, come sofferenza contingente, turbamento d'animo transeunte, ai sensi dell'art. 185 c.p., ritenendo - peraltro, sulla base dell'inesatta interpretazione della sentenza di primo grado che aveva in primo luogo escluso l'intenzionalità rispetto all'art. 323 c.p. - che l'esclusione di un danno non patrimoniale in concreto lo esonerava dalla valutazione in ordine alla ipotizzabilità del fatto reato.
In particolare, secondo il ricorrente, sarebbe ipotizzabile il reato di omissione di atti di ufficio (art. 328 c.p., comma 2), per il quale sarebbe sufficiente la consapevolezza di agire in violazione dei doveri imposti (dolo generico), stante la diffida al Comune e all'Esattore, contestuale al ricevimento dell'avviso di mora, alla quale non era seguito l'adempimento, né la giustificazione del ritardo.
3. Il motivo va accolto.
3.1. L'evento dedotto dall'Avv. S., a fondamento della domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, è la mancata interruzione, da parte del Comune di Roma e del Concessionario del servizio di riscossione, della procedura volta al recupero del credito, dopo l'emanazione della sentenza che lo aveva disconosciuto, nonostante la sentenza fosse stata portata a conoscenza di entrambi al fine dichiarato di interrompere la suddetta procedura e senza che alla richiesta di provvedere in tal senso fosse seguita una qualunque risposta da parte del Comune e del Concessionario. Mancata interruzione del procedimento avviato, che ha comportato il pignoramento mobiliare presso lo studio del debitore, nonostante l'inesistenza del diritto rispetto al quale si procedeva ad esecuzione, con conseguente richiesta del risarcimento del danno non patrimoniale patito.
3.2. Essendo prospettato come causa dell'illecito civile un fatto astrattamente riconducibile a fattispecie penalmente rilevanti, spetta al giudice accertare, *incindenter tantum*, l'astratta configurabilità di un reato, indipendentemente dalla norma penale cui l'attore riconduce la fattispecie. Accertamento logicamente preliminare alla indagine sulla sussistenza in concreto (alla prova) del danno lamentato, compiuta dalla Corte di merito.
La Corte di merito, al contrario, ha ritenuto di prescin-

dere totalmente da tale preliminare accertamento ed ha valutato le testimonianze (con argomentazioni non rilevanti ai fini dell'accoglimento del motivo in argomento), escludendo la sussistenza del danno morale, assunto come derivante, sembrerebbe, dalla lesione dell'immagine del professionista; e, quindi, dalla lesione dei diritti della personalità tutelati dalla Costituzione.
Invece, quando è prospettato un illecito costituente reato, per il quale la risarcibilità del danno non patrimoniale è espressamente prevista dalla legge, ai sensi dell'art. 2059 c.c., e art. 185 c.p., l'indagine sull'esistenza di un diritto leso di rilievo costituzionale - cui sia ricollegabile il risarcimento del danno non patrimoniale, entro determinati limiti, secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità oramai consolidata - può venire in rilievo solo dopo l'esclusione della configurabilità di un reato. Infatti, quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato, la vittima avrà astrattamente diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale, costituendo la tutela penale sicuro indice di rilevanza dell'interesse leso (Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972).
3.3. Nella specie, il fatto allegato dal ricorrente appare linearmente riferibile all'art. 328, comma 2, c.p., nella formulazione vigente, come sostituita dalla l. 26 aprile 1990, n. 86. Ed invero, risponde del reato di omissione di atti di ufficio il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse, non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo.
Nel nostro caso, l'interessato ha chiesto che il procedimento per il recupero del credito fosse interrotto e il Comune e il Concessionario non hanno provveduto in tal senso e non hanno risposto per spiegarne le ragioni.
3.3.1. Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, a norma dell'art. 2059 c.c., l'inesistenza di una pronuncia del giudice penale, nei termini in cui ha efficacia di giudicato nel processo civile *ex* artt. 651 e 652 c.p.p., l'estinzione del reato (art. 198 c.p.), l'improponibilità o l'improcedibilità dell'azione penale, non costituiscono impedimento all'accertamento da parte del giudice civile della sussistenza degli elementi costitutivi del reato.
Accertamento che il giudice civile deve condurre secondo la legge penale e deve avere ad oggetto l'esistenza del reato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, ivi comprese eventuali cause di giustificazione e l'eccesso colposo ad esse relativo (da ultimo, Cass. 25 settembre 2009, n. 20684).
Reato, che la giurisprudenza penale ritiene: - plurioffensivo, ledendo oltre l'interesse pubblico al buon andamento della Pubblica Amministrazione, anche il concorrente interesse privato danneggiato dall'omissione o dal ritardo dell'atto dovuto (Cass. pen. 29 marzo 2011, n. 17345); - di mero pericolo (Cass. pen. 29 gennaio 2009, n. 13519); - caratterizzato da due condotte omissive, consistenti nella mancata adozione dell'atto entro trenta giorni dalla richiesta scritta della parte interessata e nella mancata risposta sulle ragioni del ritardo (Cass. pen. 13 marzo 2003, n. 11877); - caratterizzato, ai fini dell'elemento psicologico, dalla consapevolezza di avere ingiustificatamente omesso di dare risposta all'intimazione del privato, senza che rilevi il fine specifico di violare i doveri imposti dal proprio ufficio (Cass. pen. 5 giugno 2007, n. 31669; 11 febbraio 2010, n. 8996).
Pertanto, solo dopo tale accertamento, che terrà necessariamente conto della eventuale diversa configurabilità del reato rispetto al Comune e al Concessionario, anche sulla base della normativa di settore, il giudice dovrà verificare la sussistenza di un concreto pregiudizio patito dal titolare dell'interesse tutelato.
3.4. In conclusione, la sentenza è cassata in applicazione del seguente principio di diritto: "In tema di responsabilità civile e di richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale, quando è prospettato un illecito, astrattamente riconducibile a fattispecie penalmente rilevanti, (come nella specie, nella quale il danneggiato assume come causa del danno il pignoramento mobiliare eseguito, per un credito accertato come inesistente, nonostante la espressa richiesta al Comune e al Concessionario di interruzione del procedimento per il recupero del credito, e in mancanza di risposta a tale richiesta per spiegarne le ragioni, ed è ipotizzabile la fattispecie di reato prevista dall'art. 328 c.p., comma 2) per il quale la risarcibilità del danno non patrimoniale è espressamente prevista dalla legge, ai sensi dell'art. 2059 c.c., e art. 185 c.p., spetta al giudice accertare, *incindenter tantum* e secondo la legge penale, la sussistenza degli elementi costitutivi del reato, indipendentemente dalla norma penale cui l'attore riconduce la fattispecie; accertamento che è logicamente preliminare all'indagine sull'esistenza di un diritto leso di rilievo costituzionale (cui sia eventualmente ricollegabile il risarcimento del danno non patrimoniale, secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità oramai consolidata) potendo quest'ultimo venire in rilievo solo dopo l'esclusione della configurabilità di un reato; accertamenti, entrambi, preliminari alla indagine in ordine alla sussistenza in concreto (alla prova) del pregiudizio patito dal titolare dell'interesse tutelato". Il giudice del rinvio deciderà la controversia applicando il suddetto principio e liquiderà anche le spese del presente giudizio.
4. All'accoglimento del primo motivo di ricorso, consegue l'assorbimento dei motivi secondo e terzo, con i quali, rispettivamente, si deduce: la violazione dell'art. 2059 c.c., in riferimento ai principi generali di legalità, imparzialità, buona amministrazione, che regolano l'attività della Pubblica Amministrazione, posti dall'art. 97 Cost., e dalla l. n. 241 del 1990, (artt. 1, 2 *bis* e 29), oltre a vizi motivazionali, con lesione dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.); insufficiente e contraddittoria motivazione rispetto alla prova testimoniale.
… *Omissis*…

TRIBUNALE DI BRINDISI, Sez. Ostuni, 19 dicembre 2011 - Giud. Natali - P.C. c. T.A.

I criteri stabiliti dalla normativa pubblicistica, come ad esempio i criteri stabiliti dal D.P.C.M. 1° marzo 1991 in materia dei limiti massimi di esposizione al rumore, benché dettati per la tutela generale del territorio, possono essere utilizzati come parametro di riferimento per stabilire l'intensità e, di riflesso, la soglia di tollerabilità delle immissioni rumorose nei rapporti tra privati. Ciò purché, però, vengano considerati come un limite minimo e non massimo, dato che i suddetti parametri sono meno rigorosi di quelli applicabili nei singoli casi ai sensi dell'art. 844 c.c., con la conseguenza che il loro superamento determina necessariamente la violazione della predetta norma, mentre il loro rispetto non ne assicura la mancata violazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass., sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 887; Cass., sez. II, 17 gennaio 2011, n. 939; Trib. Roma, sez. VII, 7 luglio 2010.
Difforme	Trib. Lucca 30 novembre 2009, Trib. Genova 7 ottobre 2009, ord.

Fatto e diritto

Con atto di citazione del 28 marzo 2003, P.C., premettendo di essere proprietaria, fin dal 1993 di un villino facente parte di un complesso turistico-residenziale sulla costa di Pantanagianni e che il proprietario della costruzione confinante, sig. T.A., aveva trasformato la residenza estiva in un locale pubblico e precisamente un ristorante-pizzerie, lamentava la violazione della normativa civilista ed amministrativa in materia, anche per ciò che concerne le distanze, le immissioni di cattivi odori e rumori molesti, che arrecavano disagi e danni.

Inoltre, lamentava l'abitudine del confinante di fare intervenire l'autospurgo dal momento che la fossa asettica è calibrata ad uso di una famiglia e non certo di un locale pubblico, negli orari più impensati, causando ulteriori disagi con le immissioni di odori nauseanti.

Per questo evocava in giudizio T.A., chiedendo che questo Tribunale ritenesse e dichiarasse che illecitamente lo stesso aveva modificato lo stato dei luoghi relativo al villino in località Pantangianni nella marina di Carovigno al confine col villino di proprietà dell'attrice e, per lo effetto, lo condannasse alla reintegrazione in forma specifica mediante demolizione di tutte le opere realizzate in difformità della legge, con arretramento di quelle che non rispettano la distanza dal confine. Chiedeva, altresì, che lo stesso T.A. fosse riconosciuto responsabile delle immissioni di rumori, fumi e scotimenti nella sua proprietà, superiori alla normale tollerabilità, avuto riguardo alla condizione dei luoghi e per lo effetto ne ordinasse la cessazione, con condanna del convenuto al risarcimento dei danni.

Con comparsa dell'11 giugno 2003, si costituiva in giudizio T.A., il quale chiedeva il rigetto della domanda attore.

La domanda proposta da P.C. nei confronti di T.A. è fondata *solo in parte qua*.

La disposta CTU ha evidenziato come le tubazioni a servizio di uno dei lavelli, nella cucina siano a distanza dal confine inferiore al metro (anzi sono addirittura attaccate al muro); ciò in violazione di quanto prescritto dal codice civile.

Inoltre, dalla lettura della seconda CTU fonometrica, si evidenzia come l'attività del convenuto non sia rispettosa dei limiti di legge, anche in tema di immissioni di rumori.

Superamento dei limiti legali e normale tollerabilità

Si rende necessario, in via preliminare, chiarire se sia possibile ancorare l'accertamento della tollerabilità delle immissioni, alla stregua dei parametri indicati dal legislatore.

Invero, accettare la suddetta premessa concettuale significa introdurre nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 844 c.c., un elemento (il superamento dei tassi legali) che la norma nella sua originaria configurazione non contempla.

Infatti, il legislatore del '42 demandava al giudice l'accertamento della tollerabilità con riguardo ad una serie di parametri, squisitamente, fattuali ovvero: la natura dei luoghi, gli usi invalsi in un determinato contesto fattuale.

Ciò, consente di comprendere come intenzione originaria del legislatore fosse quella di riconoscere all'interprete un ruolo primario in quel contemperamento degli interessi, di volta in volta, in conflitto, che la stessa norma richiama, tutt'ora, quale criterio ispirativo delle scelte giurisdizionali al riguardo: "Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà".

Il ruolo del Giudice, cioè, nell'economia complessiva della fattispecie, è stato concepito, non quale autorità chiamata ad esplicitare dei comandi legislativi "rigidi", già interamente delineati nei loro contenuti - peraltro, allora inesistenti nella suddetta materia -, ma quale *bonus pater familias*, chiamato a dettare la regola del caso di specie, sulla base delle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta.

Una regola, cioè, che avrebbe dovuto tenere conto della peculiarità del caso concreto e piegarsi ad essa, accordando tutela a quello fra gli interessi in gioco, fosse da considerare prevalente.

Orbene, il legislatore del '95, con la l. 26 ottobre 1995, n. 447, "Legge quadro sull'inquinamento", è intervenuto a disciplinare la materia delle immissioni, relativamente all'ambito specifico dell'inquinamento acustico.

Di qui, il dubbio - che, in via interpretativa, è stato risolto mutevolmente - se la suddetta disciplina potesse interferire sull'applicazione dell'art. 844 c.c., riducendone la portata operativa, da clausola normativa generale, idonea a fondare poteri di amministrazione sostanziale, in capo all'autorità giudiziaria, a strumento che impone all'interprete la mera verifica dell'eventuale superamento dei tassi previsti dal legislatore.
È ovvio che, nel contesto storico-culturale che ha visto l'approvazione della norma, nel quale - data la natura essenzialmente agricola dell'economia nazionale - scarso, se non inesistente, era lo sviluppo industriale, da una parte, il fenomeno delle immissioni traeva origine, prevalentemente, da rapporti di vicinato; dall'altra, non esisteva ancora una normativa tecnica, idonea a fissare limiti e parametri.
Non v'è chi non veda la stretta connessione fra i due fenomeni, dal momento che la sporadicità del fenomeno delle immissioni, non aveva occasionato studi specifici sulla materia.
Invece, in un contesto nel quale, in conseguenza del mutato assetto dell'economia, si assiste ad una moltiplicazione dei fenomeni di immissione, il legislatore è intervenuto con una normativa specifica.
Orbene, ci si deve interrogare in relazione alla ricostruzione del rapporto esistente fra la normativa codicistica e quella statale ed, in particolare, se sia accettabile una ricostruzione in termini di specialità, con conseguente prevalenza della seconda sulla prima oppure sia preferibile la tesi di una reciproca autonomia, con conseguente salvezza dei rispettivi ambiti operativi.
La risposta a tale quesito richiede una breve ricostruzione dell'iter storico della norma codicistica e delle sperimentazioni applicative che l'hanno riguardata.
In primis, non può obliterarsi quell'orientamento interpretativo che - muovendo dal presupposto, oramai superato, dell'inesistenza di un parametro costituzionale cui ancorare, la tutela dell'ambiente - riconosceva alla norma *de qua* la funzione di strumento preposto alla tutela del bene - ambiente (e non soltanto dei diritti dominicali).
Si ricorderà come tale iniziale approccio esegetico sia stato superato (1): da una parte, si è assistito alla rivisitazione concettuale dell'art. 32 Cost., concepito *ab origine* quale norma a tutela della salute e che, successivamente - con una evidente eterogenesi dei fini - è stato riconosciuto come funzionale alla tutela dell'ulteriore bene della salubrità ambientale; dall'altra, si è provveduto alla "ricollocazione" dell'art. 844 c.c., nell'alveo dei rapporti dominicali.
D'altra parte, in tal senso, deponeva la collocazione sistematica della norma inserita tra quelle a tutela della proprietà individuale.
Tale ridimensionamento della portata operativa della norma codicistica non era stata scevra da censure.
Il combinato disposto degli artt. 32 Cost. - nella sua rinnovata veste di norma, immediatamente precettiva, a tutela dell'integrità del bene ambientale, quale necessario presupposto per la salute della Persona - e dell'art. 2043 c.c. poteva consentire il ristoro del danno all'ambiente, quando già consumato, ma non anche il promovimento di quelle iniziative di tutela, necessarie al fine di impedire la compressione del bene della salubrità ambientale.
Bene che - per sua stessa natura, ed, in particolare, per la sua infungibilità monetaria - non era conciliabile con una tutela di carattere successivo e monetaria, ovvero per equivalente.
L'art. 844 c.c., invece, assicurava, alla vittima delle immissioni, lo strumento dell'inibitoria, esercitabile nei confronti del proprietario dell'immobile, ma anche dell'autore materiale delle immissioni, sprovvisto della qualità di *dominus* dell'immobile (ad es. del conduttore, dell'usufruttuario, ecc.); ciò, in quanto allo stesso deve essere imposto un mero *non facere*, che non implica alcun atto di disposizione della *res*.
Peraltro, per taluni, la suddetta azione sarebbe esercitabile anche in via d'urgenza, quale modalità di esercizio confacente alla particolare natura del bene leso.
A fronte di tale minoritario orientamento, è,però, prevalsa la tesi per cui, a fini cautelari, sarebbe necessario il ricorso all'art. 700 c.p.c., quale strumento atipico, invocabile a tutela di qualunque diritto della persona, costituzionalmente garantito e idoneo, nel caso di specie, a consentire il conseguimento di un provvedimento giudiziale che inibisca d'urgenza la condotta inquinante.
Peraltro, proprio l'ambito delle immissioni, è stato oggetto delle prime sentenze, favorevoli al riconoscimento di un danno non patrimoniale, per così dire, *in re ipsa*; ciò pur in assenza della prova di patologie neuropsichiche e, dunque, in deroga al requisito legale della necessaria accertabilità medico-legale del pregiudizio *de quo*.
Infatti, si è affermato che l'esposizione ad intollerabili immissioni acustiche dà luogo ad un danno biologico - risarcibile in via equitativa - dovuto allo "stress"; altre volte, si è qualificato tale danno espressamente come "esistenziale", sulla base della compromissione "delle normali attività dell'individuo, quali il riposo, il relax, l'attività lavorativa domiciliare e non" (2).
È chiaro che l'avvento delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 pone, ora, un'esigenza di rivisitazione critica del suddetto orientamento, ogniqualvolta il pregiudizio esistenziale, di cui si deduca l'esistenza, non derivi eziologicamente dalla lesione di un diritto costituzionalmente fondato che possa dirsi leso oltre la soglia della normale tollerabilità.
Per quanto concerne la prassi giudiziaria, fin'ora invalsa, diversi sono stati i criteri elaborati al fine di determinare il limite di tollerabilità delle immissioni di tipo sonoro, quale presupposto oggettivo di una qualificazione in termini illeciti delle stesse.
Infatti, l'assenza di una legislazione organica volta a disciplinare il problema del rumore, che ha assunto dimen-

Note:

(1) V. Trib. Modena 2 marzo 2007 secondo cui per la tutela del diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., non è utilizzabile l'art. 844 c.c., giacché il diritto alla salute è tutelabile in via autonoma, mediante azioni di natura personale *ex* artt. 2043 e 2058 c.c.

(2) Trib. Milano 21 ottobre 1999.

sioni sempre più consistenti nella attuale realtà tecnologica e produttiva, ha sollecitato l'individuazione di un parametro di riferimento che consentisse di conciliare l'esigenza di criteri uniformi con la naturale diversità del caso concreto.
Da ciò il ricorso al c.d. criterio relativo-comparativo, detto anche cd. comparativo-differenziale, che muove dalla comparazione del livello medio della cd. rumorosità di fondo della zona - e cioè di quel complesso di suoni e rumori di origine varia e spesso non identificabili, continui e caratteristici del luogo, sui quali si innestano di volta in volta i rumori più intensi (Cass. 4 dicembre 1978, n. 5695 e successive) - con quello del rumore rilevato sul luogo che subisce le immissioni.
All'esito del suddetto confronto, si ritiene superato il limite della normale tollerabilità per quelle immissioni che abbiano una intensità superiore di oltre tre decibel al livello sonoro di fondo, cosa che equivale al raddoppio dell'intensità di quest'ultimo (cfr. tra le tante Trib. Milano 10 dicembre 1992, Trib. Roma 16 marzo 1964; Cass. n. 1796/1976, Cass. n. 161/1996, App. Milano 28 febbraio 1995, Trib. Perugia 8 novembre 1997) (3).
D'altra parte, la Cassazione, fin dalla metà degli anni '70, ha chiarito come il limite della normale tollerabilità delle immissioni dovesse intendersi, non in senso assoluto, bensì relativo, dovendo lo stesso essere fissato con riguardo al caso concreto, tenendo conto delle condizioni naturali e sociali dei luoghi, della attività ivi normalmente svolte, del sistema di vita e delle abitudini delle popolazioni e, con particolare riguardo alle immissioni sonore.
È evidente come il suddetto *modus procedendi* consenta di riconoscere adeguato rilievo al criterio normativo della reale situazione dei luoghi. Ciò diversamente dagli esiti cui si perviene, utilizzando il c.d. criterio assoluto, che, ai fini del giudizio di tollerabilità, accorda rilevo al mero superamento di un dato livello di rumorosità.
Orbene, appare rilevante comprendere in quali termini debba ricostruirsi il rapporto fra il suddetto criterio e la successiva emanazione prima del d.p.c.m. 1° marzo 1991 (limiti massimi di esposizione al rumore negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno), poi della l. 26 ottobre 1995, n. 447 (legge quadro sull'inquinamento acustico).
Esiste una prima tesi interpretativa secondo cui, in relazione all'inquinamento acustico, la l. n. 447/1995, nel delineare dei limiti differenziali rispetto al rumore di fondo, conterrebbe dei limiti non solo minimi - il cui superamento è, di per sé, idoneo a giustificare un giudizio di intollerabilità (4) -, ma anche massimi, nel senso che non è possibile che soglie di rumore inferiori ai predetti limiti, possano fondare un giudizio di intollerabilità.
Per contro, altre pronunce di merito non recepiscono il medesimo percorso logico.
Infatti, il Tribunale di Venezia, (sez. di Dolo, ordinanza 4 ottobre), ha sostenuto che il metodo di accertamento dell'intollerabilità, cd. comparativo-differenziale, sarebbe rimasto immutato anche dopo i suddetti interventi normativi.
Infatti, le norme in essi contenute - sulla base di una delimitazione operativa, fondata sulla natura del rapporto interessato dal fenomeno delle immissioni - troverebbero applicazione ai soli "rapporti fra imprese ed enti locali per la bonifica del territorio dall'inquinamento acustico e i livelli di accettabilità delle immissioni sonore al fine di assicurare alla collettività il rispetto dei livelli minimi di quiete".
Alle suddette norme non potrebbe riconoscersi, invece, alcuna idoneità ad incidere "sui rapporti di diritto soggettivo intercorrenti fra privati", né le stesse potrebbero introdurre delle eccezioni alle disposizioni di legge di portata generale in materia di tutela dei diritti patrimoniali e della salute che competono ad ogni persona e, in particolare, all'art. 844 c.c. (v. tra le tante, Pret. Monza 18 luglio 1991, Trib. Catania 13 dicembre 2001 e Cass., sez. II, 27 gennaio 2003, n. 1151)".
Dunque, sarebbe possibile affermare l'intollerabilità delle immissioni anche ove tal ultime non superino i limiti fissati dalle norme di interesse generale (v. da ultimo, Cass. n. 951/1999, Cass. n. 5398/1999, Cass. n. 1565/2000, Cass., sez. II, 27 gennaio 2003, n. 1151).
Nello stesso senso, si è espresso il Trib. di Nola (sentenza del 15 luglio 2004), secondo cui il rapporto tra "la disciplina privatistica a tutela della proprietà e della salute dalle immissioni, rinvenibile nell'art. 844 c.c. interpretato secondo il lume dell'art. 32 della Cost., e la disciplina pubblicistica apprestata per la tutela dell'ambiente in generale dalle fonti rumorose ed inquinanti (ad es., per il rumore dalla l. 447 del 1995 e dai D.P.C.M. 1° marzo 1991 e 14 novembre 1997)", sarebbe da ricostruire in termini di "reciproca autonomia e complementarità".
Da una parte, la normativa pubblicistica sarebbe preordinata a tutelare la collettività, nel suo complesso, dalle fonti di inquinamento tali da interferire con la legittima fruizione dell'ambiente, contemperando le varie esigenze pubbliche e ponendo limiti di accettabilità, dall'altra, la normativa privatistica, ed in primo luogo l'art. 844 c.c., assicurerebbero la tutela del soggetto "in quanto individuo che sia vittima di immissioni intollerabili, a prescindere dalla osservanza o meno della disciplina pubblicistica".
La struttura aperta della norma codicistica consentirebbe di ricomprendere, nella sua portata operativa,"principi guida non meno cogenti di quelli posti a tutela della proprietà, primo fra tutti quelli dell'integrità psico-fisica, di rango costituzionale". Dunque, la suddetta norma prevarrebbe sulle normative di tipo pubblicistico o amministrativo, preordinate alla disciplina dei rapporti tra soggetto proprietario del fondo da cui originano le immissioni e l'ente pubblico. Ciò per quanto le stesse mirino alla fissa-

Note:

(3) Cfr. Trib. Modena 5-8 aprile 2008 secondo cui, con riferimento alle immissioni rumorose, la valutazione della normale tollerabilità va fatta non in base ad un giudizio assoluto (che tenga cioè conto del solo livello di rumore in sé) ma secondo un criterio comparativo, ossia tenendo conto del livello sonoro rilevato comparandolo con il cosiddetto "rumore di fondo", costituito dal complesso di rumori continuo e caratteristico di una certa zona eventualmente in una porzione definita dell'arco della giornata. In particolare, l'immissione rumorosa è intollerabile quando superi di 3 decibel la rumorosità di fondo.

(4) Cfr. Trib. Venezia 19 febbraio 2008.

zione di standards limite di inquinamento ambientale. Dunque, se anche quegli standards pubblicistici di accettabilità fossero rispettati e cionondimeno le immissioni risultassero intollerabili, in ogni caso il giudice civile dovrebbe intervenire per farle cessare (Cass., sez. un., 19 luglio 1985, n. 4263; Cass. 10 gennaio 1996, n. 161).
Invero, anche la Suprema Corte ha sposato il principio della non sovrapponibilità dell'ambito operativo delle due discipline, ribadendo, come alla materia delle immissioni sonore o da vibrazioni e scuotimenti, atte a turbare il bene della tranquillità nel godimento degli immobili adibiti ad abitazione, non sia applicabile la normativa di cui alla legge 26 ottobre 1995 n. 477, "poiché detta normativa, come quella con tenuta nei regolamenti locali, persegue interessi pubblici, disciplinando, in via generale ed assoluta, e nei rapporti c.d. verticali, tra privati e la pubblica amministrazione, i livelli di accettabilità delle immissioni sonore al fine di assicurare alla collettività il rispetto di livelli minimi di quiete mentre nei rapporti singoli privati la disciplina delle immissioni moleste *in alienum* va rinvenuta nell'art. 944 c.c. così che, quand'anche, in ipotesi, dette immissioni non superino i limiti fissati dalle norme di interesse generale, il giudizio sulla loro tollerabilità deve farsi, con riferimento di volta in volta all'art. 844 c.c., secondo il prudente apprezzamento del giudice che tenga conto delle particolarità della situazione concreta" (Cass. n. 5366/1999; n. 1565/2000; n. 915/1999; Sez. Un. n. 4156/1957)".
Invero, il suddetto limite all'ambito operativo della legge speciale (ovvero la limitazione ai c.d. rapporti verticali) non è oggetto di espressa previsione, limitandosi la stessa - in quanto legge - quadro sull'inquinamento acustico -, ad enucleare i principi essenziali cui le regioni avrebbero dovuto conformarsi nell'esercizio della propria potestà normativa in materia.
Nondimeno, nonostante l'assenza di una previsione *ad excludendum*, l'inammissibilità, in materia, del ricorso a limiti fissi, disancorati dalla specificità del caso concreto, deve desumersi dal contrasto della norma stessa con il principio della tutela della Persona.
Tutela della persona che - in virtù dell'univoca impostazione personalistica del nostro sistema ordinamentale - non può scontare i limiti intrinseci all'adozione di un criterio astratto di determinazione dell'intollerabilità delle immissioni.
Ciò vale, a fortiori, per i DPCM del 1991 e del 1997, dal momento che un diritto primario non può, comunque, essere inciso negativamente da una disposizione normativa secondaria, d'ordine regolamentare, quali sono i suddetti decreti, preordinati, appunto, a finalità di carattere pubblico ed operanti nei rapporti fra i privati e la Pubblica amministrazione (5).
Nondimeno, non può disconoscersi il rilievo, anche indiretto, che la summenzionata legge speciale assume in materia.
Postulare la totale estraneità della l. n. 447/1995 rispetto al fenomeno delle immissioni, avrebbe quale conseguenza di eludere il dettato normativo, riducendone arbitrariamente l'ambito operativo.
Dunque, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa e tale da consentirne la conformità al valore - salute, deve ritenersi che i limiti, da essa dettati, assumano il valore di indice significativo - per quanto non esaustivo, né esclusivo - dell'intollerabilità dell'immissione, anche in ambito di rapporti privatistici e interpersonali (6). Indice che potrà, di per sé, fondare un giudizio di intollerabilità nell'ipotesi di immissioni tali da superare lo stesso, ma che potrà essere posto a fondamento di un giudizio di tollerabilità, solo se supportato da altri elementi, come la ricorrenza di determinate circostanze fattuali.
D'altra parte, la parziale rilevanza dei parametri legali anche con riguardo all'interesse del singolo *dominus* era stata già affermata dalla Suprema Corte del 2001 secondo cui "se è certo che il superamento dei limiti pubblicistici posti a tutela dell'intera collettività comporta certamente la intollerabilità del rumore nel caso concreto, non è vero il contrario". Dunque, anche se "l'intensità del rumore rientra nei limiti di accettabilità posti dalla normativa pubblicistica, nondimeno l'immissione nella singola fattispecie considerata può risultare intollerabile".
Pertanto, i criteri stabiliti dalla normativa pubblicistica, come ad esempio, i criteri stabiliti dal D.P.C.M. 1° marzo 1991 in materia di limiti massimi di esposizione al rumore - ha affermato la Suprema Corte -, benché dettati per la tutela generale del territorio, possono essere utilizzati come parametro di riferimento per stabilire l'intensità e, di riflesso, la soglia di tollerabilità delle immissioni rumorose nei rapporti tra privati. Ciò, purché, però, considerati come un limite minimo e non massimo, dato che i suddetti parametri sono meno rigorosi di quelli applicabili nei singoli casi ai sensi dell'art. 844 c.c., con la conseguenza che il loro superamento determina necessariamente la violazione della predetta norma, mentre il loro rispetto non ne assicura la mancata violazione (Cass. 18 aprile 2001, n. 5697; Cass. 3 agosto 2001, n. 1073).

Il caso di specie

Il CTU ha accertato, in riferimento al livello di rumore differenziale, nel periodo di riferimento notturno (dalle

Note:

(5) Cfr. Trib. Modena 5-8 aprile 2008, secondo cui tale limite differenziale di tre decibel deve ritenersi riconfermato anche dopo l'entrata in vigore del D.P.C.M. 1° marzo 1991 (che pone dei limiti massimi "assoluti" a seconda della zona, e limiti "relativi", consistenti nella differenza massima insuperabile rispetto al livello del rumore ambientale), che non può infatti precludere una valutazione in concreto di intollerabilità, atteso anche che l'integrità della persona ed il bene primario della salute non possono essere valutati in termini esclusivamente fisici e materialmente constatabili, e comprende anche la sfera emotiva e psichica, le cui sofferenze sono meno obiettivamente misurabili ma non per questo meno reali.

(6) Trib. Modena, cit., secondo cui la normativa statale in materia di rumore (D.P.C.M. 1° marzo 1991, l. n. 447/1995, D.P.C.M. 14 novembre 1997), pur non disciplinando rapporti intersoggettivi tra privati, può essere utilizzata dal giudice ordinario per verificare se un dato rumore superi la normale tollerabilità e sia dannoso per la salute.

ore 22.00 alle ore 6.00) un superamento del limite a finestra chiusa (3,6 + 0,5 dB(A) " 3 dB(A)), a fronte di una rilevazione a finestra aperta al di sotto del limite (0,9 dB(A) "3 dB(A)).
Dunque, in base alle misurazioni *de quibus* i rumori differenziali notturni dell'attività del convenuto oscillerebbero tra 3,1 e 4,1 dB(A) a finestra chiusa, così superando il limite considerato di 3dB(A).
Dunque, l'attore deve essere condannato alla reintegrazione in forma specifica mediante l'arretramento delle tubazioni a servizio del lavello della cucina, non a norma, nel rispetto della distanza, prevista dal Codice civile, di un metro.
Inoltre, al convenuto deve essere ordinata la cessazione delle immissioni sonore, eccedenti la misura legale, quale meglio specificata nella parte motiva.
Per quanto concerne la pretesa risarcitoria avanzata da parte attrice, dall'espletata istruttoria non consta che l'integrità fisica o morale del soggetto abbia risentito di un pregiudizio esistenziale, idoneo a superare quella soglia di gravità qualificata cui le Sezioni Unite ancorano il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, al di fuori delle ipotesi costituenti reato.
Dunque, la domanda risarcitoria per equivalente deve essere rigettata.
Le spese, comprese quelle di CTU, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.
… *Omissis* …

DANNO NON PATRIMONIALE DA PIANOFORTE TROPPO RUMOROSO E DA PIGNORAMENTO ILLEGITTIMO

di Giulio Ponzanelli

Le due decisioni della Corte di Cassazione, rese in giudizi completamente diversi (immissioni di rumore intollerabili: Cass. n. 9434; pignoramento mobiliare illegittimo: Cass. n. 9445) indicano come il danno non patrimoniale stia assumendo sempre di più una funzione di generale deterrenza che supera di gran lunga l'interesse di colui che risulta poi beneficiario della somma.

Fuori dai casi in cui si discute del danno biologico, la richiesta di danno non patrimoniale sta diventando sempre più frequente e rivela il desiderio di una giustizia risarcitoria per aver subito un disagio che solo qualche volta integra un vero e proprio torto; almeno nella normalità dei casi, tuttavia, non si verificano conseguenze di tipo patrimoniale.
La parte danneggiata, però, non vuole che passi inosservata tale violazione e chiede allora il rimedio del danno non patrimoniale. Solo che in tal modo questo rimedio perde ogni identità riparatoria e svolge una diversa funzione di deterrenza in nota di un miglior rispetto delle regole, scritte e non scritte, che devono essere seguite nell'esercizio di ogni attività (1).
I due casi decisi nello stesso giorno dalla Corte di Cassazione bene confermano questa nuova identità del danno non patrimoniale.
Nel primo caso (Cass. n. 9434) si è in presenza di un classico caso di immissioni che eccedono la normale tollerabilità (2): oltre alla tutela inibitoria (ben quattro risultano essere state le consulenze volte ad appurare il superamento del limite *ex* art. 844 c.c.), che ha imposto alla giovane pianista di poter suonare solamente in orari predeterminati allo scopo di non disturbare la pace e la tranquillità della condomina vicina (evidentemente non molto portata per la musica, a meno di pensare che fossero davvero pessime le prove della giovane) si è chiesto, ed ottenuto, una somma a titolo di danno non patrimoniale (oltre 25 mila euro) calcolata su base annua e moltiplicata per la durata dell'intero procedimento.
Com'è noto, in base alla lettura costituzionale dell'art. 2059, inaugurata con le decisioni del maggio 2003 e sviluppatasi poi con le decisioni di San Martino del novembre 2008, ai fini della concessione del danno non patrimoniale, è necessaria la presenza di un diritto inviolabile della persona.
Non avendo potuto leggere le due decisioni di merito abruzzesi, è difficile verificare la natura del *contra jus* costituzionale che sarebbe stato leso nel caso concreto.
All'esame della Cassazione, per un evidente errore della difesa dei danneggianti, non viene addotto questo punto che sarebbe stato sicuramente di grande interesse, ma in assenza di un danno biologico su-

Nota:

(1) Questa funzione di deterrenza sociale è svolta negli Stati Uniti dai danni punitivi: cfr. C. Sharkey, *Punitive damages as societal damages*, in *113 Yale Law Journal*, 343 ss. (2003).

(2) Cfr. di recente M.R. Maugeri, *Immissioni*, in *Dizionari del diritto privato. Diritto civile* (a cura di S. Martuscelli-V. Pescatore), Milano, 2011, 869 ss.

bito per il troppo rumore del pianoforte, è ragionevole pensare che il *contra jus* leso sia stato individuato nel diritto di proprietà.
Giudicando la richiesta di danni non patrimoniali lamentati come conseguenza di immissioni intollerabili, in precedenza la Cassazione aveva ritenuto di non concedere il danno non patrimoniale proprio per la mancanza di un *contra jus* costituzionale (3).
Si può disquisire a lungo, citando anche la giurisprudenza comunitaria e le indicazioni che provengono dalla Corte Costituzionale (4), sulla ricomprensione del diritto di proprietà all'interno dei diritti inviolabili della persona, ma il punto da considerare qui è diverso; e tocca più da vicino le ragioni per le quali si chiede il danno non patrimoniale quando nessuna conseguenza pregiudizievole sembra essere ravvisabile.
Come anticipato, la tutela inibitoria (attraverso una calabresiana *property rule*) pare idonea e adeguata: il suono di quel pianoforte era da considerare eccessivo, ma, non potendosi impedire del tutto la legittima libertà della giovane musicista, era giustificato imporre limitazioni all'uso dello strumento musicale. E il danno non patrimoniale allora? Da una lite condominiale non si può uscire solamente con una disciplina oraria sull'uso del pianoforte; suona quasi una sconfitta dell'azione giudiziaria. Si chiede, e, nel caso concreto si ottiene, il danno non patrimoniale: che tuttavia non serve qui a riparare un pregiudizio, poiché *in rerum natura* non c'è stato alcun pregiudizio. Il d.n.p. si configura, pertanto, come una sanzione pecuniaria, che avrebbe potuto essere già stata prevista in un regolamento condominiale a vantaggio dell'amministrazione del condominio nell'ipotesi che uno dei condomini non avesse seguito le prescrizioni ivi previste (ad esempio, chi si rende responsabile d'immissioni intollerabili è tenuto a versare una certa somma). In fondo, la quiete e il riposo appartengono a tutti; e, in tal modo, le regole condominiali, implementate e sanzionate con rimedi specifici, potrebbero essere meglio rispettate da tutti.

***

Questa (nuova) configurazione del danno non patrimoniale si nota anche nel secondo caso (Cass. n. 9445); e qui è più facile in quanto è presente un illecito penale, anche perché non era certo compito facile individuare la violazione di un diritto inviolabile.
Viene effettuato un pignoramento mobiliare da Equitalia nei confronti di un legale in base ad un titolo esecutivo di cui il professionista aveva però ottenuto la dichiarazione d'inefficacia, tempestivamente comunicata al creditore esecutante. Il danno non patrimoniale, in assenza di un pregiudizio, viene richiesto sul presupposto di fattispecie penalisticamente rilevante. I giudici di merito (giudice di pace e Corte di Appello) non concedono il risarcimento, contraddicendo la stereotipata immagine di una diffusa propensione all'accoglimento delle domande risarcitorie. L'illecito penale sarebbe stato costituito non tanto dall'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio), ma dall'art. 328, comma 2, c.p. (omissione di atti di ufficio): il quale non richiede l'intenzionalità del fatto, ma, diversamente, il dolo generico, integrato nel caso concreto dalla circostanza che il Comune e l'esattore erano a conoscenza della dichiarazione d'inefficacia del titolo esecutivo. Il nuovo quadro dei rapporti tra il giudizio civile e quello penale consente al giudice civile di accertare la sussistenza degli elementi costitutivi di una fattispecie penalistica ai soli fini della concessione del danno non patrimoniale (5). La condotta del soggetto esattore non può, del resto, non essere stigmatizzata, attribuendo alla parte offesa dal reato un rimedio monetario sulla cui misura deciderà il giudice di rinvio. E sarà sicuramente interessante vedere la posizione che sarà assunta dal giudice del rinvio: quale potrà essere l'importo del danno non patrimoniale derivante dall'illegittima esecuzione forzata per un debito di poco superiore a 1.000 euro? Qui, la portata deterrente del rimedio del danno non patrimoniale si coglie con maggior chiarezza: per aver subito un pignoramento illegittimo, un professionista non ha verosimilmente riportato un danno non patrimoniale, solo una grande seccatura e una perdita di tempo (e, forse, qui, si ravviserebbe un pregiudizio patrimoniale), a causa di una pronuncia d'inefficacia che non ha tuttavia impedito il pignoramento.
Il danno non patrimoniale serve, quindi, non tanto a compensare la vittima, quanto a incentivare la pubblica amministrazione, e più in generale i creditori, ad un maggiore rispetto del diritto. E il giudice del rinvio non potrà non tener conto di questa peculiare funzione della riparazione in denaro.

Note:

(3) Cfr. da ultimo Cass. 8 marzo 2010, n. 5564, in questa *Rivista*, 2010, 780 ss., con mia nota, *Le immissioni intollerabili e il rimedio del danno non patrimoniale*.

(4) Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, entrambe in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss., con note di Romboli, Travi, Ghera e Cappuccio.

(5) Cfr. Cass. 12 maggio 2003, nn. 7281, 7282 e 7283, in questa *Rivista*, 2003, 713, con mia annotazione, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*.

IMMISSIONI INTOLLERABILI: QUANDO MOZART FA MALE ALLA SALUTE

di Camilla Baldassarre (*)

In tema di immissioni acustiche la giurisprudenza di merito e di legittimità si barcamena tra certezze acquisite e problemi ancora aperti. E anche laddove sembra essere stata raggiunta una certa stabilità di assetti interviene il legislatore, con una disciplina settoriale, a confondere le acque. La disciplina codicistica in materia è stata fatta oggetto dalle corti di una interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata onde apprestare una tutela incisiva ed efficace di diritti fondamentali ben diversi da quelli dominicali. Essa presenta, tuttavia, la necessità di confrontarsi con la legislazione pubblicistica in materia che sembrerebbe volerla fare da padrona. Allo stato non sembra, però, che le norme dettate dalla l. n. 13/2009 in materia di inquinamento acustico - ed in particolare l'art. 6 *ter* - possano seriamente scalfire l'orientamento giudiziale orami univoco in tema di valutazione della tollerabilità delle immissioni sonore.

Premessa

Tre delle quattro sentenze in commento consentono di affrontare, in ragione delle rispettive statuizioni, alcune delle problematiche più interessanti in tema di immissioni ed in particolare di immissioni sonore (1). Le situazioni di fatto che hanno dato origine alle pronunce sono (parzialmente) differenti e di seguito si ripercorrono sinteticamente onde favorire la trattazione e la comprensione delle considerazioni successive.

Nel caso sottoposto al Tribunale di Brindisi un privato, proprietario di un villino facente parte di un complesso turistico-residenziale, lamentava la violazione della normativa civilistica ed amministrativa in materia di immissioni da parte del confinante, il quale aveva trasformato la sua residenza in un locale pubblico adibito alla ristorazione. L'attore concludeva chiedendo la cessazione delle immissioni superanti, a suo dire, la normale tollerabilità, nonché la condanna del convenuto alla reintegrazione in forma specifica mediante la demolizione di tutte le opere realizzate in difformità, con arretramento di quelle irrispettose delle distanze legali, ed al risarcimento dei danni. Il giudice di prime cure - attraverso una articolata analisi dei rapporti tra legislazione settoriale e norme codicistiche in materia di immissioni ed in particolare dei limiti tabellari fissati dalle norme in materia di inquinamento acustico - ordinava al convenuto l'arretramento delle tubazioni al servizio del lavello della cucina, non a norma, nel rispetto della distanza prescritta dal codice civile ed, altresì, la cessazione delle immissioni sonore eccedenti la misura legale. Disattendeva, invece, la pretesa risarcitoria avanzata da parte attrice sul presupposto del difetto di raggiungimento della prova di un pregiudizio che superi la soglia di "gravità qualificata" a cui le S.U. della Cassazione hanno ancorato il risarcimento del danno non patrimoniale.

Anche nella vicenda decisa da Cass. n. 9434 si controverte di immissioni acustiche provenienti, in tal caso, dall'appartamento situato sopra quello degli attori (costituiti da una coppia di genitori che agiscono

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) La bibliografia in materia è piuttosto vasta, si citano *ex multis*: Aa.Vv., *L'inquinamento acustico*, Milano, 1996; E. Alvino, *Determinazione del limite di tollerabilità delle emissioni sonore*, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1421; M. Cosa, *L'inquinamento da rumore*, Roma, 1992; M. D'Auria, *La lotta al rumore ambientale tra politica comunitaria e politica nazionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 5, 547 ss.; F. Fonderico, *Legge quadro sull'inquinamento acustico:molto rumore per nulla*; in *Ambiente*, 1996, 89 ss.; D. Carusi, *Immissioni acustiche, diritto alla salute e libertà costituzionali*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 39 ss.; C. Del Peschio Liberatore, *Immissioni sonore e danno alla salute*, in *Giur. merito*, 1993, 952 ss.; M.V. De Giorgi, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1993, I, 798 ss.; A. Verrando, *Limiti massimi di esposizione al rumore negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno, innanzi al giudice ordinario*, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, 270 ss.; S. Visonà, *Tutela della persona a fronte dell'intollerabilità delle immissioni di rumore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 853 ss.; G. Busetto, *Rumore e diritto alla salute*, in *Giur. agr.*, 1985, 365 ss.; V. Scalisi, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 127 ss.; B. Thellung de Courtelary, *Danno esistenziale da immissioni acustiche intollerabili: entusiasmi e confusioni*, in *Giur. it.*, 2003, I, 2288 ss.; P. Ziviz-F. Bilotta, *Il silenzio è d'oro... (considerazioni sul danno esistenziale da rumore)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 806 ss.; P. Laghezza, *Immissioni acustiche e danno esistenziale: quali conseguenze per l'alterazione dell'ambiente di vita?*, in questa *Rivista*, 2001, 530 ss.; G. Busetto, *Inquinamento acustico e danno esistenziale*, in *Dir. e giur. agr.*, 2000, 552 ss.; T. Montecchiari, *La tutela dell'ambiente e l'art. 844 c.c.: divieto di immissioni e attività inquinanti*, in *Riv. giur. ambiente*, 1996, 247 ss.; G. Lener, *Immissioni intollerabili e azione inibitoria* ex *art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'*actio negatoria, in *Foro it.*, 1994, I, 206 ss.; M. Novo, *Inquinamento da rumore, normale tollerabilità e inquinamento acustico accettabile*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1999, II, 309 ss.; M. Novo, *Criteri di valutazione delle immissioni di rumore. Tollerabilità ed accettabilità*, *ivi*, 1994, II, 439 ss.; P. Tulipani, *Il criterio del rumore equivalente e l'intollerabilità delle immissioni rumorose*, in *Giur. merito*, 1993, 1212 ss.

in proprio ed in qualità di esercenti la potestà sui due figli minori) e generate da ripetuti esercizi al pianoforte di due giovani allieve del Conservatorio. Gli attori chiedevano, in primo grado, la condanna dei convenuti ad eseguire opere di insonorizzazione; a cessare l'uso del pianoforte o a limitarlo a determinate ore della giornata; il risarcimento dei danni biologici e morali nonché patrimoniali subiti, in particolare, da uno degli attori (il padre) che svolgeva in un locale del detto appartamento attività professionale.
Il giudice di merito imponeva ai convenuti di suonare il pianoforte solo in determinati orari, condannandoli al risarcimento dei danni nella misura di euro 25.000,00 con compensazione delle spese di Ctu e parziale compensazione delle spese del giudizio.
La Corte territoriale, adita da entrambe le parti, confermava la condanna emessa dal giudice di prime cure ed aumentava la somma dovuta a titolo di risarcimento ad euro 28.750,00, oltre gli interessi ed il pagamento delle spese processuali.
La S.C., adita tanto in via principale che incidentale, conferma le decisioni di primo e secondo grado, cassando solo il capo della sentenza d'appello relativo alla liquidazione delle spese per violazione degli importi minimi di tariffa e provvede - decidendo nel merito la causa non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto - a riliquidarli in favore dei ricorrenti.
Infine, fuoriuscendo dal solco acustico ma contribuendo all'inquadramento generale del problema, la sentenza n. 7048 della Cassazione ha ad oggetto un caso di immissioni maleodoranti e tossiche sprigionate da una società esercente l'attività di deposito e vendita di prodotti chimici ad uso agricolo, lamentate da soggetti residenti in un immobile limitrofo alla sede di tale attività, i quali ultimi asserivano di aver subito - in ragione di simili propagazioni - un danno alla salute di cui chiedevano il risarcimento.
Il tribunale di Napoli accoglieva la domanda con sentenza confermata dalla Corte d'appello.
La Suprema Corte rigetta il ricorso proposto dalla società ritenendo i motivi prospettati in parte inammissibili ed in parte infondati.

I problemi sul tappeto

L'art. 844 pur essendo norma chiara per dettato letterale e collocazione sistematica (che inequivocabilmente la pone nell'alveo della disciplina della proprietà fondiaria), è stata - ed è tutt'oggi - oggetto di acceso dibattito a livello giurisprudenziale e dottrinario.
Gli innumerevoli profili di problematicità che coinvolgono tale norma, pur presentendo notevole rilievo ed interesse, non possono essere, per ovvi motivi, tutti esaminati in questa sede. Ci si limiterà pertanto all'analisi di quegli aspetti controversi che emergono - sia pure a volte solo per accenno - nella parte motiva delle sentenze in commento.
Essi riguardano, innanzitutto, la portata dell'articolo in questione, la quale - pur essendo dalla lettera della norma limitata ai rapporti dominicali - è stata estesa da una parte della giurisprudenza fino a ricomprendere la tutela dei diritti fondamentali della persona, in primo luogo quello alla salute, lesi dalla propagazione di immissioni nocive che abbiano cagionato danni alla salubrità ambientale. La collocazione tra le norme a tutela della proprietà, infatti, non ha impedito una lettura estensiva del dato normativo, estensione necessitata dalla volontà di costruire - in assenza di una tutela individuale generalizzata (2), che riveste carattere eccezionale e che può darsi solo nelle ipotesi espressamente contemplate dalla legge - un percorso per l'attribuzione di una tutela inibitoria ai diritti fondamentali della persona e, tra questi, in particolar modo, al diritto alla salute.
In seconda battuta viene in rilievo la questione attinente l'interpretazione della "normale tollerabilità" delle immissioni cui fa riferimento l'art. 844 c.c. ed il suo (contrastato) rapporto con la disciplina pubblicistica in materia di inquinamento acustico. Il superamento di detta soglia, infatti, rappresenta il *discrimen* tra immissione lecita ed immissione illecita, con le relative conseguenze in tema di inibitoria e risarcimento del danno. La valutazione della tollerabilità è dalla norma lasciata al giudicante, ossia partendo dal presupposto che le immissioni (sonore, di fumi, di scuotimenti ecc. …) sono inevitabili, l'art. 844 assegna al giudice il compito di stabilire, quando esse siano lecite poiché al di sotto della soglia della "normale tollerabilità" o, al contrario quando, superando il parametro suddetto, siano illecite e dunque potenzialmente inibibili. La valutazione si presenta come largamente discrezionale dal momento che la lettera dell'art. 844 c.c. menziona, quali criteri di giudizio, solo quello afferente la condizione dei luoghi.
Il problema da risolvere diventa allora - anche alla luce della normativa settoriale intervenuta negli anni successivi all'approvazione del codice a discipli-

Nota:

(2) È noto che nel nostro ordinamento non esista una univocità di vedute rispetto al problema della tipicità/atipicità dell'inibitoria. A livello dottrinale si richiamano in proposito A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003; A. Proto Pisani, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 ss.; C. Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Milano, 1995; P. Rescigno, voce *Diritti della personalità*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994.

nare le varie forme di inquinamento ambientale e quello sonoro in particolare - quello di individuare un metro che possa orientare il giudizio sul limite di tollerabilità delle immissioni.
Infine resta da valutare la portata del nuovo art. 6 *ter* contenuto nella l. 27 febbraio 2009, n. 13, la quale sembrerebbe avere la presunzione di risolvere, a favore della norma speciale ed a scapito del momento giudiziale, la questione della valutazione del limite di tollerabilità delle immissioni sonore.

L'art. 844 c.c.: un vero Giano bifronte

Come accennato nel paragrafo precedente, la natura reale dell'azione *ex* art. 844 è stata ritenuta superata da quella parte della dottrina e della giurisprudenza che ha preferito ricostruirla sul modello di una clausola generale di illecito civile, destinata a specificarsi, di volta in volta, quale azione a tutela del possesso, della proprietà o di altri diritti fondamentali della persona.
Il diritto alla salute di cui si invocava la tutela per il tramite dell'azione *ex* art. 844 c.c., veniva inteso in senso ampio (3), come diritto soggettivo della persona ad essere protetta nella sua individualità, ma anche nello svolgimento della vita associata all'interno delle diverse comunità familiari, lavorative, abitative ecc., frequentate abitualmente. Tali riflessioni hanno costituito lo snodo argomentativo per giungere a parlare di "ambiente salubre" e della correlativa necessità di protezione (4).
I giudici di legittimità hanno così riconosciuto che nel caso di violazione del diritto alla salute - inteso come diritto ad un ambiente salubre - sia applicabile la disciplina dettata dall'art. 844 c.c. non solo per salvaguardare il valore del fondo, ma anche per tutelare la persona che si trovi a godere del fondo medesimo (5), considerando l'accertamento della intollerabilità delle immissioni indice presuntivo, ad un tempo, della violazione del diritto di proprietà e del diritto alla salute genericamente inteso (6). Il godimento fondiario diventa quindi l'anello di congiunzione tra proprietà da un lato e salute dall'altro (7).
Gli effetti di una simile interpretazione estensiva si sono avuti su diversi piani: quello della legittimazione attiva, quello delle tutele esperibili, quello dei pregiudizi risarcibili.
Prima di analizzare tali aspetti va dato atto che l'orientamento qui illustrato, come accennato in precedenza, non è affatto univoco (8).
I sostenitori di una lettura ortopedica dell'art. 844 c.c. si rifanno, in primo luogo, alla sentenza della Consulta n. 247/1974 con la quale si è affermato che il criterio della normale tollerabilità delle immissioni «va riferito esclusivamente al contenuto del diritto di proprietà e non può essere utilizzato per giudicare della illiceità di immissioni che rechino pregiudizio alla salute umana o all'integrità dell'ambiente naturale» (9).
Successivamente anche le Sezioni Unite della Cassazione (10) si sono pronunciate in senso conforme,

Note:

(3) Normalmente la lesione del diritto alla salute viene intesa come causazione di un vero e proprio danno biologico, ossia come una offesa, una menomazione dell'integrità fisica dell'individuo. È altresì rinvenibile, però, una accezione di "salute" più ampia, veicolata dal combinato disposto di cui agli artt. 32 e 2 della Costituzione che attribuisce al diritto alla salute anche un contenuto di socialità e di sicurezza, così da qualificarlo non solo come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, ma come un vero e proprio diritto all'ambiente salubre, tutelabile *erga omnes*.

(4) Cfr. Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, 2302. In questa pronuncia si controverteva di un'azione per danno temuto promossa avverso la Cassa del Mezzogiorno al fine di ottenere la sospensione dei lavori di realizzazione di un depuratore ritenuto pericoloso per la salute a motivo delle esalazioni e dei rumori da esso prodotti. Cfr. Cass. civ. 6 aprile 1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1984, I, 537, con nota di F. Mastropaolo, *Tutela della salute, risarcimento del danno biologico e difesa dalle immissioni*; Cass. civ. 11 aprile 2006, n. 8420, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 661; Cass. civ. 8 marzo 2010, n. 5564, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1519, nonché in questa *Rivista*, 2010, 8-9, con nota di G. Ponzanelli, *Le immissioni intollerabili ed il rimedio del danno non patrimoniale*.

(5) Cfr. Cass., sez. un., 15 ottobre 1998, n. 10186, in *Foro it.*, 1999, I, 922 ss., con nota di A. Moliterni.

(6) Cfr. Cass. civ., 13 marzo 2007, n. 5844, in *C.e.d. Cass.*, 2007: «Il principio secondo cui l'accertamento della intollerabilità delle immissioni configura l'esistenza del danno *in re ipsa* opera anche nell'ipotesi in cui il vicino che le subisce, in assenza di lesioni medicalmente accertabili, lamenti un pregiudizio di natura non patrimoniale, che va risarcito in via equitativa».

(7) L'esistenza di un simile collegamento è stata fatta, per vero, oggetto di critica e di discussione in dottrina, v. ad esempio C. Salvi, *La proprietà fondiaria. Sezione I: Disposizioni generali*, in *Trattato Rescigno*, VII, 1, 1982, 396 ss., Id., voce *Immissioni*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV *bis*, 1989, 7 ss.; A. Gambaro, Il *diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, in A. Cicu-F. Messineo (a cura di), Milano, 1995, 506 ss.; U. Mattei, voce *Immissioni* in *Digesto IV, Disc. Civ.*, IX, (a cura di) R. Sacco, Torino, 1993, 322; P. Traisci, *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della persona. Modelli a confronto*, Napoli, 1996, *passim*.

(8) Cfr. sulla disciplina delle immissioni e sulla tutela della salute A. De Cupis, *Disciplina delle immissioni e tutela della salute*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 252; M. Costantino, voce *Proprietà II) Profili generali dir. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, 1991, 15; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà, op. cit.*, 504 ss.; F. Francario, *La disciplina delle immissioni*, in *Trattato Rescigno*, VII, 1, Torino, 2005, 476; U. Mattei, voce *Immissioni*, *op. cit.*; Id., *I Diritti reali. La proprietà*, in *Trattato Sacco*, 2003, I, 326 ss.

(9) Corte cost. 23 luglio 1974, n. 247, in *Foro it.*, 1975, I. In dottrina (M.A. Mazzola, *Immissioni e risarcimento del danno*, 2009, 34), è stato sostenuto che tale sentenza costituisca il riferimento di quella giurisprudenza di merito che, al fine di tutelare il bene salute contro fenomeni immissivi, ha preferito non chiamare in causa l'art. 844 c.c. ancorandosi, piuttosto, direttamente al dettato costituzionale.

(10) Cass., sez. un., 19 luglio 1985, n. 4263, in *Giust. civ.*, 1986, I, 128.

confinando l'art. 844 c.c. unicamente all'interno dei rapporti inerenti il diritto di proprietà, ed indicando quale strada da percorre per fornire protezione ai diritti non ricompresi in detto articolo, quella tracciata dagli artt. 2053 e 2058 c.c.

Diverse pronunce hanno affermato che «[l]a tutela del diritto alla salute, minacciato o leso da intollerabili immissioni, può ottenersi mediante l'emissione di un provvedimento cautelare inibitorio, fondato, in ragione della natura personale di un tale diritto, esclusivamente sull'art. 32 Cost. e non già sull'art. 844 c.c., per contro volto a disciplinare rapporti inerenti al diritto di proprietà su beni immobili» (11); ed altresì che «L'azione proposta contro l'autore di immissioni sonore per la loro eliminazione, in quanto lesive del diritto alla salute, ha carattere personale e si esercita in applicazione dell'art. 2058 capoverso c.c., e non in via di interpretazione analogica dell'art. 844 c.c.» (12).

La soluzione per cui ha optato questa parte della dottrina e della giurisprudenza, allora, è stata duplice: o fondare il rimedio inibitorio sul disposto art. 2058 c.c.; o percorrere la via di un'azione inibitoria autonoma ancorata alla clausola generale posta dall'art. 32 della Costituzione.

Veniva concordemente ammessa, in ogni caso, la cumulabilità delle domande a tutela dei differenti diritti (la proprietà e la salute o l'ambiente salubre), con il medesimo atto (13).

L'indirizzo dottrinale appena illustrato, espresso con finalità differenti da una pluralità di Autori, è stato probabilmente poco indagato da quella parte della giurisprudenza (e degli operatori del diritto) che, con un approccio più emozionale che razionale, determinato dall'ansia di apprestare una tutela efficiente per situazioni particolarmente sensibili - quali la lesione del diritto alla salute - ha più o meno volontariamente ignorato che la vera identità della norma è, in ultima analisi, quella di indicare «criteri di soluzione del conflitto tra "usi incompatibili" di proprietà immobiliari contigue» (14).

Partendo da tale presupposto e dalla considerazione per cui il secondo comma della norma mette a confronto interessi diversi eppure omogenei sotto il profilo della patrimonialità e della loro utilizzazione "secondo autonomia", un'autorevole dottrina ha evidenziato come l'art. 844 c.c., letto attraverso il filtro della *Economic Analisis of Law* (15), fuoriesca dai ristretti argini interpretativi costruiti dall'elaborazione tradizionale in materia, manifestando la coabitazione di una pluralità di regole a seconda di come venga assegnato il diritto e del tipo di tutela accordata.

L'indagine svolta con "metodo economico" si rivela proficua sotto molti punti di vista. Spostando l'angolo di osservazione dell'interprete consente di rileggere, attribuendo loro un nuovo e forse più pregnante significato, il criterio del contemperamento tra le esigenze della produzione e le ragioni della proprietà, nonché «l'indecifrabile criterio facoltativo della priorità d'uso» (16).

L'analisi economica predica che, in presenza di usi incompatibili, vada preferita l'alternativa che consente di minimizzare la somma dei costi di prevenzione, in cui sono ricompresi anche i costi di una eventuale rimozione dell'attività produttiva, e degli

Note:

(11) Trib. Bologna 20 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 205.

(12) App. Milano 17 luglio 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 717. *Idem* Pret. Torino 27 dicembre 1990, in *Dir. fam.*, 1991, 1060; Trib. Verona 13 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 3292.

(13) Cfr. Cass. 29 aprile 2005, n. 8999, in www.ambientediritto.it: «In tema di immissioni eccedenti la normale tollerabilità ex art. 844 cod. civ., la legittimazione spetta al proprietario dell'immobile o all'autore materiale delle immissioni in base al criterio del *petitum*. Inoltre, è ammesso il cumulo dell'azione risarcitoria e di quella inibitoria; nonostante il cumulo le due azioni rimangono nettamente distinte (Cass. 15 ottobre 1998, n. 10186), con la conseguenza che l'eventuale situazione di litisconsorzio necessario di natura sostanziale o processuale che riguarda l'azione inibitoria non si comunica a quella risarcitoria ed il giudice di appello che la rilevi deve annullare la sentenza e rimettere gli atti al primo giudice limitatamente all'azione inibitoria».

(14) Così R. Pardolesi, *Azione reale e azione di danni nell'art. 844 cod. civ. - Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto tra usi incompatibili delle proprietà vicine*, in *Foro it.*, 1977, I, 1150. L'A., sgombrato il campo dalle obiezioni che storicamente sono state mosse alla c.d. prassi indennitaria seguita dalla giurisprudenza di legittimità (ossia la tendenza a privilegiare le esigenze della produzione sulle ragioni della proprietà), ed in particolare quella di essere indifferente al problema della tutela della salute e di implicare la rinunzia ad avvalersi dell'art. 844 c.c. come strumento di tutela dell'ambiente, rivaluta tale indirizzo interpretativo sottolineando come esso sia orientato verso l'assetto più efficiente delle risorse e dia altresì ingresso a considerazioni di tipo equitativo.

(15) Esemplificando al massimo si può dire che Analisi economica del diritto (in inglese *Law and Economics* o *Economic Analysis of Law*) è l'etichetta abitualmente utilizzata per indicare gli studi interdisciplinari di diritto e discipline economiche che hanno come oggetto di indagine l'analisi economica delle norme giuridiche sia sotto il profilo positivo che normativo.
Secondo la prospettiva della *L&E*, i problemi giuridici debbono essere analizzati e risolti attraverso una comparazione tra i diversi gradi d'efficienza economica delle molteplici soluzioni ipotizzabili. Da questo confronto, effettuato con modalità analitiche prese a prestito dalla scienza economica (in particolare, dalla microeconomia), emergerà la scelta più efficiente, ossia quella in grado di garantire a ciascun soggetto coinvolto il maggior numero possibile di vantaggi.

(16) R. Pardolesi, voce *Analisi economica del diritto*, in *Enc. Giur., agg.*, vol. VI, Milano,14. V. anche dello stesso A., *Circolazione del fondo soggetto ad "immissioni industriali" e diritto all'indennizzo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 392 ss. Su questi criteri e sulla loro valenza nella prassi applicativa vedi *infra* paragrafo successivo.

effetti dannosi. La variabile dei costi di transazione, che complica una realtà mai corrispondente allo schema assurto a paradigma ermeneutico, implica la necessità dell'intervento normativo, la validità del quale dipende dalla capacità di raggiungere una allocazione ottimale delle risorse.

Ecco allora che una lettura in chiave economica dell'art. 844 c.c. disvela all'interprete almeno quattro diversi scenari: una prima regola «assegna il diritto all'immittente, accordandogli una tutela forte: il proprietario, che origini emissioni nel limite della normalità, potrà opporsi vittoriosamente alle lamentele del soggetto idiosincratico» (17); una seconda regola che «ribalta le sorti, in funzione del travalicamento della normale tollerabilità», con conseguente inibitoria dell'attività dell'immettente; la terza regola tutela per equivalente il soggetto vittima di immissioni derivanti da attività produttiva; una quarta regola, infine, è rappresentata del criterio della priorità dell'uso «che acquista significato ove solo lo si interpreti alla stregua di eccezione del convenuto nell'azione di immissioni, replicando la difesa, di *common law*, del *coming to nuisance*» (18).

Tornando all'orientamento favorevole all'utilizzazione dell'art. 844 c.c. al di fuori dello stretto ambito dell'azione reale, si può evidenziare come - mercé l'interpretazione evolutiva di cui si è detto - si sia ampliata considerevolmente la legittimazione attiva, nel senso di considerare legittimato all'azione non solo il titolare di diritti reali sul bene diversi dalla proprietà, ma anche il titolare di diritti personali di godimento e, finanche, il possessore/detentore "qualificato".

Quando la lesione dedotta in giudizio non ha ad oggetto la proprietà dell'immobile interessato dalle immissioni sonore, bensì il diritto alla salute di coloro che vivono in quell'immobile, si è ritenuto che ai fini della prova della condizione dell'azione di cui all'art. 81 c.p.c. non rilevi la titolarità del diritto reale, quanto piuttosto la sussistenza di una "relazione qualificata" tra i ricorrenti e il bene (19). Con tutte le incertezze in cui si incorre, seguendo questa impostazione, nel riconoscere la possibilità di chiedere non solo una inibitoria negativa, soprattutto una inibitoria positiva (20).

Quanto alle tutele esperibili, la difficile coesistenza tra rimedio inibitorio e rimedio risarcitorio è connessa strettamente ad un altro problema, quello della coesistenza di interessi patrimoniali e non patrimoniali potenzialmente lesi dalle immissioni.

La casistica riguarda, perlopiù, immissioni di rumore in luoghi adibiti ad abitazione. Entrano in gioco, perciò, i tali casi, oltre al diritto alla salute ed all'ambiente salubre, anche altri ulteriori interessi strettamente connessi con l'abitazione: l'interesse alla vivibilità della casa, l'interesse al riposo, alla tranquillità domestica, ecc. ancor più controversa diviene poi la questione quando non si fa riferimento alla salute in senso stretto (misurabile e medicalmente accertabile), bensì ad un concetto lato di salute da intendersi come "completo benessere psicofisico" della persona.

Le richieste risarcitorie avanzate dagli attori sottoposti alle immissioni intollerabili spesso e volentieri riguardano proprio la lesione di interessi di natura non patrimoniale. In tutti questi casi, così come accade anche nelle sentenze in commento, il problema della risarcibilità dei danni causati dalle immissioni non alla *res*, ma al proprietario di questa, si intreccia con il processo di assestamento della risarcibilità del danno non patrimoniale all'indomani delle sentenze delle Sezioni Unite del 2008, meglio note come sentenze di San Martino (21). Processo di

Note:

(17) R. Pardolesi, voce *Analisi economica del diritto*, in *Enc. Giur.*, *op. cit.*, 14.

(18) *Ibidem*.

(19) Cass. 22 dicembre 1995, n. 13069, in *Foro it.*, 1996, I, 533; Cass. 21 febbraio 1994, n. 1653, in *Giust. civ.*, Mass. 1994, 187; Trib. Roma 9 maggio 2011, ord., in *Resp. civ. e prev.*, 2011, fasc. 11, 2331 ss., con nota di G. Tommasini, *La tutela d'urgenza della salute contro le immissioni acustiche eccedenti la normale tollerabilità*.

(20) La giurisprudenza di legittimità, infatti, è solita escludere la legittimazione del detentore a chiedere modifiche sostanziali dell'immobile da cui provengono le immissioni (nel caso queste siano la sola soluzione praticabile per far cessare le immissioni), sul presupposto che diversamente opinando si inciderebbe sull'essenza stessa del diritto reale del vicino. La dottrina, per parte sua, è invece favorevole alla tutela *erga omnes*, anche nelle forme dell'inibitoria positiva, in capo a chi vanti un diritto personale di godimento, considerando che la limitazione a ciò sempre opposta dalla giurisprudenza costituisce un illogica trasposizione sul lato attivo di un limite attinente al solo lato passivo. È il legittimato passivo, invero, che deve avere concretamente il potere di compiere gli interventi modificativi del bene al fine di contenere le immissioni nei limiti di tollerabilità. Cfr. G. Gabrielli, *Sulla legittimazione a domandare la cessazione delle immissioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 627. In giurisprudenza vedi ad esempio Cass. 29 aprile 2005, n. 8999, in www.ambientediritto.it: «In tema di immissioni eccedenti la normale tollerabilità *ex* art. 844 cod. civ., l'azione può essere proposta anche nei confronti dell'autore materiale delle immissioni, e quindi del conduttore quando allo stesso debba essere imposto un *facere* o un *non facere* suscettibile di esecuzione forzata in caso di diniego (Cass. 1° dicembre 2000, n. 15392; Cass. 9 maggio 1997, n. 4086) o l'attore chieda puramente e semplicemente la cessazione delle immissioni, mentre va proposta nei confronti del proprietario o di tutti i comproprietari se mira al conseguimento di un effetto reale, come avviene quando è volta a fare accertare in via definitiva l'illegittimità delle immissioni o ad ottenere il compimento delle modifiche strutturali del bene indispensabili per farle cessare (Cass. 23 marzo 1996, n. 2598; Cass. 22 dicembre 1995, n. 13069). Sicché è in base al criterio del "petitum" che va stabilito se la legittimazione spetta al proprietario dell'immobile o all'autore materiale delle immissioni».

(21) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Pluris online*.

assestamento che lungi dall'essere giunto al capolinea sembra, proprio in materia di immissioni, quanto mai in divenire, ponendo una serie di interrogativi circa: il rapporto tra ingiustizia del danno e soglia di tollerabilità al di sotto della quale il danno non assume rilevanza giuridica; la risarcibilità del solo danno biologico o anche di altre voci di "pregiudizi esistenziali" attinenti alla salute intesa in senso ampio; la prova del danno con riferimento in particolare al danno *in re ipsa*; la quantificazione in via equitativa ed il problema delle duplicazioni risarcitorie.
A fronte di pronunce che riconoscono il risarcimento anche di una semplice alterazione non patologica della psiche (22), ve ne sono altre che - pur con il pregevole intento di respingere richieste risarcitorie di carattere bagatellare - negano cittadinanza a diritti quali quello alla tranquillità domestica (23) o familiare, spingendosi, in alcuni casi, a parlare di "danni immaginari".
Come ha sottolineato attenta dottrina in questo ultimo caso, «[l]'idea di base è quella secondo cui esisterebbe una soglia sotto la quale una ripercussione di carattere negativo non potrebbe assumere una simile veste» (24). Viene cioè identificata una sorta di linea di confine oltrepassata la quale il mero disagio assurge a dignità di danno, secondo quella «soglia di gravità qualificata cui le Sezioni Unite ancorano il risarcimento del danno non patrimoniale al di fuori delle ipotesi costituenti reato» a cui fa riferimento il Tribunale di Brindisi nella sentenza in commento.
E se è vero che ascoltare Mozart molte ore al giorno forse non causa una patologia clinicamente accertabile, è altrettanto vero, però, che con ogni probabilità può dar luogo a situazioni di disagio psicofisico, alterare la concentrazione nello svolgimento di attività lavorative o di studio, disturbare il ritmo veglia-sonno di un neonato, in una parola arrecare pregiudizio alla tranquillità della vita domestica e familiare ed alla salute, intesa nella sua accezione più lata, delle persone (25).
Si controverte in simili situazioni di pregiudizi che incidono sulla vita e sulle relazioni delle persone e che - laddove siano forniti di specifiche allegazioni, da valutarsi attentamente - reclamano una risposta risarcitoria.
Le pronunce che si rifanno a questo indirizzo "restrittivo" sottendono la necessità di contenere il proliferare delle richieste risarcitorie avutosi negli ultimi anni, molte delle quali sprovviste di qualsivoglia riscontro probatorio. Esse non tengono, pur tuttavia, nella debita considerazione la circostanza che il diritto di proprietà - ed in particolare la casa di abitazione - laddove venga leso genera, con una probabilità vicina alla certezza, una sofferenza morale. L'abitazione, infatti, rappresenta la sede in cui si manifestano gli affetti e, più in generale, in cui si svolge la parte di maggior rilievo, sotto il profilo personale, della vita.
Anche la S.C. non ignora questa circostanza poiché in passato ha affermato che l'immissione «nell'abitazione priva il proprietario (o il titolare) della possibilità di godere nel modo più pieno e pacifico della propria casa e incide sulla libertà di svolgere la vita domestica, secondo le convenienti condizione di quiete. La tutela di questo interesse non si esaurisce con la tutela del profilo obiettivo della proprietà, in

Note:

(22) Cfr. Tribunale L'Aquila 28 ottobre 2008, in *La resp. civ.*, 2011, fasc. 3, 202 ss., con nota di M. Marocchi, *La risarcibilità del danno non patrimoniale da immissioni*; Trib. Milano 17 febbraio 2008, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 9, 1, 893, con nota di D. Covucci: «Il danno alla salute prodotto da immissioni rumorose intollerabili può essere provato e accertato anche in via presuntiva e pur in assenza di c.t.u. medico-legale e di prove testimoniali, potendosi il giudice avvalere della regola di comune esperienza per cui le immissioni rumorose notturne, impedendo il riposo ristoratore, sono di per sé idonee a provocare una lesione al sistema nervoso, e quindi un danno biologico temporaneo di tipo psichico»; Trib. Chiavari 9 agosto 2008, n. 373, in www.ambientediritto.it/, relativa ad un caso in cui è stato condannato il prevosto (in qualità di legale rappresentante) di una chiesa del Comune di Lavagna al risarcimento di 60 mila euro a favore di un'insegnante in pensione. In detta sentenza si afferma: «Si può configurare un danno biologico e il relativo risarcimento morale e alla vita di relazione, nei casi in cui le campane di una parrocchia suonino più volte al giorno, con rintocchi troppo rumorosi, compromettendo la salute». Cfr. Trib. Venezia, sez. Dolo, 4 ottobre 2004, ord., in http://www.reteambiente.it/normativa/7583/, nella quale il Giudice veneziano ha precisato come le immissioni sonore che superano di almeno 3 db il livello del rumore di fondo in una determinata zona eccedendo la normale tollerabilità, siano idonee a ledere, di per sé, il diritto alla salute, potendo determinare delle limitazioni funzionali - pur anche soltanto temporanee - dell'integrità psicofisica degli esseri umani, a prescindere dalla dimostrazione concreta di una vera e propria invalidità permanente.

(23) Cfr. Cass. 8 marzo 2010, n. 5564, cit.; Cass. 20 marzo 2012, n. 4394, in *Ce.d. Cass.*, 2012, nella quale si afferma che «In tema di immissioni (nella specie, di fumo) eccedenti il limite della normale tollerabilità, non può essere risarcito il danno non patrimoniale consistente nella modifica delle abitudini di vita del danneggiato, in difetto di specifica prospettazione di un danno attuale e concreto alla sua salute o di altri profili di responsabilità del proprietario del fondo da cui si originano le immissioni».

(24) P. Ziviz, *Le immissioni intollerabili al vaglio dei principi delle sezioni unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, fasc. 1, 115 ss.

(25) Considerazioni che non possono dirsi estranee alla giurisprudenza, specialmente a quella di merito. Cfr. Trib. Tortona 7 maggio 2004, n. 84, in www.ambientediritto.it «La ricorrenza effettiva del danno morale (o esistenziale) si giustifica con la considerazione, secondo cui, sulla premessa che il corpo umano non è strutturato per difendersi dal rumore, tutto il corpo medesimo (e particolarmente il sistema nervoso) può subire pregiudizio da una presenza costante ed insistita di un rumore al di sopra della soglia di tollerabilità (che è nella specie travalicamento anche della soglia di accettabilità), ciò che evidentemente disturba l'equilibrato succedersi di sonno e veglia, con nocumento conseguente di ogni attività lavorativa e domestica».

quanto il godimento delle cose implica, in fatto, il rapporto tra la persona e la cosa. Nel godimento, invero, si riscontra un momento soggettivo, rappresentato dalle condizioni del titolare, che indubbiamente è rilevante per il diritto» (26).
Può essere d'aiuto in tale frangente - e senza interrogarsi in questa sede per motivi di economia espositiva sulla portata e vincolatività degli stessi - tenere presenti gli orientamenti maturati in seno alla Corte di Giustizia CE ed alla CEDU in argomento.
In sede comunitaria (27) e nell'ambito del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la proprietà sembra rientrare (quasi) pacificamente tra i diritti fondamentali.
Nella Carta dei diritti UE la proprietà viene significativamente collocata nel Titolo II sulla "Libertà", mentre nell'art. 7 viene espressamente riconosciuto il diritto al rispetto della vita privata e familiare, con formula per molti versi simile a quella utilizzata nell'art. 8 della CEDU. Quest'ultimo, al primo comma prevede il "diritto al rispetto della propria vita privata e familiare", nonché del "proprio domicilio e della propria corrispondenza", specificando nel comma successivo i criteri e gli obiettivi che possono fondare una limitazione di tali diritti da parte degli Stati (28).
Nella giurisprudenza della corte CEDU si ravvisa di frequente un collegamento funzionale tra protezione del domicilio e tutela della vita privata e familiare nonché degli altri interessi garantiti dalla norma. Ad esempio nel caso *Lòpez Ostra c. Spagna* (29) la Corte ha affermato che l'inquinamento ambientale (dovuto ad esalazioni provenienti da un impianto di depurazione di acque industriali) si ripercuote negativamente sul benessere delle persone e sulla loro vita privata, impedendo loro di godere della propria abitazione. I giudici hanno concesso all'istante il risarcimento del danno non patrimoniale, sotto forma di danno morale, per aver subito «un innegabile danno morale: oltre alle nocività provocate dall'emanazione di gas, fumi e odori che provenivano dall'impianto, ha patito angoscia ed ansia nel vedere la situazione perdurare e lo stato di salute della figlia aggravarsi» (30).
Nel caso *Giacomelli c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha affermato: «Il rispetto del domicilio va inteso non solo come diritto ad un mero spazio fisico, ma come facoltà di godimento, in tutta tranquillità, di detto spazio. Di conseguenza le relative lesioni non si limitano a violazioni materiali o fisiche (…), ma comprendono anche violazioni immateriali, come il rumore, le emissioni, gli odori o altre forme di interferenze allorché queste impediscono alla persona di godere del proprio domicilio» (31).
La Corte dei diritti umani, accertata la violazione dell'art. 8, ha concesso al ricorrente un risarcimento pari a euro 12.000,00 a titolo di danno morale, pur in mancanza della dimostrazione di altri danni, come ad esempio quello biologico, mancando uno stato di malattia medicalmente accertato.
Queste vicende sottolineano come a livello europeo le giurisdizioni abbiano già preso coscienza che nel caso di immissioni che vadano ad incidere negativamente sul godimento dell'abitazione, non è sempre possibile, né tantomeno utile, scindere e distinguere i diversi interessi lesi.
Al fine di selezionare i danni risarcibili, in ogni modo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo richiede un "livello minimo di gravità", la cui valutazione è relativa e dipende da tutte le circostanze del caso concreto, tenendo conto, ad esempio, della durata delle immissioni nel tempo e dei loro effetti sul corpo e sulla mente (32). Questo "grado sufficiente di gravità" presenta innegabili analogie con il concetto di normale tollerabilità e potrebbe forse dare un contenuto tangibile al "livello di tollerabilità" cui si riferiscono le S.U. nelle sentenze di San Martino onde concedere il risarcimento del danno non patrimoniale.
Sarebbe auspicabile, dunque, in una prospettiva di dialogo tra le giurisdizioni e di influenza esegetica ed applicativa tra i diversi testi che codificano i diritti

Note:

(26) Cass., sez. un., 15 ottobre 1998, n. 10186, cit.

(27) V. in argomento, con particolare riferimento alla distinzione tra"diritto di proprietà", "regime di proprietà" e "tutela della proprietà", M. Jaeger, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 349 ss.

(28) Art. 8 Diritto al rispetto della vita privata e familiare: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

(29) Corte Eu. Dir. Uomo 9 dicembre 1994, caso *Lòpez Ostra c. Spagna*, pubblicata in lingua italiana in M. De Salvia-V. Zagrebelsky, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Milano, 2006, II, 322.

(30) Corte Eu. Dir. Uomo 9 dicembre 1994, caso *Lòpez Ostra c. Spagna*, par. 65.

(31) Corte Eu. Dir. Uomo 2 novembre 2006, caso *Giacomelli c. Italia*, in *Foro amm.*, 2006, 2683 e *ivi*, 2929. La fattispecie riguardava immissioni di rumore e di gas nocivi provenienti da un impianto di trattamento di rifiuti industriali ubicato in prossimità della sua abitazione.

(32) Considerazioni esplicitate dalla Corte ad esempio in relazione al caso *Fadeyeva c. Russia*, Corte Eu. Dir. Uomo 9 giugno 2005, par. 69.

fondamentali, una rinnovata riflessione sugli interessi che (non) ricevono tutela costituzionale nel nostro ordinamento.

La "normale tollerabilità" tra legislazione settoriale e codice civile

Venendo all'esame del problema circa l'individuazione della soglia massima di tollerabilità delle immissioni, è bene partire dalle considerazioni espresse dalla Cassazione nell'ormai lontano 1957, in base alle quali «[n]on esiste nella legge un metro in base al quale aritmeticamente stabilire il limite di tollerabilità delle immissioni, giacché in questa materia domina il caso per caso, essendo affidato al giudice un compito moderatore ed equilibratore da esercitarsi volta per volta con equo e prudente apprezzamento, nel quadro delle direttive di legge, in relazione alle singole situazioni particolari all'entità degli interessi in conflitto, tenuto altresì conto delle esigenze della convivenza sociale e della funzione sociale della proprietà» (33).

L'art. 844 c.c., come anticipato, non fissa in una misura predeterminata la soglia al di là della quale le immissioni sono da considerare intollerabili. Tale compito è appannaggio dell'interprete, il quale dovrà riempire di contenuti il concetto elastico di "normale tollerabilità" in funzione delle peculiarità del caso concreto.

Le modalità concrete per valutare l'effettiva portata di una fonte di immissioni acustiche, nonché la relativa tollerabilità per gli individui che vi sono sottoposti, si sono articolate nel corso del tempo in due orientamenti: a) quello che fa ricorso al c.d. "criterio assoluto", il quale prevede la fissazione di una soglia limite di rumorosità e valuta se l'immissione sonora in contestazione sia tollerabile o meno a seconda che essa sia inferiore o superiore a quella certa soglia, a prescindere dalle condizioni generali dell'ambiente circostante e dall'eventuale presenza di altre fonti di inquinamento acustico rilevante; b) quello che fa ricorso al "criterio comparativo", il quale fissa come punto di riferimento il rumore di fondo (34) dell'ambiente circostante (ovvero la somma degli effetti acustici prodotti dalle sorgenti sonore che interessano una determinata zona) e giudica intollerabili le immissioni che superino il rumore di fondo oltre una certa soglia.

Tali due criteri sono emersi in particolare dall'applicazione in campo pubblicistico di alcune normative settoriali: il riferimento è al d.p.c.m. 1° marzo 1991 (35), il quale regola l'inquinamento acustico per il tramite della determinazione dei limiti massimi assoluti differenziati per zone, e dei limiti - per così dire - relativi, consistenti in una differenza massima da non superare, rispetto al livello del rumore ambientale, variabile in funzione dell'intervallo di riferimento (differenza di 3 db per il periodo notturno e di 5 db per il periodo diurno) (36); nonché al d.p.c.m. 14 novembre 1997 (37),che regola la determinazione dei valori limite delle sorgenti sonore, attuativo della Legge quadro sull'inquinamento acustico 26 ottobre 1995, n. 447.

La giurisprudenza ha adottato in larghissima maggioranza il criterio relativo-comparativo (38), sia

Note:

(33) Cass., sez. un., 26 ottobre 1957, n. 4156, in *Giust. civ.*, 1958, I, 41. In senso conforme *ex multis* si veda Cass. 12 febbraio 2010, n. 3438, in *C.e.d. Cass.*, 2010, «Il limite di tollerabilità delle immissioni non ha carattere assoluto ma è relativo alla situazione ambientale, variabile da luogo a luogo, secondo le caratteristiche della zona e le abitudini degli abitanti; spetta, pertanto, al giudice di merito accertare in concreto il superamento della normale tollerabilità e individuare gli accorgimenti idonei a ricondurre le immissioni nell'ambito della stessa».

(34) Cfr. T.a.r. Liguria, sez. I, 15 marzo 2010, n. 1166, in www.ambientediritto.it: «Il rumore ambientale è costituito dall'insieme del rumore residuo, dove per tale si intende il rumore rilevato quando si esclude la specifica sorgente disturbante, e da quello che prodotto dalla specifica sorgente disturbante».

(35) D.p.c.m. 1° marzo 1991, pubblicato sulla G.U. 8 marzo 1991, n. 57, recante «Limiti massimi di esposizione al rumore negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno».

(36) Cfr. T.a.r. Liguria, sez. I, 15 marzo 2010, n. 1166, in www.ambientediritto.it: «Tenendo presente la definizione di rumore residuo che è il rumore che residua una volta eliminata la sorgente disturbante, il valore differenziale esprime lo specifico grado di inquinamento acustico della specifica fonte disturbante. In altre parole il valore differenziale esprime il contributo che una specifica fonte dà al livello di inquinamento generale. I valori limite sono di 5 db per il periodo diurno e di 3 db per il periodo notturno (art. 4 d.p.c.m. 14 novembre 1997). Tali valori differenziali non si applicano quando comunque il rumore ambientale è al di sotto di determinati valori e precisamente 50 db(A) per il periodo diurno e 40 db (A) per il periodo notturno misurati a finestre aperte e 35 db(A) per il periodo diurno e 25 db (A) per il periodo notturno misurati a finestre chiuse. Si tratta ovviamente di limiti da applicarsi disgiuntamente nel senso che anche il superamento di uno solo di essi consente l'applicazione del valore differenziale. Ciò è fatto palese dalla circostanza che il rumore viene definito in tali casi trascurabile. Orbene è evidente che, essendo il rumore sempre lo stesso, per ritenersi trascurabile non deve superare i parametri di cui sopra per cui il superamento anche di uno solo di essi implica l'applicazione dei valori limite differenziali».

(37) D.p.c.m. 14 novembre 1997, in G.U. 1° dicembre 1997, n. 280.

(38) Cfr. Cass. 5 agosto 2011, n. 17051, in *C.e.d. Cass.*, 2011: «Il limite di tollerabilità delle immissioni rumorose non è mai assoluto, ma relativo alla situazione ambientale, variabile da luogo a luogo, secondo le caratteristiche della zona e le abitudini degli abitanti, e non può prescindere dalla rumorosità di fondo, ossia dalla fascia rumorosa costante, sulla quale vengono ad innestarsi i rumori denunciati come immissioni abnormi (c.d. criterio comparativo), sicché la valutazione *ex* art. 844 c.c., diretta a stabilire se i rumori restino compresi o meno nei limiti della norma, deve essere riferita, da un lato, alla sensibilità dell'uomo medio e, dall'al-

(segue)

perché è quello che meglio risponde alla necessità di considerare la condizione dei luoghi, sia a motivo della rigidità dei parametri regolamentari indicati dal legislatore, impermeabili alla valutazione di tutte quelle particolari condizioni che normalmente connotano le singole fattispecie.
Il limite della normale tollerabilità, invero, ha carattere relativo, non assoluto, esso va identificato avendo riguardo al caso concreto, tenendo conto di un insieme di fattori quali le condizioni naturali e sociali dei luoghi, le attività in essi normalmente praticate, le abitudini della popolazione ivi presente, la rumorosità di fondo della zona, ecc.
Anche per tali motivi i giudici civili ed amministrativi sono pressoché univoci nel ritenere del tutto ininfluente - ai fini dell'accertamento civilistico dell'intollerabilità dell'inquinamento acustico - la normativa pubblicistica in materia, di cui al già citato d.p.c.m. 1° marzo 1991, o alla l. 26 ottobre 1995, n. 447, o ancora al d.p.c.m. 14 novembre 1997 (in G.U. 1° dicembre 1997, n. 280), sulla determinazione dei valori limite delle sorgenti sonore.
È massima consolidata, infatti, quella secondo cui: «*Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri* in data 1° marzo 1991, il quale, nel determinare le modalità di rilevamento dei rumori ed i limiti di tollerabilità in materia di immissioni rumorose, al pari dei regolamenti comunali limitativi dell'attività rumorosa, fissa, quale misura da non superare per le zone non industriali, una differenza rispetto al rumore ambientale pari a 3 db in periodo notturno e in 5 db in periodo diurno, persegue finalità di carattere pubblico ed opera nei rapporti tra i privati e la P.A. Le disposizioni in esso contenute, perciò, non escludono l'applicabilità dell'art. 844 cod. civ. nei rapporti tra i privati proprietari di fondi vicini» (39).
A ben vedere ciò che differisce in maniera evidente sono i presupposti per l'applicazione delle due discipline. «Il presupposto per l'applicazione dell'art. 844 del cod. civ. è la produzione di un danno al proprietario del fondo vicino, mentre il presupposto per l'applicazione dell'art. 9 della legge n. 447 del 1995 è la sussistenza di eccezionali ed urgenti necessità di tutela della salute pubblica o dell'ambiente» (40).
Il rapporto tra le due discipline, privatistica e pubblicistica - ed in special modo la coesistenza dei limiti da questa dettati con il concetto di normale tollerabilità previsto dall'art. 844 c.c. - nonché la relativa qualificazione di liceità/illiceità delle immissioni, sono stati approfonditi e definiti dalla giurisprudenza nel corso del tempo, fino a giungere ad un assetto che potremmo definire stabile, di cui le sentenze in commento sono la testimonianza.
I principi che regolano e perimetrano i confini delle reciproche interferenze tra le discipline si possono così riassumere.
I criteri stabiliti dalla normativa pubblicistica, come ad esempio i criteri stabiliti dal d.p.c.m. 1° marzo 1991 in materia di limiti massimi di esposizione al rumore, benché dettati per la tutela generale del territorio, possono essere utilizzati come parametro di riferimento per stabilire l'intensità e, di conseguenza, la soglia di tollerabilità delle immissioni rumorose nei rapporti tra privati.
Tali criteri, in ogni caso, devono essere considerati come un limite "minimo" e non "massimo" nel senso che, mentre il superamento delle soglie previste dalla normativa settoriale determina necessariamente la violazione dell'art. 844 c.c. e la qualificazione in termini di illiceità delle immissioni, il loro rispetto, al contrario, non costituisce presunzione di liceità delle stesse (41).

Note:

(continua nota 38)

tro, alla situazione locale. Spetta al giudice del merito accertare in concreto gli accorgimenti idonei a ricondurre tali immissioni nell'ambito della normale tollerabilità»; Tribunale Latina, sez. stacc. Gaeta, 19 maggio 2007, n. 723, in www.ambientediritto.it, «I criteri previsti dal D.P.C.M. 1° marzo 1991 e 14 novembre 1997 sono applicabili esclusivamente al rapporti di natura pubblicistica, intercorrenti tra la Pubblica Amministrazione preposta alla tutela della salute ed al correlativo interesse pubblico protetto ed i privati che esercitino le attività ivi contemplate. Diversamente, ove occorre verificare se siano stati superati i livelli di normale tollerabilità, può farsi riferimento al criterio comparativo - che consiste nel confrontare il livello medio dei rumori di fondo con quello del rumore rilevato nel luogo interessato dalle immissioni ritenendosi, dalla prevalente giurisprudenza, superato il livello di normale tollerabilità ove l'intensità del rumore prodotto sia superiore a tre decibel al livello sonora di fondo».

(39) Cfr. Cass. 1° febbraio 2011, n. 2319, in *C.e.d. Cass.*, 2011. Nel senso che la disciplina sull'inquinamento acustico e quella civilistica trovino applicazione in ambiti differenti v. Cass. 13 settembre 2000, n. 12080, in *Riv. giur. edil.*, 2000, I, 1053; Cass. 3 agosto 2001, n. 10735, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 716; Cass. 20 agosto 2004 n. 16346, in www.ambientediritto.it; nello stesso senso: Trib. Latina, sez. stacc. Gaeta, 19 maggio 2007, n. 723, in www.ambientediritto.it; T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 11 novembre 2009, n. 5007, in www.ambientediritto.it, secondo cui «Il Comune ha il dovere di garantire per motivi di salute pubblica che la soglia del rumore prodotta nell'ambiente dalle varie attività umane non superi i livelli stabiliti dalla normativa per evitare forme di inquinamento acustico e ciò niente ha a che vedere con la tutela apprestata dall'ordinamento attraverso l'istituto regolato dall'art. 844 c.c.»; Trib. Reggio Emilia 17 luglio 2007, inedita.

(40) T.a.r. Veneto, sez. III, 1° marzo 2010, n. 587, in www.ambientediritto.it.

(41) I principi in narrativa si rinvengono costantemente nelle massime di merito e di legittimità. Si citano qui *ex multis*: Cass. 17 gennaio 2011, n. 939, in *Giur. it.*, 2011, 7, 1519, nella quale si legge «In materia di immissioni va ribadito il principio secondo cui "*mentre è senz'altro illecito il superamento dei limiti di accettabilità stabiliti dalla leggi e dai regolamenti che, disciplinando le attività produttive, fissano nell'interesse della collettività le*

(segue)

Quanto al criterio del contemperamento degli interessi sancito dal secondo comma dell'art. 844, esso deve essere letto tenendo conto che il limite della tutela della salute è da ritenersi orami intrinseco nell'attività di produzione - oltre che nei rapporti di vicinato - alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, dovendo considerarsi prevalente, rispetto alle esigenze della produzione, il soddisfacimento di una normale qualità della vita (42).
Dunque, nel caso in cui le esigenze della produzione entrino in conflitto con quelle del diritto alla salute, connesse alla fruibilità dell'immobile soggetto alle immissioni, è a quest'ultimo che va attribuita preminenza, costituendo il rispetto di tale primario diritto un limite intrinseco all'esercizio di quello di iniziativa economica e libero esercizio dell'attività imprenditoriale.
Va detto in questa sede che quella parte della dottrina che disconosce l'operatività della regola (*rectius*, delle regole) detta dall'art. 844 c.c. qualora siano dedotte situazioni soggettive diverse dagli interessi di natura patrimoniale inerenti il governo dei fondi, offre una diversa esegesi del criterio del "contemperamento" anzidetto.
Esso svolgerebbe, così, due funzioni: «[u]na prima per così dire compensativa, di ristoro per il proprietario cui sia imposto di subire l'altrui attività pregiudizievole; mentre la seconda, che si potrebbe in senso proprio chiamare deterrente, consiste nel riaggregare al processo produttivo i costi che esso proietta all'esterno» (43).
Anche in tal caso, come si è già accennato, la lettura attraverso gli "occhiali epistemologici" forniti dalla *L&E*, consente di indagare il fenomeno giuridico secondo prospettive inusitate, attraverso tecniche familiari all'economista, ma inconsuete per il giurista, le quali presentano l'innegabile pregio di arricchire lo strumentario euristico di quest'ultimo.
Il criterio del c.d. "preuso", infine, come evidenziato dalla collocazione della disposizione nell'ultima parte dell'art. 844 c.c., ha natura meramente sussidiaria e costituisce una *extrema ratio* cui il giudicante può, con prudente apprezzamento di fatto, ricorrere nel contemperare le opposte esigenze (44).
In ogni caso, l'accertamento del superamento della soglia di normale tollerabilità comporta nella liquidazione del danno da immissioni, sussistente in *re ipsa*, l'esclusione di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso, in quanto venendo in considerazione, in tale ipotesi, unicamente l'illiceità del fatto generatore del danno arrecato a terzi, si rientra nello schema dell'azione generale di risarcimento danni di cui all'art. 2043 c.c. e specificamente, per quanto concerne il danno alla salute, nello schema del danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c. (45).

Il controverso art. 6 *ter* della l. n. 13/2009

Su questo assetto di rapporti raggiunto dalla giurisprudenza tra legislazione pubblicistica e norma civilistica, sembrerebbe voler incidere - spostando l'ago della bilancia a favore della normativa setto-

Note:

(continua nota 41)
modalità di rilevamento dei rumori e i limiti massimi di tollerabilità, l'eventuale rispetto degli stessi non può far considerare senz'altro lecite le immissioni, dovendo il giudizio sulla loro tollerabilità formularsi a stregua dei principi di cui all'art. 844 c.c.". Tale principio, nella sua prima parte, si basa sull'evidente considerazione che, se le emissioni acustiche superano, per la loro particolare intensità e capacità diffusiva, la soglia di accettabilità prevista dalla normativa speciale a tutela di interessi della collettività così pregiudicando la quiete pubblica, a maggior ragione le stesse, ove si risolvano in immissioni nell'ambito della proprietà del vicino, ancor più esposto degli altri, in ragione della vicinanza, ai loro effetti dannosi, devono per ciò solo considerarsi intollerabili ai sensi dell'art. 844 c.c. e pertanto illecite anche sotto il profilo civilistico»; Cass. 8 marzo 2010, n. 5564, cit.; Trib. Sanremo, sez. I, 13 gennaio 2003, in www.ambientediritto.it, «I criteri stabiliti dal D.P.C.M. 1 marzo 1991 per la determinazione dei limiti massimi di esposizione al rumore, benché dettati per la tutela generale del territorio, possono esser utilizzati come parametro di riferimento per stabilire l'intensità, e di riflesso, la soglia di tollerabilità delle immissioni rumorose nei rapporti tra privati purché, però, considerati come un limite minimo e non massimo, dato che i suddetti parametri sono meno rigorosi di quelli applicabili nei singoli casi ai sensi dell'art. 844 cod. civ., con la conseguenza che, in difetto di altri dati, il loro superamento determina necessariamente la violazione della predetta norma. (Cass. 18 aprile 2001 n. 5697)»; App. Torino 23 marzo 1993, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 343.
Contra, Trib. Lucca 30 novembre 2009, in *Arch. loc. cond.*, 2010, 297, e in *Foro it.*, 2010, 2, 1, 683, in cui si afferma che «Le immissioni sonore non possono essere considerate intollerabili, ove il rumore proveniente dal fondo del vicino rispetti i limiti, assoluti e differenziali, che la normativa di riferimento pone rispettivamente a tutela di interessi generali e a presidio degli interessi specifici del vicino», «In materia di immissioni acustiche, la legislazione speciale detta precisi limiti c.d. "assoluti" (o "di attenzione") e "differenziali" (rispetto al rumore di fondo), il cui superamento è di per sé indice di intollerabilità ed il cui rispetto, viceversa, non lascia spazio per la definizione di limiti inferiori ed esclude la intollerabilità, con la conseguenza che ipotizzare limiti di tollerabilità agli effetti dell'art. 844 c.c. diversi e più stretti rispetto ai limiti differenziali di legge si tradurrebbe in una inammissibile disapplicazione di questi ultimi»; Trib. Genova 7 ottobre 2009, ord., in www.personaedanno.it.

(42) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6612, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass. 8 marzo 2010, n. 5564, cit.

(43) R. Pardolesi, *Circolazione del fondo soggetto ad "immissioni industriali" e diritto all'indennizzo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 410.

(44) Cass. 12 aprile 2011, n. 8367, in www.ambientediritto.it; Cass. 6 settembre 2011, n. 18262, in *Pluris online*.

(45) Cass. 13 marzo 2007, n. 5844, in *Giur. it.*, Mass. 2007; Trib. Crotone 3 giugno 2008, in *Pluris online*; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6612, cit.

riale - la l. 27 febbraio 2009, n. 13, di conversione con modificazioni, del d.l. 30 dicembre 2008, n. 208 recante misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente.
In particolare l'art. 6 *ter* di tale provvedimento sembrerebbe voler privilegiare l'applicazione dei decreti attuativi della Legge quadro sull'inquinamento acustico n. 447/1995 al fine di individuare i limiti di tollerabilità.
Detto articolo, rubricato significativamente "Normale tollerabilità delle immissioni acustiche", stabilisce che: «Nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'articolo 844 del codice civile, sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso».
L'art. 6 *ter* ha suscitato un certo allarme in una parte della dottrina (46), la quale ha interpretato il precetto nel senso che imponga all'autorità giudiziaria di applicare in ogni caso le disposizioni di legge e regolamento vigenti, nell'accertamento della normale tollerabilità delle immissioni acustiche. Ciò comporterebbe, indubbiamente, una sensibile restrizione della discrezionalità valutativa del giudice - circoscritta *ex lege* nei ristretti limiti tabellari dettati dalle norme - nello specifico campo delle immissioni acustiche.
Secondo questa lettura la nuova norma limiterebbe «la stessa portata (inibitoria e risarcitoria) dell'autotutela riportandola ad un valore normale tipico delle leggi speciali» (47).
Vero è che, però, che ad un più attento esame la formulazione letterale della norma non è poi così limpida e non giustifica lo spostamento del baricentro del giudizio a favore delle norme di settore.
L'utilizzo della locuzione "sono fatte salve", infatti, non denota l'intento del legislatore di vincolare il giudice civile ai limiti tabellari in sede di accertamento della normale tollerabilità. Se questo fosse stato lo scopo perseguito dalla norma altre espressioni sarebbero state opportune e necessarie (il giudice *deve* tener conto; nella valutazione della tollerabilità *occorre tenere in ogni caso* in conto … ecc.).
Il rapporto tra norma civilistica e norma pubblicistica sembra dunque rimanere impregiudicato, anche a motivo dell'irragionevole riferimento operato dall'art. 6 *ter* alle disposizioni di legge e regolamento che disciplinano "specifiche sorgenti" (48), residuando altrimenti il dubbio circa i criteri da seguire nel giudizio sulla tollerabilità, nel caso in cui non esista una specifica sorgente disciplinata da una normativa *ad hoc*.
Concludendo, il tentativo di legare il giudizio sulla intollerabilità delle immissioni acustiche ai parametri normativamente fissati (se di ciò si tratta) si presenta incoerente quanto ai mezzi utilizzati, quantomeno inidonei a vincolare il sindacato giudiziale; irragionevole e di dubbia legittimità costituzionale (49) quanto al suo contenuto normativo, riferendosi solo alle immissioni acustiche e trascurando tutti gli altri ambiti di applicazione dell'art. 844 c.c.; inopportuno quanto al contesto in cui si inserisce, incidendo su rapporti spiccatamente interprivatistici sui quali la legislazione pubblicistica non può esplicare alcuna pretesa *Drittwirkung*.

Note:

(46) Cfr. S. Maglia-M.A. Labarile, *Immissioni rumorose: pericolose (e "silenziose") novità*, in *Ambiente e Svil.*, 5, 2009, 423 ss; S. Rosolen-S. Corbetta, *Per le immissioni acustiche forniti alcuni chiariementi sulla "normale tollerabilità"*, in *Ambiente e sicurezza*, 7, 2009, 83 ss.; S. Filippi, *Immissioni intollerabili e risarcimento del danno non patrimoniale all'indomani della "comunitarizzazione" dei principi Cedu*, in *La resp. civ.*, 2010, fasc. 4, 285 ss.

(47) S. Maglia-M.A. Labarile, *Immissioni rumorose: pericolose (e "silenziose") novità*, cit., 429.

(48) Si rinvengono in materia le seguenti fonti di secondo grado: D.P.C.M. 1° marzo 1991 "Limiti massimi di esposizione al rumore negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno"; D.P.C.M. 11 dicembre 1996 "Applicazione del criterio differenziale per gli impianti a ciclo continuo"; D.P.C.M. 14 novembre 1997, "Determinazione dei valori limite delle sorgenti sonore"; D.P.C.M. 31 ottobre 1997, "Metodologia di misura del rumore aeroportuale"; D.P.C.M. 5 dicembre 1997, "Determinazione dei requisiti acustici passivi degli edifici"; D.P.C.M. 16 marzo 1998 "Tecniche di rilevamento e misurazione dell'inquinamento acustico"; d.P.R. 18 novembre 1998, n. 459 "Regolamento recante norme di esecuzione dell'articolo 11 della legge 26 ottobre 1995, n. 447, in materia di inquinamento acustico derivante da traffico ferroviario"; D.P.C.M. 16 aprile 1999, n. 215, "Regolamento recante norme per la determinazione dei requisiti acustici delle sorgenti sonore nei luoghi di intrattenimento danzante e di pubblico spettacolo e nei pubblici esercizi"; Decreto del Ministro dell'Ambiente 20 maggio 1999, "Criteri per la progettazione dei sistemi di monitoraggio per il controllo dei livelli di inquinamento acustico in prossimità degli aeroporti nonché criteri per la classificazione degli aeroporti in relazione al livello di inquinamento acustico"; d.P.R. 9 novembre 1999, n. 476, Regolamento recante modificazioni al d.P.R. 11 dicembre 1997, n. 496, concernente il divieto di voli notturni; d.P.R. 3 aprile 2001, n. 142, "Regolamento recante delle emissioni sonore prodotte nello svolgimento di attività motoristiche che costituiscono uno dei decreti attuativi della legge 26.11.1995, n. 447"; d.P.R. 30 marzo 2004, n. 142 "Disposizioni per il contenimento e la prevenzione dell'inquinamento acustico derivante dal traffico veicolare".

(49) In tal senso v. M.A. Mazzola, *Quando entra il legislatore sparisce il rumore! (*Excursus *dell'art. 6*-ter *l. 27 febbraio 2009, n. 13)*, in http://www.personaedanno.it; P.A. De Santis, Quosque tandem, Catilina, abutere patientia nostra? *Sul concetto di «normale tollerabilità" delle immissioni acustiche alla luce della l. n. 13 del 2009*, in *Giur. merito*, 2009, 2670 ss.

Responsabilità della casa di cura verso i congiunti del paziente. Natura

La Cassazione "dimentica" il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio?

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 8 maggio 2012, n. 6914 - Pres. Petti - Est. Barreca - P.M. Policastro - G.M. c. CASA DI SOGGIORNO SUOR FILIPPINA DI GRIGNO APSP

È pur vero che la più recente giurisprudenza di questa Corte ha definitivamente riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento contrattuale. Tuttavia, ove un terzo (nella specie, congiunto) chieda il risarcimento del danno non patrimoniale da se stesso patito a causa dell'inadempimento della casa di cura nei confronti del paziente/contraente, le coordinate entro le quali va inscritta la domanda sono necessariamente quelle della responsabilità aquiliana, con la conseguenza che spetta all'attore l'onere di provare l'esistenza di comportamenti colposi della struttura.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Non si rinvengono precedenti in termini.
Difforme	Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754; Cass. 30 marzo 2011, n. 7256; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

Il primo motivo - che lamenta la violazione di legge - sostiene che il danno non patrimoniale (richiesto dalla ricorrente) è risarcibile anche in ipotesi di inadempimento contrattuale, sicché, "sussistendo un rapporto contrattuale tra degente e casa di riposo ... deve trovare applicazione l'art. 1218 c.c., con relativa inversione dell'onere della prova a carico del debitore (casa di riposo)".

Il secondo motivo, censurando la violazione di legge, sostiene, sul presupposto della configurabilità della responsabilità contrattuale, che, a norma dell'art. 1218 c.c., la casa di riposo avrebbe dovuto provare che il proprio inadempimento era stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a sé non imputabile.

Il terzo motivo censura la sentenza per errata valutazione delle prove e per vizio della motivazione.

Il quarto motivo lamenta che il giudice non abbia fatto ricorso (come avrebbe dovuto) alle presunzioni.

Il quinto motivo ritorna sul tema dell'errata valutazione degli elementi di prova raccolti nell'istruttoria.

I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, sono in parte inammissibili ed in parte infondati.

Sono inammissibili laddove introducono una serie di questioni in fatto per ottenere dalla Corte di legittimità una nuova e diversa valutazione delle prove e, dunque, un giudizio di merito che è precluso in cassazione.

Sono infondati quanto alle doglianze di violazione di legge e vizio della motivazione. Infatti, è pur vero che la più recente giurisprudenza di questa Corte ha definitivamente riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento contrattuale. Tuttavia, nella specie, correttamente il giudice ha escluso la configurabilità della responsabilità contrattuale, posto che (come la stessa ricorrente riconosce) il rapporto contrattuale è intercorso tra la stessa casa di riposo e la ricoverata, non certo tra la prima e la figlia della seconda.

Sicché, la tesi della ricorrente sarebbe stata legittimamente prospettata nel caso in cui la G. avesse domandato il risarcimento del danno proprio della vittima (effettiva contraente nel rapporto con la casa di cura); ella, invece, chiede il risarcimento del danno non patrimoniale da sé stessa subito a causa della morte della madre, con la conseguenza che l'ambito risarcitorio nel quale la domanda deve essere inquadrata è necessariamente di natura extracontrattuale.

Il giudice, dunque, in maniera altrettanto corretta, ha individuato l'onere della prova a carico dell'attrice (quello

proprio della responsabilità aquiliana) ed ha concluso che l'evento mortale verificatosi era affatto imprevedibile da parte della struttura ospitante, con conseguente impossibilità di rimproverarle comportamenti di natura colposa.
Quanto al lamentato vizio della motivazione, basti dire che questa si manifesta logica e congrua in ordine a tutti i punti controversi, né la ricorrente prospetta fatti decisivi in ordine ai quali il giudice non abbia argomentato.
Quanto, infine, al mancato ricorso alla prova presuntiva, occorre ricordare che la censura per vizio di motivazione in ordine all'utilizzo o meno del ragionamento presuntivo non può limitarsi ad affermare un convincimento diverso da quello espresso dal giudice di merito, ma deve fare emergere l'assoluta illogicità e contraddittorietà del ragionamento decisorio, restando peraltro escluso che la sola mancata valutazione di un elemento indiziario possa dare luogo al vizio di omesso esame di un punto decisivo (tra le varie, cfr. Cass. n. 8023/2009).
In conclusione, il ricorso deve essere respinto, con condanna della ricorrente a rivalere la controparte delle spese sopportate nel giudizio di cassazione.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Daniela Zorzit (*)

La pronuncia in commento apre scenari nuovi e, per certi aspetti, è suscettibile di provocare conseguenze di notevole impatto, offrendo spunti per una "rivisitazione" delle linee di confine tra responsabilità contrattuale ed aquiliana. La questione - che tocca implicitamente anche le sorti del cd. contratto con effetti protettivi - assume particolare rilievo nell'ambito della r.c. sanitaria, ove il problema della tutela del danneggiato (e dei "terzi" che orbitano intorno alla sua sfera) appare estremamente attuale. La sentenza diviene dunque occasione per una (ri)lettura - in chiave storica e critica - degli orientamenti giurisprudenziali che parevano consolidati.

Una (almeno apparente) cesura con l'orientamento consolidato

Leggendo la pronuncia in commento mi sono tornati alla memoria i versi di Virgilio che, con straordinaria potenza espressiva, tratteggia nella sua più intima essenza la *pietas* filiale: di fronte all'incendio che sta devastando Troia, Enea non dubita neppure un istante di salvare il padre Anchise (ormai infermo) e, con grande naturalezza, lo solleva sulle spalle e lo porta via con sé.
Questo legame - di sangue e di cuore, intimo ed al tempo stesso antico - fa da sfondo alla vicenda oggetto della sentenza in esame ed offre lo spunto per qualche riflessione volta a verificare i presupposti e gli eventuali limiti del *dictum*.
Il caso trattato riguarda il suicidio di una anziana paziente avvenuto all'interno di una casa di riposo: la figlia della signora ("terza" rispetto al contratto stipulato con l'istituto) chiede, *ex* art. 1218 c.c., il risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita della madre (rimproverando alla struttura comportamenti colposi di omesso controllo). Il giudice di merito rigetta la domanda e la Cassazione conferma la decisione osservando che l'ambito entro il quale la pretesa doveva essere ricondotta «è necessariamente» quello aquiliano.
A dire la verità, l'arresto desta un certo stupore perché segna una (almeno apparente) cesura con l'orientamento che pareva ormai consolidato: la Suprema Corte sembra aver dimenticato (o, tra le righe, rinnegato?) il c.d. "contratto con effetti protettivi a favore del terzo" che, peraltro, specie nell'ambito della responsabilità "sanitaria" (1), già godeva di cittadinanza onoraria, tanto da ricevere l'*imprimatur* delle Sezioni Unite del Novembre 2008 (2).

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Si veda, in particolare, Cass. 30 marzo 2011, n. 7256, in www.dejure.it (relativa ad un caso di gravi lesioni subite da un neonato in conseguenza di inadeguata assistenza al parto): la Corte ha dichiarato manifestamente infondato il motivo di ricorso con cui si censurava la decisione di merito nella parte in cui aveva ritenuto che dall'inadempimento del contratto di spedalità derivassero obbligazioni risarcitorie nei confronti di soggetti diversi dal paziente ricoverato (nella specie il marito della gestante e l'altra figlia della coppia); sul punto, gli Ermellini osservano che «*il contratto che si instaura tra il paziente e la struttura sanitaria ben può comportare effetti protettivi anche per i terzi qualificati, come gli stretti congiunti*, secondo un approdo sancito definitivamente da Cass., sez. un., n. 26972/2008, la quale ha stabilito che anch'essi vantano un diritto al risarcimento quante volte, come nella specie, il pregiudizio subito attenga alla lesione di un diritto inviolabile della persona del quale siano essi stessi titolari».

(2) Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in questa *Rivista*, 2009, I «4.3. Vengono in considerazione, anzitutto, i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si conclu-

(segue)

Conviene dunque ripercorrere brevemente le linee della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale al fine di meglio individuare i confini entro cui la pronuncia in esame si inscrive ed i possibili nuovi orizzonti che essa - forse - dischiude.

Dagli obblighi di protezione al contratto con effetti protettivi a favore del terzo

L'indagine non può che prendere avvio dalla teoria dei cd. obblighi di protezione: l'argomento, oggetto di autorevoli studi (3), rappresenta il *primum movens* di un percorso che, nei suoi più articolati e sottili sviluppi, ha in qualche modo influenzato il pensiero delle corti, finendo con l'essere (seppure a volte tralatiziamente) recepito e tradotto in sentenza.

La centralità del tema si lascia apprezzare alla luce dei recenti arresti in cui appaiono riflessi i risultati di questa elaborazione, assurta a vera e propria chiave di volta di un orientamento teso alla ricerca di una maggior tutela del danneggiato; la mente corre alle pronunce in materia di "lesioni provocate al nascituro" (4) o, più in generale, alle decisioni che (talvolta senza una esplicita motivazione sul punto) chiamano il medico e la struttura a rispondere, *ex* art. 1218 c.c., anche nei confronti di soggetti estranei al vincolo (5). E così è ormai frequente leggere le seguenti massime: «Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze» (6).

In tali decisioni è chiara l'eco degli apporti dottrinali cui si faceva cenno; e se ne coglie altresì la ulteriore evoluzione: una volta ammessa l'esistenza di "obblighi di protezione" *inter partes* ed *ex contractu*, il passo successivo è stato quello di estenderne la portata a (certi) terzi, sì da consentire ad essi di beneficiare di una disciplina più vantaggiosa rispetto a quella *ex* art. 2043 c.c.

Resta peraltro da capire se una simile operazione trovi davvero un serio fondamento giuridico o se, invece, poggi su discutibili basi: il *dictum* in commento, sotto questo profilo, potrebbe essere letto come un segnale nella direzione di un cambiamento. Per orientarsi tra i marosi di un ampio, ricco e variegato panorama concettuale, conviene dunque tracciare qualche punto di riferimento cui ancorare alcune (in realtà poche) convinzioni; il tutto in uno

Note:

(continua nota 2)

dono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali.
In tal senso si esprime una cospicua giurisprudenza di questa Corte, che ha avuto modo di inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale la responsabilità del medico e della struttura sanitaria (sent. n. 589/1999 e successive conformi, che, quanto alla struttura, hanno applicato il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato), e di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto, e quindi, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita (sent. n. 11503/1003; n. 5881/2000); ed al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata (sent. n. 6735/2002; n. 14488/2004; n. 20320/2005)».

(3) In Italia i primi ad occuparsi degli obblighi di protezione sono stati U. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, I, 66 ss. e L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1954, I, 368, nonché C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI.

(4) Cass. n. 11503/1993, in *Giust. civ.*, Mass. 1993, fasc. 11, ha fatto riferimento alla figura del contratto con effetti protettivi (tra gestante e struttura) per giustificare la tutela *ex* art. 1218 c.c. del nascituro. Nello stesso senso *ex plurimis* Cass. n. 11001/2003, in www.dejure.it; Cass. n. 13066/2004, in www.dejure.it; Cass. n. 14488/2004, in *Giust. civ.*, 2005, 1, I, 121; Cass. n. 10741/2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, 2063; Cass. n. 13/2010, in www.dejure.it. Con riferimento al riconoscimento della legittimazione del padre all'azione di danni (*ex contractu*) si vedano Cass. n. 9735/2002, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1490;. Cass. n. 14488/2004; Cass. n. 20320/2005; Cass. n. 16123/2006; Cass. n. 10741/2009.

(5) Nell'ambito della responsabilità cd. sanitaria è significativa Cass. 30 marzo 2011, n. 7256 cit. alla nota 1. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Venezia 9 febbraio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 5, 1280, si limita a dare per «pacifica» la natura della responsabilità contrattuale della struttura anche in relazione ai danni patiti *iure proprio* dalla moglie e dai figli del malato, deceduto per effetto di negligenza degli operatori; Trib. Brindisi 30 marzo 2009, in www.dejure.it ammette tranquillamente il diritto al risarcimento *ex* art. 1218 c.c. in favore non solo del paziente danneggiato (a seguito di non corretta esecuzione di intervento di varicocelectomia), ma anche nei confronti della moglie dello stesso; Trib. Piacenza 6 marzo 2012, n. 146 in www.dejure.it riconosce il diritto al risarcimento del danno *ex contractu* anche alla madre del paziente che, a seguito di errata esecuzione dell'operazione, aveva perduto la vista. Sono interessanti anche le pronunce che, dopo aver affermato la responsabilità. del datore di lavoro per i danni subiti dal dipendente (per mesotelioma pleurico e asbestosi da amianto), ammettono il risarcimento *ex* art. 2087 c.c. (anche) in favore dei congiunti, senza peraltro fare alcun riferimento al contratto con effetti protettivi: si veda per es. Cass. 21 aprile 2011, n. 9238, in www.dejure.it; Trib. Reggio Emilia 26 ottobre 2007, inedita.

(6) *Ex plurimis* Cass. 28 novembre 2007 n. 2472, in *Ragiusan*, 2009, 297, 211; Cass. 14 giugno 2007, n. 13953, in *Giust. civ.*, 2008, 11, 2519; Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *Ragiusan*, 2007, 281.

scenario caratterizzato da un gioco di scambi, intrecci e sovrapposizioni, ove cioè la responsabilità "contrattuale" e quella "aquiliana" si scontrano, si avvicinano, si sovrappongono, al punto che quest'ultima finisce talvolta con il trascolorare nella prima.
Secondo l'impostazione tradizionale, gli obblighi di protezione si collocherebbero accanto alla prestazione principale e sarebbero volti alla tutela di interessi diversi da quello specificamente dedotto nell'affare; essi, in particolare, sarebbero finalizzati (non a soddisfare precipuamente il bisogno di beni o servizi cui l'atto tende, ma) alla tutela della persona e del patrimonio dell'altra parte. I contraenti, quindi, sarebbero tenuti non solo a quanto appositamente pattuito, ma anche ad una serie di comportamenti ulteriori, tesi appunto a preservare l'integrità del creditore/debitore e dei suoi beni (7). In caso di violazione di tali doveri, si configurerebbe, quindi, un vero e proprio inadempimento, come tale soggetto alla disciplina di cui agli artt. 1218 c.c. ss. Va detto altresì che, secondo l'opinione tradizionale, la fonte di tali obblighi sarebbe da rinvenire nel «principio della buona fede negoziale [che] completa e rafforza la tutela del diritto assoluto, espressa nella regola generale dell'art. 2043 c.c.» (8).
Non è questa la sede per approfondire il tema; è opportuno peraltro sottolineare che la teoria in esame venne elaborata dalla dottrina tedesca al precipuo scopo di ovviare alle "debolezze" che, nel regime del BGB allora vigente, presentava la disciplina del "torto" (caratterizzato dalla tipicità degli illeciti, da un breve termine prescrizionale e dalla larga possibilità di individuare cause di esonero dalla responsabilità) (9).
La categoria è stata poi "importata" in Italia, non senza incontrare resistenze. Lo spazio di queste pagine non consente di dare conto di tutte le opinioni al riguardo: sarà sufficiente ricordare la (autorevole) obiezione di chi (10) ha rilevato come gli obblighi di protezione siano una inutile superfetazione, non abbiano alcuna autonomia, perché costituiscono in realtà «momenti in cui si specifica la prestazione principale» (11), la quale, in virtù del dovere di diligenza di cui all'art. 1176 c.c., li assorbe e li comprende (12).
Al di là delle critiche, è innegabile che la figura in esame ha esercitato una certa suggestione, specie se si considerano i risultati dei suoi sviluppi: mi riferisco, in particolare, alla questione della "estensione" degli obblighi di protezione, in relazione alla quale la dottrina e la giurisprudenza germaniche sono state piuttosto "creative" (13). In estrema sintesi, il problema può essere descritto in questi termini: è possibile accordare una tutela *ex contractu* a soggetti che, seppur estranei al vincolo, abbiano subito un danno, alla persona o ai propri beni, in occasione della esecuzione della prestazione? È chiaro che, a rigore, in simili ipotesi dovrebbe trovare applicazione il paradigma aquiliano, posto che il comportamento tenuto dal debitore nell'attuazione del rapporto si atteggia, rispetto al terzo, non come "inadempimento", ma come un (qualunque) fatto illecito.
Nel pensiero giuridico tedesco l'interrogativo ha trovato una risposta positiva, e ciò al fine di ovviare ai "limiti" immanenti al sistema del torto nell'allora vigente BGB. È nato così il cd. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*: il contratto con effetti protettivi fa sì che il terzo diventi titolare (non di una propria pretesa alla prestazione principale ma) del diritto a non essere danneggiato dalla sua esecuzione. In sostanza, tale figura altro non è se non una "costruzione", uno strumento attraverso il quale quegli obblighi di conservazione dell'altrui sfera giuridica, che graverebbero sulle parti in forza del principio di buona fede, sono stati dilatati oltre il

Note:

(7) L. Mengoni, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 309 precisa che dagli obblighi o doveri di protezione, che hanno carattere autonomo, vanno distinti quelli "integrativi o strumentali" i quali sono volti «ad assicurare l'esatto adempimento della prestazione principale», e «rappresentano altrettante specificazioni del contenuto di questa».

(8) L. Mengoni, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 309.

(9) Sul punto sia consentito rinviare, anche per i riferimenti alla dottrina tedesca, a Di Majo, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 1 ss.

(10) Bianca, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1991, 93-94 «La dottrina riconosce generalmente che l'obbligazione implica il rispetto della sfera giuridica del creditore ma ipotizza al riguardo l'esistenza di obblighi distinti e accessori rispetto all'obbligazione principale. Questi obblighi vengono comunemente chiamati obblighi di protezione o di sicurezza, e il loro fondamento è ravvisato nella buona fede. Contro questa concezione va osservato che al debitore non si richiede semplicemente un comportamento improntato a correttezza ma un comportamento obiettivamente adeguato a evitare l'evento dannoso, cioè un comportamento diligente. Tale comportamento, inoltre, fa parte integrante della prestazione dovuta senza che si debbano ostruire artificiosamente altri obblighi del debitore. Precisamente, il debitore è tenuto ad una prestazione di contenuto prudente»).

(11) In tal senso U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, I, 26.

(12) Così anche U. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 151 ss.

(13) Per una panoramica sul punto si rinvia a M. Maggiolo, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 39 ss., il quale osserva che la stessa dottrina tedesca che appare prevalente «considera il contratto con effetto di protezione per il terzo come una creazione giuridica (Rechtsfortbildung) operata dalla giurisprudenza a completamento del diritto positivo».

perimetro negoziale, sino al punto di farne beneficiare soggetti "altri" (14).
Al fine di evitare eccessive (ed arbitrarie) derive, la giurisprudenza tedesca ha tentato di individuare alcuni parametri capaci (almeno in tesi) di attuare una selezione nel novero (potenzialmente illimitato) dei "terzi" in qualche modo "toccati" dal contratto. E così si è detto che la cerchia dei soggetti "protetti" comprendeva solo coloro che si trovavano in una situazione di "prossimità" rispetto alle parti (ad es. congiunti, persone di servizio o comunque coloro verso i quali il creditore sarebbe stato responsabile in base ad un rapporto di lavoro subordinato o di altra natura) (15).
L'aspetto cruciale su cui occorre soffermare l'attenzione attiene, tuttavia, alla ricerca di una ragione giuridica idonea a spiegare il se, il come ed il perché di tale "estensione"; nel panorama tedesco, dopo diversi tentativi, si è concluso che tale fondamento avrebbe dovuto essere ravvisato nel principio di buona fede (lo stesso, che, in base al § 242 del BGB, giustificava l'esistenza degli obblighi di protezione tra debitore e creditore) (16).
Tale impostazione è stata peraltro fortemente criticata, nella dottrina italiana, da chi ha rilevato come, nel sistema delineato dal nostro legislatore, il «momento in cui essa [la buona fede] si rende applicabile è logicamente successivo alla individuazione dei soggetti tra i quali quel dovere di comportamento verrà ad instaurarsi» (17). Si è sostenuto, per converso, che il fondamento della estensione degli obblighi di protezione dovrebbe rinvenirsi nel dovere di solidarietà *ex* art. 2 Cost. Sotto altro profilo si è altresì osservato che tale "dilatazione" non può dirsi in contrasto con la regola di cui all'art. 1372, comma 2, c.c. posto che, secondo la visione più moderna, il principio di relatività va inteso in senso negativo, essendo sempre possibile (come dimostrerebbe l'art. 1411 c.c.) estendere a terzi gli effetti positivi del contratto (salvo però sempre il potere di rifiuto) (18).
Il quadro sin qui - sia pure per cenni - tratteggiato rappresenta dunque il contesto in cui (più o meno consapevolmente) si muovono le numerose pronunce che accordano una tutela *ex* art. 1218 c.c. anche a soggetti che "parti" non sono (generalmente si tratta dei congiunti). In tale scenario, la sentenza in commento pare avere una portata dirompente, ed anzi sembra segnare un vero e proprio punto di rottura.

La sentenza in commento: ripudio del "contratto con effetti protettivi a favore del terzo"?

Nella vicenda esaminata sussistevano tutti i presupposti per "replicare" lo schema del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, ormai ampiamente sdoganato nell'ambito della r.c. sanitaria; a fronte dell'inadempimento della struttura per non aver impedito il suicidio dell'anziana signora, sarebbe quindi stato naturale attendersi l'accoglimento della domanda della figlia della stessa; e pare difficile credere che la soluzione negativa data dalla Cassazione sia dipesa dalla diversità del "tipo": non mi sembra, cioè, che il contratto con la casa di riposo presenti significative differenze rispetto a quello di spedalità (essendo anzi fondato sulle medesime esigenze di assistenza, custodia e salvaguardia della persona) (19).
E comunque, una simile "discriminazione" avrebbe dovuto essere giustificata, posto che lo schema degli "effetti protettivi" pare avere una portata (almeno teorica) generalizzata, che prescinde cioè dalla *species* negoziale. Certo, resterebbe pur sempre aperta un'altra via: si potrebbe ipotizzare (ma si tratta, è chiaro, di una mera provocazione …) che, agli occhi degli Ermellini, l'affidamento del proprio genitore alle cure di un istituto sia apparso come un indice inequivocabile della mancanza di quella *pietas* di cui Enea seppe dare prova, e sia valso quindi ad esclude-

Note:

(14) Sul punto si veda M. Maggiolo, cit., 41, il quale rileva che «Nel contratto con effetto di protezione per il terzo, in altre parole, il dovere di comportarsi con cautela (sorgsame Verhalten), dovere che sempre grava sul debitore nei confronti del creditore, viene esteso sino al punto di farne beneficiare anche il terzo, nei cui confronti si ritiene dunque esistere un dovere secondario di risarcimento assoggettato alle regole della responsabilità contrattuale».

(15) Per una analitica esposizione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza tedesca si rinvia a A. Di Majo, cit., 16 ss.

(16) Sul punto M. Maggiolo, cit., 55 ss.

(17) C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, 1979, 231 ss.

(18) F. Caringella-G. De Marzo, *Manuale di diritto civile*, II, *Le Obbligazioni*, Milano, 2006, 416 ss.; P. Fava, *Il contratto*, Milano, 2012, 1598 ed ivi riferimenti bibliografici.

(19) Per l'affermazione della responsabilità della struttura ospedaliera per il suicidio del paziente si veda, per es., Trib. Trieste 30 aprile 1993, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 302 nonché Trib. Monza 22 ottobre 2001, inedita, relativa al caso di una bambina schizofrenica lanciatasi dall'undicesimo piano da una finestra priva di inferriate. Cass. 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629, del resto, ha, in un caso relativo al rapimento di un neonato dalla nursery, espressamente affermato (riconducendo la responsabilità della struttura ospedaliera entro l'inadempimento di un obbligo *ex lege*) che «La tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo (...) non si esaurisce, per quanto attiene agli ospedali, nella mera prestazione delle cure mediche, chirurgiche generali e specialistiche (...). Per tali persone, [ndr. ricoverate], la protezione è parte essenziale, a volte la massima parte, della cura sanitaria, sicché è implicita nello stesso concetto di cura, il quale dev'essere assunto come includente nel comportamento dovuto tutte le attività essenziali per l'effettiva realizzazione dell'utilità perseguita dall'obbligazione».

re quella "prossimità" che, nell'impostazione tradizionale, spiega l'estensione della tutela *ex contractu* (appunto) a *certi* terzi.
Volendo peraltro ricercare una motivazione più plausibile, si pone un'alternativa: o la Cassazione si è semplicemente "dimenticata" della figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, oppure ha intenzionalmente assunto, rispetto ad essa, una posizione di "distacco" (sia pure, sia detto, senza alcuna espressa argomentazione).
E questo secondo scenario meriterebbe di essere attentamente considerato perché non appare completamente irrealistico. La questione su cui varrebbe la pena interrogarsi riguarda proprio il *fondamento dogmatico* del contratto con effetti protettivi, a mio avviso tutt'altro che adamantino.
Il tema meriterebbe ben altro approfondimento ma, in via di estrema sintesi, credo che alla figura in esame si possano muovere più obiezioni:
a) in primo luogo, penso sia fondamentale il dato "storico": la figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* fu concepita dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche al precipuo scopo di ovviare alle "debolezze" che, nel regime del BGB allora vigente, presentava la disciplina del "torto". Tale giustificazione pratica è elemento di indiscutibile valenza perché sta a significare che la categoria in esame è nata proprio per offrire tutela a situazioni che, per definizione, avrebbero dovuto essere regolate entro il paradigma della responsabilità aquiliana (20);
b) non mi pare che la giurisprudenza italiana si sia soffermata a spiegare quale sia la giustificazione del contratto in esame, essendosi piuttosto limitata ad "importarne" tralatiziamente la formula. In un noto arresto la Cassazione (21) ha sostenuto che «Il tessuto dei diritti e dei doveri che secondo l'ordinamento si incentrano sul fatto della procreazione - quali si desumono sia dalla legge 194 del 1978; sia dalla Costituzione e dal codice civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 29 e 30 Cost.; artt. 143 e 147, 261 e 279 cod. civ.) - (...) vale poi a spiegare perché anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta» (22). A mio avviso, tuttavia, il riferimento ai "diritti della famiglia", se può senz'altro giustificare il risarcimento del danno non patrimoniale, non può, di per sé, mutare il titolo della responsabilità.
A ben vedere, poi, non è chiaro se gli effetti "protettivi" si estendano verso (certi) soggetti in forza di una (espressa o implicita) volontà delle parti (come se si trattasse di ripetere lo schema dell'art. 1411 c.c., seppur in versione "ridotta" posto che il terzo non ha diritto di pretendere la prestazione) (23); o se ciò derivi "automaticamente" dal principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. (24), da leggersi in correlazione con l'art. 1374 c.c. (25). Ove però si voglia seguire tale seconda prospettiva, credo colga nel segno l'obiezione dell'autorevole dottrina che ha osservato come, nello schema delineato dal legislatore, la buona fede presupponga il (ed operi solo entro i confini del) contratto, sia cioè destinata ad integrare, indirizzare, guidare un rapporto che nasce tra - ed è limitato alle sole - parti (26) . Anche a voler ammettere che essa "crei" (in forza dei citati paradigmi normativi) obblighi di "conservazione" delle altrui sfere di integrità, ciò vale solo tra i contraenti; come e in base a cosa, dunque, tali effetti potrebbero/dovrebbero estendersi a terzi?
Per ovviare al problema, si è ritenuto di richiamare

Note:

(20) Sul punto A. Di Majo, *La protezione del terzo*, cit., 21.

(21) Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1490, in *Foro it.*, 2002, I, 3115.

(22) Ancora più esplicitamente Cass. 30 marzo 2011, n. 7256, in www.dejure.it osserva che «il contratto che si instaura tra il paziente e la struttura sanitaria ben può comportare effetti protettivi anche per i terzi qualificati, come gli stretti congiunti, secondo un approdo sancito definitivamente da Cass., sez. un., n. 26972/2008, la quale ha stabilito che anch'essi vantano un diritto al risarcimento quante volte, come nella specie, il pregiudizio subito attenga alla lesione di un diritto inviolabile della persona dei quali essi stessi siano titolari».

(23) Sul punto si rinvia a M. Maggiolo, *Effetti contrattuali*, cit.; come riferisce l'A., nella dottrina germanica in un primo tempo la questione del fondamento del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* venne affrontata valorizzando il profilo della volontà (esplicita o implicita) delle parti, applicando per analogia la norma del § 328 BGB oppure facendo leva sulla interpretazione del contratto. Da tale prospettiva, tuttavia, gli studiosi si sono per lo più allontanati rilevando, da un lato, che la norma che prevede il contratto a favore del terzo (§ 328 BGB) deve ritenersi eccezionale e, dall'altro, che, nella maggior parte dei casi, le parti «non prendono affatto in considerazione la posizione del terzo per accordargli una tutela risarcitoria assoggettata alle regole della responsabilità contrattuale. In particolare, la scelta di far leva sull'interpretazione del contratto si risolverebbe in una finzione: non esistendo alcuna lacuna del regolamento contrattuale, la volontà imputata alle parti sarebbe meramente ipotetica».

(24) Questa è l'impostazione che sembra essere prevalsa nella dottrina tedesca, che ha fatto leva sulla corrispondente norma di cui al § 242 BGB. Sul punto M. Maggiolo, *Effetti contrattuali*, cit. riferisce che «Secondo questa opinione, il fondamento normativo dell'effetto di protezione per il terzo non è diverso da quello dei doveri di protezione cui il debitore è tenuto verso il creditore, e va ricercato nel principio di buona fede di cui al § 242 BGB».

(25) Nella dottrina italiana, L. Mengoni, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 309 osserva che la fonte degli obblighi di protezione sarebbe da rinvenire nel «principio della buona fede negoziale [che] completa e rafforza la tutela del diritto assoluto, espressa nella regola generale dell'art. 2043 c.c.».

(26) C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, 1979, 231 ss.

il principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione che, come tale, sarebbe in grado (si è sostenuto) di "fondare" quell'allargamento, quella "dilatazione soggettiva" a cui sopra si è fatto cenno (27). Contro tale tesi si è peraltro - a mio avviso condivisibilmente - obiettato che il dovere di cui all'art. 2 Cost. finisce così per diventare una clausola generale buona per tutto (28). E tale rilievo sembra trovare un altro argomento di supporto nel fatto che sono moltissime le pronunce in cui la Cassazione sostiene che, nell'ambito contrattuale, il principio di solidarietà trova espressione nella buona fede e si declina, nelle sue varie "manifestazioni", sempre entro i limiti del rapporto tra le parti (29). Che esso, dunque, ne autorizzi il superamento potrebbe non essere così certo.

In una prospettiva di più ampio respiro, i punti "nodali" su cui si può costruire la critica sono forse almeno tre.

a) Può davvero dirsi che "nasce dal contratto" ciò che in realtà discende già dall'art. 2043 c.c.? Il (mero) diritto del terzo a non essere leso nella propria persona o nei propri beni preesiste, è già posto dalla norma generale aquiliana; anche a voler ipotizzare che le parti possano creare, attraverso una volontà espressa o implicita (magari ricavata in via interpretativa), un modello "attenuato" rispetto al 1411 c.c. (prospettiva, questa, che è tutta da verificare), ci si potrebbe domandare se l'accordo volto appunto a far sì che dal vincolo nascano effetti di " mera conservazione" sia davvero valido o non sia, invece, nullo per mancanza di causa (trattandosi di attribuire ad un soggetto un diritto che ha già);

b) se è vero - come sostenuto dalla teoria in esame - che ai terzi si estendono gli stessi obblighi di "protezione" che la buona fede impone tra le parti, l'impostazione finisce col presentare un evidente limite proprio nel settore in cui è più utilizzata (quello della r.c. sanitaria). Invero, nel contratto di spedalità l'interesse dedotto è proprio quello di cura e tutela della salute; gli obblighi di "salvaguardia" non sembrano "autonomi", ma accessori e strumentali rispetto alla prestazione (di cui costituiscono mere "specificazioni"). Se così è, cade in un sol colpo la possibilità di estendere a terzi obblighi "*a latere*" che, in realtà, non esistono (c'è solo la prestazione);

c) al di là di ciò, ove pure si volesse accedere all'idea per cui l'art. 2 della Costituzione giustifica l'estensione a terzi di quegli stessi obblighi protettivi imposti, *inter partes*, dalla buona fede, è sin troppo evidente il rischio di una incontrollabile deriva. La stessa esperienza tedesca ha rivelato la oggettiva difficoltà di individuare criteri selettivi veramente univoci ed efficaci (la cui applicazione viene, in ogni caso, delegata alle larghe maglie dell'interpretazione giudiziale) (30). È allora ben chiaro il pericolo: attraverso un (generico) aggancio al principio di solidarietà, i confini della responsabilità contrattuale potrebbero essere dilatati a tal punto da cancellare del tutto la disciplina del torto (e la sua autonoma ragion d'essere). Si pensi per esempio al caso in cui un certo macchinario (per es. metal detector) installato in un aeroporto danneggi (per un guasto dovuto alla cattiva manutenzione cui avrebbe dovuto provvedere la società Beta incaricata dall'ente di gestione dell'*hub*) un numero indefinito di passeggeri (ad es. la lesione non è nell'immediato percepibile trattandosi di una alterazione cellulare ed il malfunzionamento viene scoperto solo dopo mesi ...). Ad usare il criterio della "prossimità alla prestazione" o

Note:

(27) C. Castronovo, cit. nota prec. In tale prospettiva parrebbe collocarsi Cass. 11 maggio 2009, n. 10741 la quale afferma «Deve premettersi, in generale, che sia il contratto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria e sia il contratto della stessa con il singolo medico risultano produttivi di effetti, oltre che nei confronti delle stesse parti, anche di ulteriori effetti, cd. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, come terzi (sul punto, tra le altre, Cass. n. 14488/2004, n. 698/2006, n. 13953/2007 e n. 20320/2005); ciò in quanto, con specifico riferimento al tema in esame, l'efficacia del contratto, che si determina in base alla regola generale *ex* art. 1372 c.c. ovviamente tra le parti, si estende a favore di terzi soggetti, più che in base alla pur rilevante disposizione di cui all'art. 1411 c.c., in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona. Se, in tale prospettiva, causa del contratto (sia tipico che atipico) è la sintesi degli interessi in concreto dei soggetti contraenti, quale fonte dei cd. effetti essenziali che lo stesso produce, non può negarsi all'accordo negoziale che intercorre tra una paziente - gestante, una struttura sanitaria ed i medici l'idoneità a dar luogo a conseguenze giuridiche riguardo al soggetto nascituro e all'altro genitore, nella sua qualità di componente familiare; detto accordo, infatti, "si proietta" nei confronti del destinatario "finale" del negozio (il concepito che poi viene ad esistenza) come anche nei confronti di chi (genitore), insieme alla madre, ha i diritti ed i doveri nei confronti dei figli di cui all'art 30 Cost. ed alla connessa normativa codicistica ed ordinaria».

(28) F. Benatti, *Doveri di protezione*, in *Dig.*, *Disc. priv.*, 222 ss. il quale rileva altresì che «(..)l'interesse di ciascun soggetto a non essere danneggiato nella propria persona e nelle proprie cose, che è l'interesse protetto dagli obblighi di conservazione, esiste prima ed indipendentemente dall'esistenza di un rapporto obbligatorio ed è già tutelato sufficientemente dall'art. 2043 c.c.».

(29) *Ex plurimis* Cass. 10 aprile 2012, n. 5691: «L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo, in definitiva, in ogni sua fase».

(30) Sul punto si veda A. Di Majo, *La protezione del terzo*, cit.

dell'"interesse" o della "destinazione" (31) si giungerebbe ad affermare la responsabilità contrattuale di Beta nei confronti di (per es.) milioni di (sconosciuti) utenti (32). Ma allora non pare peregrino osservare che se l'obbligazione presuppone - come viene insegnato (33) - la preesistenza di un vincolo tra soggetti già sufficientemente individuati, di essa non si può parlare quando il rapporto si instaura con un numero potenzialmente indefinito ed illimitato di persone. E qui si coglie bene la sostanziale identità con il generico dovere del *neminem laedere*.
Letta in tale quadro, - e tenuto conto dei rilievi svolti in premessa - la sentenza in commento potrebbe quindi aver (sia pure implicitamente) ritenuto di non voler più dare cittadinanza, nel nostro ordinamento, alla figura del contratto con effetti protettivi a favore del terzo, e di voler attuare una brusca inversione di rotta.

Quid iuris per la tutela di "certi terzi"?

Alla luce di questi spunti sembrerebbe urgente una riflessione più approfondita da parte della stessa giurisprudenza (34); se la prospettiva qui ipotizzata (nel senso della necessità di una rimeditazione della figura del contratto con effetti protettivi) fosse quella da seguire (sulla scia di un - implicito - monito contenuto nella pronuncia in commento), resterebbe da chiedersi quale "sorte" tocchi per es. al padre del bimbo nato con malformazioni (allorquando il medico abbia erroneamente fatto credere che il feto fosse sano) o che protezione possa riconoscersi al nascituro che, per effetto di negligenza del sanitario, abbia subito lesioni venendo alla luce.
Prendendo le mosse da tale secondo caso, una volta scartata (per le ragioni sin qui illustrate) la via del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, non sarebbe del tutto arbitrario sostenere (recuperando una opzione a suo tempo prospettata dalla stessa giurisprudenza (35)) che è comunque percorribile la strada del "contratto a favore del terzo"; tale risultato potrebbe essere conseguito valorizzando, da un lato, l'assunto secondo cui «con il ricovero l'ente ospedaliero si obbliga non solo ad erogare alla gestante le cure necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare con la dovuta diligenza tutte quelle altre *prestazioni* necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita» (36) e dando seguito, dall'altro, a quell'orientamento che ritiene utilizzabile il paradigma di cui all'art. 1411 c.c. «anche a beneficio di un soggetto giuridicamente inesistente» (37).
Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi della "wrongful

Note:

(31) Come rileva A. Di Majo, *La protezione del terzo*, cit., 16 ss., tra i vari criteri seguiti dalla giurisprudenza tedesca vi sono quelli: della prossimità del terzo rispetto alla prestazione dovuta, nel senso che «il terzo si trova esposto, per la sua particolare situazione, allo stesso rischio (di danni) cui è esposto il creditore (della prestazione)»; ovvero quello dell'interesse che potrebbe avere il creditore alla protezione del terzo (e qui vengono in rilievo i rapporti di parentela o affettivi o di lavoro con il creditore della prestazione); ovvero della «destinazione» della prestazione, della quale «sia consapevole lo stesso debitore o comunque da esso prevedibile», o, infine, della carenza di protezione che affligga il terzo.

(32) In proposito vale la pena menzionare la pronuncia del Trib. Milano, sez. X, n. 13035 del 29 novembre 2006, in *Giustizia a Milano*, nov. 2006, 3, secondo cui la responsabilità della società che gestisce l'aeroporto per il danno subito da un passeggero (caduta di un cartello) prima delle operazioni di imbarco non è disciplinata dall'art. 942 del Codice della navigazione, ma ricade nell'ambito di operatività dell'art. 2051 c.c.

(33) Cass. 26 giugno 2007, n. 14712 in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 5, II, 567, con nota Ciocca, nonché in *Foro it.*, 2008, 10, I, 2968 «Ne deriva che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)».

(34) Non sembra questa la via seguita dalla recentissima Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754 secondo cui «va in questa sede affermato il principio di diritto secondo il quale la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale (ovvero di un rapporto da contatto sociale qualificato), anche al padre (come già affermato da Cass. n. 144/2004 e prima ancora da Cass. n. 6735/2002), nonché, a giudizio del collegio, alla stregua dello stesso principio di diritto posto a presidio del riconoscimento di un diritto risarcitorio autonomo in capo al padre stesso, ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta. L'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento, difatti, (*omissis*) non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale (*omissis*)».

(35) Per la possibilità di ricondurre la fattispecie (in caso di lesioni al nascituro determinate da errato trattamento medico durante il parto) al contratto a favore del terzo si veda Trib. Verona 15 ottobre 1990.

(36) Cass. 22 novembre 1993, n. 11503; la Corte, tuttavia, per il caso di danni occorsi al feto a causa di errato trattamento durante il parto, esclude la possibilità di richiamare il contratto a favore del terzo perché il nascituro «non potrebbe giammai assumere la posizione di creditore, difettando ancora in lui la personalità giuridica».

(37) Cass. 30 marzo 1982, n. 1990; Cass. 28 aprile 1989, n. 1993 secondo cui «un contratto a favore di terzo, secondo la previsione dell'art. 1411 c.c. può essere stipulato a beneficio di un soggetto non ancora giuridicamente esistente, quale una società da costituirsi su iniziativa degli stessi contraenti, che venga ad acquistare i diritti derivanti dal contratto medesimo solo al momento della sua costituzione». In dottrina ammettono la possibilità di un contratto a favore di soggetto futuro: V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2001, 583; M. Tamponi, *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, tomo VI, Torino, 2000, 370.

birth", è chiaro che il problema non si pone ove il padre sia egli stesso parte (avendo personalmente conferito l'incarico al sanitario). Al di fuori di tale evenienza (laddove cioè l'accordo sia intervenuto solo tra il professionista e la madre), si potrebbe tentare di rendere operante - seppur con qualche forzatura - lo schema dell'art. 1411 c.c. sostenendo ad es. che destinatario della prestazione - di consulenza e di diagnosi - richiesta dalla donna è (anche) l'altro genitore (in ipotesi rimasto terzo), in quanto portatore di un interesse per così dire diretto e primario alla sua esecuzione. Quest'ultimo sarebbe così titolare non di un mero diritto "a non essere danneggiato dal contratto", ma a pretenderne egli stesso l'adempimento (ed a chiedere quindi il risarcimento *ex* art. 1218 c.c.).
È chiaro però che tale impostazione deve fare i conti con la possibilità di ammettere un contratto a favore del terzo "implicito" (38) - ipotesi, questa, tutta da verificare ed anzi, di per sé assai dubbia posto che la norma richiede una specifica "stipulazione" (39) - e si presta essa stessa ad alimentare "derive".
Oppure ancora, più in generale, il problema potrebbe essere risolto valorizzando a tutto tondo la cd. responsabilità "da contatto", sì da affermare (senza bisogno di ricorrere alla finzione del contratto con effetti protettivi) che ogni soggetto (nella specie il famigliare) che, entrando appunto in relazione con il medico, faccia affidamento sulla sua professionalità potrà, in caso di danno, per ciò solo invocare una tutela *ex* art. 1218 c.c. Il tema non può essere affrontato nello spazio di queste poche pagine: basti qui dire che la figura da ultimo menzionata si presta a sua volta a critiche che ne pongono in dubbio il fondamento (40).
Il dibattito è dunque aperto: se la sentenza in commento ha davvero "dato il la" ad una nuova stagione, la partitura è ancora tutta da scrivere.

Note:

(38) Il dubbio è più che legittimo se si considera che, in base alle regole generali, l'attribuzione del beneficio al terzo deve essere voluta da *entrambe* le parti (promittente e stipulante): è piuttosto difficile credere che il medico o la struttura manifestino, "implicitamente", tale volontà (posto che essa comporta conseguenze piuttosto rilevanti, determinando l'"estensione" a terzi della disciplina contrattuale e, quindi, del più favorevole - per il danneggiato - regime di responsabilità).

(39) P. Fava, *Il contratto*, cit., 1519, rileva che «Anche se la volontà necessaria per il contratto a favore del terzo non richiede formule particolari, l'attribuzione del beneficio al terzo deve essere intenzionale, e consapevole, cioè non può essere frutto del caso. Dunque, non è possibile presumere l'esistenza di tale volontà solo perché le parti (stipulante e promittente) hanno voluto il contratto principale, ma è necessario che le parti manifestino la volontà di attribuire il diritto al terzo, in particolare, il promittente e lo stipulante devono espressamente convenire (manifestando una volontà specifica e consapevole sul punto) che il terzo riceva la prestazione». Si veda altresì G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1992, 1132, ove si sottolinea che la volontà di attribuire il diritto ad un terzo deve essere provata.

(40) Sia consentito qui rinviare, per una sintetica rappresentazione dei termini del problema (e per i richiami ivi effettuati) a M. Hazan-D. Zorzit, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Milano, 2012, 100 ss.

LIBRI

Il capitale sociale e le operazioni straordinarie

di Michele Nastri, Paolo Divizia, Luca Olivieri

L'opera si propone di affrontare in modo organico il tema delle operazioni sul capitale "connesse", "collegate" e "contestuali" alle operazioni straordinarie di trasformazione, fusione e scissione.
Il taglio redazionale seguito nello svolgimento della trattazione si contraddistingue sotto un duplice ed innovativo profilo: da un lato, l'analisi degli aspetti giuridici dell'operazione straordinaria è costantemente accompagnata dalla valutazione grafica dell'impatto contabile e della modificazione delle poste di bilancio; dall'altro, si è scelto di arricchire le osservazioni sviluppate con una costante esemplificazione; il testo contiene, infatti, oltre quaranta esempi numerici finalizzati ad agevolare la comprensione del lettore dinanzi ad una materia, la cui complessità - non ultimo in relazione ai ricorrenti profili di calcolo - può impegnare anche il lettore più attento.
Nelle ipotesi più complesse, inoltre, si è ricorso ad un prospetto in grado di offrire in un colpo d'occhio le conseguenze contabili dell'operazione straordinaria progettata.
L'opera è altresì aggiornata alle più recenti novità legislative introdotte dal D.Lgs. 22 giugno 2012, n. 123.

Ipsoa 2012, Pagg. 526, Euro 58,00
Cod. prodotto 129696
ISBN: 978-88-217-3983-5

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

Culpa in contrahendo

Responsabilità precontrattuale e obbligo d'informazione

CASSAZIONE CIVILE, Sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526 - Pres. Felicetti - Est. Carrato - P.M. Capasso (concl. diff.) - M.F. c. D.P.

La responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c., oltre che in caso di rottura ingiustificata delle trattative, può derivare anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca, che si concretizza nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto, senza che alcun mutamento delle circostanza possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative finalizzate alla stipulazione del contratto.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795.
Difforme	Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo il ricorrente ha dedotto la falsa applicazione dell'art. 1337 c.c., nonché l'omessa motivazione, con riferimento ad una individuazione eccessivamente restrittiva delle fattispecie suscettibili di dar luogo a responsabilità contrattuale, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5. In particolare, per un verso, il ricorrente ha denunciato come, nella fattispecie, la Corte veneta fosse incorsa nelle richiamata violazione di legge avendo circoscritto l'ipotesi generatrice di siffatta forma di responsabilità al solo caso di rottura ingiustificata delle trattative, escludendo che fosse idonea a concretare detta responsabilità la violazione del dovere di completezza nell'informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, con la conduzione, da parte del D., di una trattativa sleale caratterizzata da malizioso o reticente occultamento di dati rilevanti ai fini della stipulazione del contratto costitutivo della società che avrebbe consentito ad entrambe le parti di diventare agenti della predetta Compagnia assicuratrice R.A.S. di (*omissis*). Per altro verso il ricorrente ha prospettato la carenza motivazionale della sentenza impugnata laddove, con essa, il giudice del gravame non si era premurato di verificare se il comportamento del D. (quale risultante dalle acquisizioni in atti) - ovvero l'aver proseguito le trattative anche successivamente al 15 dicembre 1998 (ossia al termine contemplato nel preliminare di conferimento del mandato di agenzia) e per tutto il primo trimestre 1999, nonostante il già maturato intento di mantenere per sé solo il mandato di agente R.A.S., senza manifestare ad esso ricorrente questa sua determinazione - potesse essere sussunto ed inquadrato quale violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nelle trattative, sub specie di malizioso o reticente occultamento di dati rilevanti ai fini della stipulazione del contratto e/o di incompletezza nella informazione alla controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto.

2. Con il secondo motivo il ricorrente ha denunciato l'omessa motivazione circa un punto controverso e decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, in ordine alla valenza preclusiva - rispetto ad una futura conclusione delle trattative e del rapporto con la Compagnia R.A.S. - della scadenza del termine originariamente contemplato nel "preliminare RAS" del 27 novembre 1998, ritenuta quale circostanza idonea ad escludere ogni possibilità di esito positivo dell'offerta della Compagnia, e ciò a causa della omessa considerazione di acquisizioni istruttorie decisive nell'indurre, con certezza, ad una conclusione opposta.

3. Con il terzo motivo il ricorrente ha censurato la sentenza impugnata per omessa ed insufficiente motivazione circa un punto controverso e decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5, in ordine alla carenza di nesso causale tra il pregiudizio lamentato dal ricorrente ed il contegno ascritto al convenuto, a cagione della già intervenuta - e suppostamente irreversibile - scadenza del termine originariamente apposto nell'originario accordo preliminare prospettato dalla R.A.S.: e ciò a causa della omessa considerazione di acquisizioni decisive nell'indurre, con certezza, ad una conclusione opposta.

3.1. I primi due motivi - che possono essere esaminati

congiuntamente perché strettamente connessi - sono fondati e devono, pertanto, essere accolti. La Corte territoriale, alla stregua dei fatti richiamati in narrativa, ha escluso che, nella fattispecie, potesse individuarsi una condotta inadempiente in capo al D., sul presupposto che le parti non avessero raggiunto nemmeno l'accordo sugli elementi essenziali del contratto costitutivo della società alla quale avrebbe dovuto essere affidato il mandato di agenzia da parte della R.A.S. per il centro di (*omissis*) (permanendo una posizione di contrasto tra le stesse) e che, in ogni caso, pur potendosi dare atto che le trattative erano proseguite anche nel febbraio-marzo 1999, allorquando la situazione era mutata, era già venuto a scadenza il termine del 15 dicembre 1998, previsto nell'accordo preliminare stipulato con la R.A.S., costituente condizione di efficacia dello stesso, senza che fosse mai intervenuta una proroga.
Sul piano giuridico osserva, in generale, il collegio che, se è pur vero che nella fase antecedente alla conclusione di un contratto, le parti hanno, in ogni tempo, piena facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di richiedere tutto quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche, future obbligazioni, con conseguente libertà, per ciascuna di esse, di recedere dalle trattative indipendentemente dalla esistenza di un giustificato motivo, è altrettanto vero (cfr. Cass. 29 maggio 1998, n. 5297) che l'operatività di tale principio è assoggettato al limite del rispetto del principio di buona fede e correttezza, da intendersi, tra l'altro, come dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo. La giurisprudenza più evoluta di questa Corte (v., in particolare, Cass. 5 agosto 2004, n. 15040 e, più recentemente, Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, sulla scorta dell'impostazione riconducibile a Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725) ha ulteriormente precisato che la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere, per le parti, di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. La violazione di questa aggiuntiva regola di condotta alla quale devono conformarsi le parti di una trattativa negoziale è, quindi, idonea a determinare (se accertata adeguatamente in fatto in virtù di un congruo e logico percorso argomentativo spettante al giudice del merito) la configurazione di una responsabilità precontrattuale indipendente rispetto a quella riconducibile ai canoni fissati dalla pregressa giurisprudenza di legittimità in materia di recesso dalle trattative, avuto riguardo al loro stadio evolutivo. Sotto questo profilo, perciò, si prospetta errata l'affermazione della Corte territoriale nella parte in cui - sul presupposto che, pacificamente, le trattative erano proseguite anche dopo la scadenza indicata (almeno per il primo trimestre 1999) nell'accordo preliminare nella data del 15 dicembre 1998 (apoditticamente qualificata come condizione di efficacia dell'accordo stesso, senza alcun riferimento a circostanze oggettive che avallassero tale asserzione, peraltro in contrasto con il comportamento concretamente osservato dalla parti medesime) - ha negato che potesse rilevare il possibile comportamento in malafede (o, comunque, malizioso) del D., consistito nel non aver palesato le sue effettive intenzioni; tale ricostruzione è stata giustificata dalla Corte di appello di Venezia sulla base dell'applicabilità del principio generale di libertà nelle trattative fino a quando il contratto non sia stato concluso, salva la responsabilità precontrattuale nei ristretti limiti dell'art. 1337 c.c. come interpretato dalla giurisprudenza di questa Corte meno recente, omettendo, però, di considerare - in sintonia con i richiamati orientamenti giurisprudenziali più recenti - che tale forma di responsabilità può derivare anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca che si concretizza nella necessità, in capo al proponente, di osservare il dovere di completezza informativa, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative finalizzate alla stipulazione del contratto. Del resto, sotto un profilo di più ampio respiro, non si può disconoscere che il bene tutelato dal citato art. 1337 c.c. non è propriamente quello che la parte invocante la responsabilità precontrattuale si propone di conseguire con il contratto, ma è la legittima aspettativa che le trattative si svolgano lealmente e correttamente su un piano di parità, senza che la controparte, per riserva mentale o senza serietà di intenti o addirittura con malizia, tenga impegnata l'altra parte, precludendole altre possibilità.
La Corte distrettuale ha, quindi, aderito ad una interpretazione restrittiva dell'alveo di applicabilità del menzionato art. 1337 c.c., omettendo di considerare la possibile valorizzazione della condotta del D. nella fase di incontestata continuazione delle trattative quanto meno fino al marzo 1999 in relazione alla emergenza di una sua possibile malafede finalizzata ad evitare la conclusione del contratto definitivo costitutivo della società ed a garantirsi, per sé solo, la titolarità del mandato R.A.S. per l'agenzia alla quale era riferito l'accordo preliminare precedentemente raggiunto.
A tale ricostruzione si collega anche il dedotto vizio motivazionale (pure ricompreso nel primo motivo), non avendo la sentenza impugnata individuato un adeguato ed univoco percorso logico motivazionale (proprio in virtù della ritenuta circoscritta area di operatività della responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c.) correlato a specifiche circostanze che avrebbero potuto orientare il giudice di secondo grado, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, ad adottare una decisione diversa da quella presa, culminata nel rigetto della pretesa risarcitoria del M. A questo proposito la difesa del ricorrente ha posto adeguato riferimento ad una serie di elementi (desumibili anche dal secondo motivo prospettato), scaturenti dalle emergenze istruttorie acquisite, che non risultano congruamente valutati e che, in ipotesi, sul presup-

posto del principio giuridico precedentemente affermato, se adeguatamente valorizzati, avrebbero potuto condurre ad un esito diverso della controversia. In tal senso non si evince dalla sentenza impugnata un'approfondita disamina del fatto che il D., pur avendo ricevuto a titolo personale il mandato dirigenziale dalla R.A.S. l'11 gennaio 1999, ne era stato investito su sua espressa ed esclusiva richiesta, malgrado fossero ancora in corso (nell'arco del primo trimestre 1999) le trattative con il M. riconducibile all'accordo preliminare intercorso tra le parti (il cui termine di scadenza non era, perciò, verosimilmente da inquadrare nei sensi - come innanzi precisati - ritenuti dalla stessa Corte veneta) e nonostante (per quanto emergente da alcune deposizioni testimoniali) che, in quel periodo, il ricorrente (oltretutto, nelle more, dimessosi dalle Assicurazioni Generali, ove lavorava, il 22 dicembre 1998) avesse prestato la sua attività lavorativa proprio presso l'agenzia R.A.S. di (*omissis*) (centro storico) e non potesse del tutto escludersi che il D. aveva adottato una condotta maliziosa (od almeno reticente) indirizzata ad estromettere lo stesso M. dalla gestione della predetta agenzia assicurativa (mancando la Corte territoriale, al riguardo, di prendere in considerazione anche altre risultanze di prova orale che avrebbero potuto avere, in merito, una idonea - se non decisiva - valenza in funzione decisoria).
4. Alla stregua di tutte le argomentazioni esposte devono, dunque, trovare accoglimento i primi due motivi del ricorso, a cui consegue l'assorbimento del terzo motivo, in quanto attinente ad un profilo ulteriore il cui esame è inscindibilmente dipendente dalla risoluzione degli aspetti involti dalle prime due accolte doglianze.
L'impugnata sentenza deve essere, quindi, cassata con conseguente rinvio alla Corte di appello di Venezia, in diversa composizione, che si conformerà al richiamato principio di diritto secondo cui "la responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c., oltre che in caso di rottura ingiustificata delle trattative, può derivare anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca che si concretizza nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative finalizzate alla stipulazione del contratto" e, sulla scorta di esso, provvedere a rinnovare la valutazione delle globali risultanze processuali (e, quindi, a rielaborare la motivazione della decisione) al fine di verificare la sussistenza di fatti idonei ad escludere (o meno) il ragionevole affidamento del M. sulla conclusione del contratto, tenendo conto, al riguardo, anche della condotta complessivamente osservata dal D. nei confronti dello stesso ricorrente. Al giudice di rinvio è rimessa anche la regolamentazione delle spese della presente fase di legittimità.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Paolo Laghezza

La Corte di Cassazione, pronunziandosi sul dovere delle parti di trattare in modo leale - e perciò di astenersi da comportamenti maliziosi o reticenti, fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza ai fini della stipulazione del contratto -, fornisce l'occasione per approfondire i nebulosi contorni del dovere di informazione in ambito precontrattuale.

1. Il caso

L'attore, già dipendente di una compagnia di assicurazioni, viene contattato dal convenuto nella prospettiva di diventare entrambi agenti di altra compagnia. I due stipulano un accordo preliminare con l'assicurazione, che prevede un termine entro il quale avrebbero dovuto costituire la società cui sarebbe stato affidato il mandato. Ma le successive trattative per la creazione della società languono irrimediabilmente, a causa del mutato atteggiamento del convenuto e nonostante l'attore rassegni anche le dimissioni dalla compagnia di cui era dipendente e cominci a prestare la propria collaborazione con lo stesso convenuto, cui è stata affidata temporaneamente l'agenzia a titolo personale. Si scopre a cose fatte come il convenuto, sebbene avesse già maturato l'intenzione di mantenere per sé solo il mandato di agenzia, abbia tenuto in piedi inutili trattative con l'attore anche dopo il decorso del termine per la costituzione della società contemplato nel contratto preliminare stipulato con la compagnia di assicurazione e, addirittura, anche successivamente alla data in cui aveva già assunto a titolo personale il mandato di agenzia.
La conseguente richiesta risarcitoria per responsabilità precontrattuale viene, tuttavia, rigettata in primo grado ed analoga sorte subisce anche in secondo grado. La sentenza di appello si incentra in particolare sulla circostanza che, alla data dell'accordo preliminare, non era ancora stata raggiunta l'intesa su-

gli elementi essenziali del contratto costitutivo della società e precisa, altresì, che non era stata nemmeno raggiunta la prova del comportamento in malafede del convenuto.
Innanzi alla Suprema Corte il ricorrente contesta che l'ipotesi di responsabilità precontrattuale sia stata così circoscritta al solo caso di rottura ingiustificata delle trattative, senza valorizzare, ai fini dell'art. 1337 c.c., il diverso aspetto costituito dalla violazione del dovere di informazione della controparte e la conseguente conduzione di una trattativa sleale o maliziosa. Lamenta, inoltre, che costituisce violazione della correttezza e della buona fede nelle trattative, il semplice fatto di averle proseguite anche dopo il maturato intento di mantenere per sé solo il mandato e senza manifestare alla controparte questa sua determinazione, a nulla rilevando la circostanza che fosse scaduto il termine previsto nel preliminare.
La S.C., nell'accogliere il ricorso nei termini di cui alla massima, sottolinea come il dovere di buona fede e correttezza debba intendersi anche come dovere di informazione della controparte sulla reale possibilità di conclusione del contratto. Precisa, quindi, che l'art. 1337 c.c. non si limita a disciplinare il recesso ingiustificato dalle trattative, ma stabilisce una clausola generale il cui contenuto non può essere predeterminato, ma implica il «dovere delle parti di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto».
Il comportamento malizioso del contraente, costituito dall'aver proseguito le trattative pur intendendo invece evitare la costituzione della società e garantirsi in proprio la titolarità del mandato, viene, dunque, dalla sentenza ricondotto nell'alveo dell'omessa informazione, quale profilo determinante della malafede rilevante *ex* art. 1337.

2. I limiti alla trattativa contrattuale

Il tentativo del legislatore di disciplinare la trattativa contrattuale, delimitando gli evanescenti contorni della responsabilità per lesione della libertà negoziale, ha preso forma in una fattispecie dal contenuto "elastico" (1). L'art. 1337 c.c., si limita a chiarire come le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, debbano comportarsi secondo buona fede e, di fatto, demanda all'approfondimento della giurisprudenza non solo la determinazione delle concrete fattispecie in cui può considerarsi configurata un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, ma anche la determinazione della sanzione che a quella responsabilità può essere collegata. Ne scaturisce, com'è noto, un'ampia casistica giurisprudenziale che, per lungo tempo, è rimasta incentrata sulla (punizione dell') ipotesi tipica del comportamento idoneo a far sorgere nell'altro contraente il ragionevole affidamento nella futura conclusione del contratto, seguito dall'interruzione delle trattative senza giustificato motivo. In questa prima esemplificazione della responsabilità precontrattuale, per potere ottenere una declaratoria di condanna sono stati ritenuti ugualmente necessari, da un lato, una trattativa tanto avanzata da giustificare un ragionevole affidamento di una parte nella conclusione del contratto e, dall'altro, il sopraggiungere di un recesso ingiustificato dalle trattative della controparte (2). Con un'ulteriore aggravante: quanto al primo dei due presupposti, la giurisprudenza ha in più occasioni stabilito che, per potersi configurare il fondato affidamento delle parti sulla conclusione del negozio, è necessario che, sia pure a livello di semplici trattative, le parti abbiano preso in considerazione tutti gli elementi essenziali dello stipulando contratto (3).

Note:

(1) Così definisce il contenuto della norma Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 1999, Tomo II, 229.

(2) V. Cass. 13 marzo 1996 n. 2057, in *Foro it.*, 1996, I, 2065; Cass. 17 gennaio 1981, n. 430, *id.*, Rep. 1981, voce *Contratto in genere*, n. 112; 18 ottobre 1980, n. 5610, *ibid.*, voce cit., n 111; Cass. 22 ottobre 1982 n. 5492, *id.*, Rep. 1984, voce cit., n. 133 a cui dire, per aversi responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.), è necessario che, sia pure a livello di semplici trattative, le parti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali del contratto che si propongono, o sperano, di stipulare, nel qual caso soltanto si configura il fondato affidamento delle parti stesse, o di taluna di esse, sulla futura conclusione del negozio; pertanto, ove non sia stato contemplato uno degli indicati elementi, quale, vertendosi in materia di permuta, la prestazione di una delle parti, tale affidamento non può sorgere, con conseguente insussistenza della suddetta responsabilità. Cfr. invece sul requisito dell'ingiusto recesso Cass. 12 novembre 1986, n. 6629, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 215; Cass. 18 gennaio 1988 n. 340, *id.*, Rep. 1988, voce cit., n. 267.

(3) In questo senso, oltre alle pronunzie di cui alla precedente nota v. già Cass. 25 febbraio 1992 n. 2335, con nota di Caringella, in *Foro it.*, 1992, I, 1766. La sentenza precisa come la responsabilità precontrattuale possa configurarsi non solo nel corso del procedimento formativo del contratto, ma anche nella fase delle semplici trattative, ma in quest'ultimo caso, l'affidamento della parte sulla conclusione del contratto è da reputarsi meritevole di tutela solo ove le trattative abbiano i crismi della serietà e della concludenza, e cioè allorquando i paciscenti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali dello stipulando contratto, a nulla rilevando, invece, il mancato intervento di un'intesa su dettagli di secondaria importanza. Nella nota di commento tuttavia, l'A. segnala come un siffatto schematismo,

(segue)

Ma che l'ampia portata dell'art. 1337 c.c. non potesse immiserirsi alla sola ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative, è stato sin dall'inizio chiaro alla dottrina (4). Nel tentativo di fornire un paradigma più completo della buona fede in senso oggettivo imposta ai contraenti dall'art. 1337, si sono, così, valorizzati i due aspetti della lealtà e della salvaguardia. Al primo sono riconducibili gli obblighi di informazione, chiarezza e segreto nello svolgimento delle trattative; al secondo, invece, l'obbligo del compimento degli atti necessari per la validità del contratto (5). In particolare, la tradizionale ricostruzione della dottrina circoscrive il dovere di informare l'altra parte sui fatti di rilievo che attengono all'affare, alle sole circostanze che lo rendono invalido, inefficace o inutile, con ovvia esclusione di quelle relative alla convenienza dell'affare (6).

Ma l'evoluzione dell'art. 1337 ha interessato non solo l'approfondimento degli aspetti generali di lealtà e salvaguardia: essa ha investito anche la fattispecie tipica del recesso ingiustificato dalle trattative. Qui, la ricerca di un difficile equilibrio fra il legittimo diritto del contraente di recedere dalle trattative ed il dovere, incombente sullo stesso, di astenersi dal compimento di atti lesivi dell'altrui libertà negoziale, si svolge sul piano della valorizzazione di un principio: l'inizio di una trattativa non autorizza nessuno a fare affidamento sulla stipula del contratto, ma il progressivo avanzamento della contrattazione induce sempre più il paciscente a confidare nel buon esito della stessa e, quindi, nella conclusione dell'affare. Dunque, la responsabilità *ex* art. 1337 c.c. è genericamente connessa all'aver colposamente o dolosamente indotto la controparte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto. Ne consegue che il limite oltre il quale tale affidamento merita tutela, deve essere individuato alla luce delle specifiche circostanze della fattispecie concreta.

In questa prospettiva, il fatto che le parti abbiano raggiunto un'intesa sui punti essenziali del contratto può costituire un'ipotesi esemplificativa di superamento di quel limite nelle trattative, ma non esclude in linea di principio che il travalicamento di quel confine possa emergere da altre evidenze probatorie, altrettanto significative (7). In altri termini, non si deve confondere un'ipotesi meramente sintomatica della violazione del dovere di buona fede precontrattuale (*id est* di un comportamento doloso o colposo idoneo ad indurre la controparte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto) con un presupposto indefettibile per il riconoscimento della responsabilità *ex* art. 1337 c.c. L'intervenuta intesa sugli elementi essenziali del contratto non può, cioè, essere considerata *conditio sine qua non* del risarcimento, pena, in caso contrario, l'irrimediabile irrigidimento della fattispecie e la conseguente sua incapacità di fornire risposta adeguata alle molteplici modalità nelle quali le trattative possono, nel diritto vivente, svilupparsi. Le precedenti relazioni contrattuali intervenute fra le parti ed il loro schema di sviluppo abituale possono essere altrettanto indicative del ragionevole affidamento di una parte nella conclusione del contratto, così come ugualmente significative possono rivelarsi eventuali lettere di intenti o accordi precontrattuali intervenuti fra le parti e che costituiscono, nella prassi commerciale, vere e proprie tappe intermedie nello sviluppo delle trattative (8).

Se così è, pare ragionevole ammettere che, allo stesso modo, può assumere rilevanza anche l'eventuale stipula di contratti collegati o funzionali a quello per il quale pendono le trattative. Il sorgere (o lo sciogliersi) di altri vincoli obbligatori fra le parti o fra una delle parti ed un terzo, può essere di per sé indicativo della serietà e dell'elevato stato di avanzamento delle trattative, e comunque fornisce elementi significativi per attribuire contenuto concreto all'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. Le legittime ed incolpevoli aspettative della parte nella conclusione del contratto possono (in ragione di questo fascio di obbligazioni collaterali) ispessirsi a discapito del margine di possibilità dell'altro con-

Note:

(continua nota 3)

sembra prestare il fianco a censura nella misura in cui, subordinando meccanicamente la configurazione della responsabilità del recedente al delinearsi degli elementi essenziali del contratto, finisce per negare tutela ad una serie di situazioni nelle quali la fiducia del paciscente circa il perfezionamento del contratto, può presentarsi in termini di serietà e di incolpevolezza, indipendentemente dal grado di sviluppo delle trattative. Cfr. anche Cass. 22 ottobre 1982, n. 5492, *id.*, Rep. 1984, voce contratto in genere, n. 133; 11 settembre 1989, n. 3922, *id.*, Rep. 1989, voce cit., n. 255.

(4) In questo senso v. riassuntivamente i riferimenti contenuti in Sacco-De Nova, *op. cit.*, 233.

(5) Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 1993, 167 ss.

(6) Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 108.

(7) In questo senso ancora Bianca, *op. cit.*, 171; secondo l'A., «il limite delle trattative oltre il quale il contraente può confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto dipende dalle circostanze concrete. In via esemplificativa, questo limite può ravvisarsi quando i contraenti hanno raggiunto un'intesa di massima sui punti essenziali dell'affare dovendo ancora definire dettagli di minore importanza (...)».

(8) In questo senso v. Caringella, cit., 1766 ss.

traente di defilarsi dalle trattative, senza incorrere in responsabilità (9).
In questa prospettiva perde rilevanza sistematica la distinzione, ipotizzata da parte della dottrina, fra una responsabilità da atto illecito fondata sulla prova del dolo o della colpa del convenuto e che opera durante tutto il corso della trattativa, ed una responsabilità oggettiva da atto lecito dannoso, che prescinde da questa prova e che opera invece nella sola fase finale della trattativa (10). Alla prima categoria sarebbero riconducibili ad esempio i casi di cd. trattativa maliziosa o l'omessa informazione della controparte sulla volontà di recedere dalle trattative; alla seconda, invece, tutte le ipotesi classiche di recesso ingiustificato dalle trattative. L'una e l'altra categoria, invece, nell'impostazione appena indicata, vengono ricomposte nell'unica fattispecie di responsabilità da atto illecito, all'interno della quale il caso specifico del recesso ingiustificato dalle trattative si distingue solo per la prova, *in re ipsa*, della condotta colposa o dolosa del danneggiante.

3. Il dovere di informazione

Sin qui, il sunto di un'articolata giurisprudenza. Ma, nel nostro caso, si chiede alla S.C. di accertare: *a)* l'eventuale rilevanza di una trattativa sleale per malizioso o reticente comportamento di una delle parti, sotto il profilo dell'omessa informazione; *b)* l'eventuale rilevanza sotto il profilo risarcitorio, di una trattativa stancamente condotta dal convenuto, nonostante la maturata decisione di assumere il mandato assicurativo in proprio e, quindi, di fatto del tutto inutile.
Il ricorso appare, dunque, ad un primo sguardo, incentrato sulla valorizzazione degli principi di lealtà e salvaguardia. Ed in questo segno, infatti, si apre la motivazione del Collegio, che riconosce espressamente la buona fede rilevante *ex* art. 1337 c.c. anche come «dovere di informazione alla controparte sulla reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanza significative rispetto all'economia del contratto medesimo» (11) e ribadisce che la regola posta dalla norma non si riferisce alla sola ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto (12).
La sentenza (e, apparentemente, lo stesso ricorso) si muove consapevolmente nell'alveo segnato dai precedenti innanzi indicati e dall'ampia e conseguente discussione in dottrina sulle conseguenze più immediate dell'importazione nella fase delle trattative, di un reciproco dovere di informazione a carico delle parti. Ma sullo sfondo della motivazione non emerge il classico interrogativo sulla compatibilità logico giuridica tra validità del contratto e responsabilità ai sensi dell'art. 1337 c.c., poiché il contratto non è stato alla fine sottoscritto dalle parti (13).
Quel che traspare qui è invece una più complessa questione: se l'art. 1337 c.c. possa essere considerato norma di chiusura rispetto alle regole di validità del contratto, nel senso che conferisce rilevanza a scorrettezze non considerate da tali regole (c.d. vizi incompleti), secondo il paradigma offerto dall'art. 1440 c.c., o se al contrario la responsabilità precontrattuale, esprimendo la logica funzionale del rapporto, non possa integrare, in funzione di norma di chiusura, il sistema delle invalidità negoziali, che esprime, invece, la logica strutturale della fattispecie (14). È il dubbio sulla configurabilità di un obbligo precontrattuale d'informazione e, più in particolare sulla sua possibile estensione a circostanze che attengono alle strategie di profitto di una parte. Doveva in altri termini il contraente informare la controparte di tutte le circostanza concrete del possibile affare (il mandato di agenzia) in funzione del quale le trattative per la stipula del contratto societario venivano condotte? e, una volta assunto in proprio il mandato di agenzia, doveva altresì il con-

Note:

(9) Sotto questo profilo, la sentenza in rassegna perde l'occasione di un significativo chiarimento sui contenuti del legittimo affidamento del danneggiato nella conclusione del contratto, quale requisito per l'accoglimento della domanda risarcitoria *ex* art. 1337 c.c. e non tenta nemmeno di superare la ristretta e tradizionale prospettiva legata all'archetipo della trattativa orale, per valorizzare ipotesi in cui la serietà della trattativa si evince da elementi ulteriori, quali la sottoscrizione di contratti funzionali o collegati a quello per cui pendono le trattative o la stessa condotta delle parti contestuale alle trattative medesime.

(10) V. riassuntivamente la ricostruzione di Afferni, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in questa *Rivista*, 2009, 469 ss.

(11) La sentenza cita espressamente Cass. 29 maggio 1998, n. 5297, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 321.

(12) La motivazione richiama espressamente la massima di Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, con nota di Scoditti, in *Foro it.*, 2009, I, 440.

(13) Al riguardo ci si limita a rinviare alle articolate e diffuse riflessioni di Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 440 ss.

(14) Mantovani, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

venuto comunicare tempestivamente all'attore la sopraggiunta inutilità della trattativa finalizzata alla costituzione della società? Posta la questione in questi termini, si ha innanzitutto la conferma di come i confini fra le nozioni di lealtà e salvaguardia, da un lato, e recesso ingiustificato dalle trattative, dall'altro, siano, sotto il profilo strutturale, del tutto evanescenti. Entrambe le vie conducono all'accertamento della violazione dell'obbligo di buona fede e ognuna di esse (come spesso accade) poteva essere percorsa per una declaratoria di responsabilità.

Se, ad esempio, il recesso ingiustificato dalle trattative si sostanzia nella responsabilità di una parte per aver dolosamente o colposamente indotto l'altra a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto, appare più che ragionevole riconoscere la responsabilità del convenuto che, dopo aver stipulato un preliminare con la compagnia di assicurazione ed aver consentito che l'attore si licenziasse dal suo precedente impiego per anticipare la sua collaborazione con lo stesso convenuto, diventando suo dipendente nell'attesa di formalizzare il contratto di società, si sia poi tirato indietro dalle trattative e, annusato l'affare migliore, abbia preferito assumere il mandato da solo. È evidente che, per quanto innanzi dicevamo, le dimissioni dell'attore e, addirittura, la sua anticipata collaborazione con il convenuto, sono la dimostrazione esplicita dello stato di avanzamento delle trattative e del grado di affidamento indotto nell'attore, così come l'aver consentito che tali decisioni venissero prese, rappresenta nel contempo indizio rilevante ai fini dell'individuazione di un comportamento doloso o colposo del convenuto, idoneo ad indurre la controparte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto.

Ma, sotto diverso profilo, assume rilevanza anche la circostanza che, dopo aver assunto in proprio il mandato di agenzia, il convenuto abbia proseguito per alcuni mesi le trattative per la costituzione della società che era stata ipotizzata come funzionale all'assunzione del medesimo mandato e che era quindi, a quel punto, del tutto inutile (15). Una trattativa che, per una sola delle parti, è del tutto inutile e superata e che, tuttavia, viene artificiosamente tenuta in piedi, è una trattativa maliziosa, che carpisce la buona fede della controparte e viola, quindi, gli obblighi di lealtà nella fase precontrattuale.

Vi era abbastanza, in entrambi i casi, per una decisione agevole, nel segno della condanna. E invece la motivazione sceglie la via più impervia di un riferimento al dovere di informazione, tanto generico, da lasciare aperto l'interrogativo innanzi richiamato sulla presunta natura integrativa delle regole di validità del contratto, imputabile alla responsabilità precontrattuale.

La massima fatta propria dalla Cassazione apre, infatti, una questione affatto diversa: è da ritenersi sanzionabile, ai sensi dell'art. 1337, ed entro quali limiti, l'inottemperanza al dovere d'informare la controparte, ove questa si sia determinata a contrattare sulla base di un motivo erroneo? Qui abbiamo già valicato il confine e, senza avvedercene, siamo già nel territorio proprio delle regole di validità del negozio ed, in particolare, dell'errore. Siamo cioè già a ridosso di complesse questioni, quali la distinzione fra errore sugli elementi del contratto (normalmente rilevante ai fini dell'annullabilità), e l'errore sulla convenienza dell'affare (ritenuto invece irrilevante), e di altrettanto interessanti e sottili distinzioni fra errore bilaterale (16), errore unilaterale riconosciuto (17), ed erronea presupposizione (18). Insomma, ragioniamo di delicati equilibri giurisprudenziali che rischiano di essere di fatto aggirati (se non stravolti) con il solo retrocedere la questione al momento delle trattative.

4. Conclusioni

Ogni ipotesi di responsabilità precontrattuale (anche il recesso ingiustificato dalle trattative) può essere forzata nello schema dell'omessa informazione o della falsa prospettazione, ove detta responsabilità venga riferita genericamente alla concreta probabi-

Note:

(15) Sulla responsabilità da trattativa inutile o maliziosa v., peraltro, già Bianca, *op. cit.*, 171 ss.

(16) V. sul tema già: Criscuoli, *Errore bilaterale: comune e reciproco*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 609. Caredda, *Sul negozio viziato da errore comune*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 621; Bessone, *Errore comune ed affidamento nella disciplina del contratto*, in *Foro it.*, 1966, I, 1572. Cfr. più di recente Calandrino, *Errore comune su qualità essenziali del bene oggetto di compravendita: interessi sottesi e rimedi esperibili*, in *Corr. merito*, 2010, 33; Grandizio, *Errore bilaterale: nozione e rimedi giurisdizionali*, in *Urbanistica e app.*, 1997, 641.

(17) Lucca, *La riconoscibilità dell'errore e il principio dell'affidamento*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, II, 353; De Simone, *In tema di dissenso nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 414; Lobuono, *Errore (diritto civile)*, in *Il diritto - Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. VI, 110.

(18) Coppi, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 3; Con particolare riferimento all'errore sulla qualità edificatoria del terreno v. Morozzo Della Rocca, *Contratto preliminare ed errore sulla destinazione urbanistica del terreno,* in *Corr. giur.*, 1998, 97; Segreto, *Errore sulla qualità edificatoria o rustica del terreno venduto e rilevanza dello strumento urbanistico in itinere*, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1997, 687; Laghezza, *Sulla compravendita di terreno ritenuto erroneamente edificabile: ovvero alla ricerca della volontà dei contraenti e dell'errore realmente commesso*, nota a Cass., sez. un., 1° luglio 1997, n. 5900, in *Foro it.*, 1997, I, 3217.

lità che la trattativa in corso esiti in un contratto. Ma non sono questi i termini in base ai quali considerare il dovere di informazione.

Se esaminato da questa più ridotta angolazione, il comportamento men che malizioso del convenuto potrebbe apparire (ad esempio nel nostro caso) sminuito nella sua gravità e, in parte, anche giustificato dalla fisiologica asimmetria di informazioni, implicita nella logica contrattuale (19). Lamentare di non essere stato informato è forse l'argomento istintivo del contraente danneggiato, ma non costituisce necessariamente la via più agevole per dimostrare la violazione del dovere di buona fede imposto dall'art. 1337 c.c. Il dovere di informazione dovrebbe entrare in gioco con riferimento a circostanze specifiche e attinenti agli elementi essenziali del contratto.

Ne consegue che la figura dovrebbe emergere dalla sua insostenibile leggerezza e gravitare intorno a massime giurisprudenziali che, radicate sulle già note indicazioni della dottrina (20), consentano la progressiva focalizzazione delle ipotesi rilevanti di *duty of disclosure* in ambito precontrattuale (21). Diversamente, il riconoscimento di un vago obbligo precontrattuale di informazione rischia non solo di entrare in contraddizione con l'irrilevanza del motivo, ai fini dell'annullabilità per vizio del consenso (22), ma anche di porsi in conflitto con l'intero sistema di regole dettato in tema di (in)validità del contratto, con conseguente implosione della stessa struttura della norma.

Quanto poi sia delicata (ed importante) la ricerca del sottile equilibrio fra dovere di informazione e libertà nelle trattative, appare chiaro sol che si consideri come altri ordinamenti, quali quello statunitense, negano sostanziale ingresso a qualsivoglia obbligo precontrattuale generalizzato di buona fede (23). Che possa anche essere considerata fisiologica, nelle trattative commerciali, una qualche asimmetria delle informazioni, è un dato di fatto difficilmente discutibile (24), soprattutto nelle ipotesi in cui l'informazione sia stata prodotta volontariamente e con spesa, e sia destinata *ab origine* ad essere sfruttata dal produttore, senza l'obbligo di rivelarla alla controparte (25). Ma se è vero che i criteri di *law and economics* individuano la più efficiente regola di responsabilità in ambito precontrattuale nella *intermediate liability* (26), pare inevitabile che quella ricerca di equilibrio rappresenterà la prossima frontiera dell'evoluzione giurisprudenziale in materia.

Note:

(19) V. oltre, nota 23 e 24; e cfr. Trib Milano 5 maggio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 601, a cui dire non ricorre un'ipotesi di *culpa in contrahendo* né per recesso ingiustificato dalle trattative né per violazione dell'obbligo di informazione, nell'ipotesi in cui una parte si sia espressamente riservata di comunicare l'eventuale accettazione della proposta entro breve tempo e nulla abbia più comunicato, concludendo il contratto con un terzo a seguito di separata trattativa non rivelata.

(20) Si è già detto come dell'opinione di chi limita, ad esempio, il dovere di informazione sui fatti di rilievo che attengono all'affare, alle sole circostanze che lo rendono invalido, inefficace o inutile, con esclusione di quelle relative alla convenienza dell'affare; v. nota 6.

(21) V. Bianca, *Il contratto,* Milano, 1994, III, 167; Benatti, voce *Responsabilità precontrattuale (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, XXVII, 44; D'Avino-Viarigi, *Rilievi critici sulla responsabilità precontrattuale*, in *Vita not.*, 1985, 1415; Cfr. anche l'opinione di Caruso, *La «culpa in contrahendo» - L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 109 e Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

(22) Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 440. Rossello, *L'errore nel contratto (artt. 1427-1433)*, Milano, 2004.

(23) Per un attento confronto in un'ottica gius-economica fra l'esperienza nostrana in tema di responsabilità precontrattuale e quella nord-americana v. P. Pardolesi, *Recesso dalle trattative: un esercizio di* comparative law and economics, in questa *Rivista*, 2005, 597 ss.

(24) Una certa asimmetria informativa è fisiologica nella trattativa; secondo Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., 1993, 103, quasi nessuno scambio è concluso con informazione assolutamente perfetta da entrambe le parti. Si consideri, peraltro, la delicatezza dell'argomento in tema, ad esempio, di transazioni finanziarie; sul punto Trib. Milano 12 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 1626, con nota di Bechi-Palmieri, a cui dire devono ritenersi contrarie alla buona fede le condotte della compagnia assicuratrice che, nella stipulazione e nell'esecuzione di una polizza *index linked*: 1) abbia consegnato le condizioni di polizza solo dopo l'accettazione della proposta; 2) non abbia reso edotto il cliente della connotazione finanziaria del prodotto che stava acquistando e dei rischi che così si assumeva; 3) si sia rifiutata di corrispondergli il capitale minimo garantito. V. anche Bellantuono, *Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione,* commento Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, I, 1903.

(25) Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, in *The journal of Legal Studies*, January, 1978, VII, 4. Sull'argomento v. anche: Legrand, Precontractual *Disclosure and Information: English and French Law Compared, 6 Oxford J. Legal Stud.*, 345 s. (1986) Villa, *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadrimestre*, 1988, 286.

(26) V. ancora P. Pardolesi, *Recesso*, cit., 597 ss.

Illecito commesso dal figlio minore

"Cocco di mamma" anche se ammazza. Figli minori e responsabilità dei genitori

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4395 - Pres. Segreto - Est. Amatucci - P.M. Patrone - R.A.P. e altri c. M.G. e altri

Posto che l'inadeguatezza del grado di educazione del figlio minore ben può desumersi dalle stesse modalità del fatto illecito, è dato ravvisare *culpa in educando* non solo quando i genitori non dimostrino di aver impartito al minore l'educazione e l'istruzione consone alle proprie condizioni sociali e familiari, ma anche quando dalle stesse modalità del fatto si evinca una educazione di per sé carente.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 22 aprile 2009, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2010, 2, I, 402; Cass. 29 maggio 2001, n. 7270, in questa *Rivista*, 2001, 1211.
Difforme	Cass. 6 gennaio 2006, n. 831, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 6, 1071.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

1. - I ricorrenti principali deducono:
a) col primo motivo, violazione e falsa applicazione dell'art. 384 c.p.c. per avere la corte, disponendo un accertamento tecnico su un arma diversa da quella del delitto, travalicato i limiti del giudizio di rinvio;
b) col secondo, violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., nonché insufficiente e contraddittoria motivazione sulla responsabilità per l'evento per avere erroneamente valutato le risultanze probatorie;
c) col terzo, violazione e falsa applicazione dell'art. 1227 c.c. e motivazione insufficiente sulla quantificazione dell'apporto causale della stessa vittima, riduttivamente apprezzato in relazione alla sua maggiore età ed al fatto che egli aveva consegnato la propria pistola d'ordinanza alla giovane;
d) col quarto, violazione e falsa applicazione degli artt. 147 e 2048 c.c., nonché motivazione illogica ed inadeguata sul punto della ravvisata responsabilità genitoriale da *culpa in vigilando* ed *in educando*.
2. - Tutti e quattro i motivi sono infondati.
2.1. - Il primo poiché allorquando la Corte di cassazione - come nel caso in esame - cassi la sentenza impugnata per vizio della motivazione su un punto decisivo della controversia (*ex* art. 360 c.p.c., n. 5) non è enunciato alcun principio di diritto vincolante per il giudice di rinvio, il quale è tenuto unicamente a riesaminare i fatti ai fini di un nuovo apprezzamento complessivo, che sia adeguato ai rilievi contenuti nella sentenza di cassazione; sicché le prescrizioni dettate al riguardo dal giudice di legittimità hanno valore meramente orientativo e non valgono a circoscrivere in un ambito invalicabile i poteri del giudice di rinvio, che resta libero di accertare nuovi fatti e di decidere la controversia anche in base a nuovi presupposti oggettivi (cfr., *ex multis*, Cass. n. 2605 del 2006). Va soggiunto che l'accertamento demandato al giudice del merito non atteneva, nel caso in esame, alla specifica pistola con la quale il colpo fu esploso, ma al tipo di arma usata (Beretta cal. 9), al fine di accertare se la versione fornita da R.C. sulle modalità del fatto (non rileva se in sede di interrogatorio o innanzi ai carabinieri) fosse compatibile con le caratteristiche tecniche dell'arma stessa. Il che è stato appunto escluso.
2.2. - Il secondo motivo, nella parte in cui non è inammissibile per essere la critica rivolta alla valutazione delle risultanze probatorie (la cui erroneità non integra, in sé, un vizio denunciabile col ricorso per cassazione), è infondato poiché la corte ha ritenuto - con motivazione niente affatto carente o contraddittoria e sulla scorta della espletata consulenza tecnica d'ufficio - che quel tipo di pistola non può esplodere un colpo se, dopo che il grilletto sia stato premuto a vuoto (come la R. aveva dichiarato essere stato fatto dall'A.), non sia stata inserita la munizione in canna.
2.3. - Il terzo motivo è infondato, poiché la critica si ap-

punta sulla valutazione dell'apporto percentuale causale del negligente e imprudente comportamento della vittima, che la Corte d'appello ha determinato nel 40% con valutazione di puro merito e non irragionevole alla luce delle conclusioni raggiunte sul fatto che era stata la stessa R. ad inserire il colpo in canna.
2.3.1. - Va qui detto che, per ragioni assolutamente speculari, è infondato anche il ricorso incidentale, col cui unico motivo i congiunti della vittima denunciano anch'essi violazione e falsa applicazione dell'art. 1227 c.c. ed insufficiente motivazione sulla quantificazione dell'apporto causale della vittima, che a loro avviso non si sarebbe dovuto determinare in misura maggiore del 10%.
2.4. - Il quarto motivo del ricorso principale, da ultimo, è infondato in quanto (non essendo stata configurata dalla Corte di merito un'ipotesi di *culpa in vigilando*, ma *in educando*), la corte d'appello non s'è discostata dal principio secondo il quale l'inadeguatezza del grado si educazione del figlio minore non incapace di intendere di volere ben può desumersi, per gli effetti di cui all'art. 2048, comma 1, c.c. dalle stesse modalità del fatto.
Questa Corte è ben consapevole del rilievo che, in tal modo, si finisce col configurare a carico dei genitori del minore, soprattutto se prossimo alla maggiore età, una forma di responsabilità che rischia di rasentare quella oggettiva. Tanto più in relazione al principio secondo il quale non è sufficiente, ai fini della prova di non aver potuto impedire il fatto (di cui al terzo comma dell'art. 2048 c.c.), dimostrare di avere genericamente dato un'educazione al minore, ovvero di averlo avviato al lavoro, ma è necessario dimostrare in modo rigoroso di avere impartito insegnamenti adeguati e sufficienti per educarlo ad una corretta vita di relazione (*ex ceteris*, Cass. n. 9556 del 2009).
Ritiene, nondimeno, che tale orientamento vada tenuto fermo, considerato anche che esso, per un verso, ingenera il possibile interesse anche economico dei genitori ad impartire ai figli un'educazione che li induca a percepire il disvalore sociale dei comportamenti pericolosi per gli altri; e, per altro verso, è in sé idoneo a sollecitare la precauzione dei minori allo stesso fine, anche per il timore della possibile reazione dei genitori che fossero chiamati a rispondere delle conseguenze dei loro atti illeciti in danno dei terzi.
Va comunque detto che, nella specie, i genitori non hanno chiesto l'ammissione di alcuna prova liberatoria.
3. - In conclusione, i ricorsi riuniti vanno respinti. La reciproca la soccombenza induce alla compensazione delle spese del giudizio di legittimità.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Marina Dimattia (*)

L'autrice, richiamando una serie di precedenti giurisprudenziali in materia, rileva la disomogeneità delle pronunce anche in presenza di condotte affini. Ed invero, evidenzia la mancata considerazione da parte della Suprema Corte della possibilità che l'illecito commesso dalla minore avrebbe potuto essere legato ad una serie causale accidentale, motivazione che in altre occasioni ha escluso l'inadeguatezza dell'educazione impartita dai genitori.

Il caso

Con la sentenza in epigrafe (1), il Supremo Collegio torna a pronunciarsi sulla responsabilità dei genitori per l'illecito commesso dal figlio minore. La sentenza che si annota trae origine dalla morte di un carabiniere di vent'anni ucciso da un colpo esploso dalla fidanzata minorenne, mentre le lasciava maneggiare la propria pistola d'ordinanza.
Il procedimento penale a carico della ragazza per omicidio colposo si concludeva con una sentenza di non doversi procedere, per essersi il reato estinto per prescrizione; la domanda risarcitoria proposta dai congiunti del defunto veniva accolta in primo grado, con condanna dei genitori della minore al pagamento di L. 15.000,000 nei confronti di ciascuno dei genitori del ventenne e 7.000.000 a ciascuno dei fratelli.
La decisione veniva totalmente riformata dalla Corte d'appello di Catania, che rigettava la domanda risarcitoria. A seguito di ulteriore impugnativa, la Suprema Corte cassava la sentenza con rinvio, per avere il giudice del gravame «acriticamente accettato la ricostruzione dei fatti proposti dalla 17enne in sede di interrogatorio formale».
Nel giudizio riassunto, la Corte d'appello di Catania ravvisava un apporto colposo a carico della ragazza pari al 60%, condannandola in solido con i genitori ad un risarcimento di 90 mila euro a favore di ciascuno dei genitori del carabinieri, e 21 mila euro ad

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Cass., sez. III, 20 marzo 2012, n. 4395.

ognuno dei tre fratelli dello stesso. La vicenda arrivava per la seconda volta in Cassazione, dove veniva confermato il giudizio della Corte d'appello di Catania.

Il codice Dostoevskij: delitto e castigo, ma a carico dei genitori del minore

La sentenza in epigrafe torna a fare applicazione del principio più volte ribadito dalla Suprema Corte, della responsabilità dei genitori per la c.d. «*culpa in educando*», che, accanto alla *culpa in vigilando*, costituisce il presupposto della risarcibilità dei danni in caso di fatti illeciti commessi da minori. Sebbene la responsabilità dei genitori *ex* art. 2048 c.c. si fondi su una presunzione di colpa tanto *in educando* quanto *in vigilando* (2), la Corte di cassazione, secondo l'orientamento più recente, mostra di ritenere che debba prendersi in considerazione non più la "*culpa in vigilando*", o per lo meno non più una colpa scaturente dal non aver esercitato i poteri di "supervisione" spettanti ai genitori per impedire la commissione dell'illecito, ma piuttosto quella in *educando* (3); traiettoria evidentemente diversa rispetto al passato, se si ricorda che, prima della riforma del diritto di famiglia, il minore veniva considerato a tutti gli effetti sotto la protezione e la tutela dei genitori, a carico dei quali gravava il dovere di vigilare su di lui fino al compimento della maggiore età. Se in passato, infatti, era verosimile avere il controllo del minore a 360 gradi, posto che l'organizzazione della famiglia, e nel contempo della vita familiare, si svolgeva prevalentemente in casa, così che gli spazi del minore erano limitati all'abitazione familiare ed eventualmente allo spazio sottostante l'abitazione, oggigiorno sarebbe inimmaginabile pensare di curare la "regia" o di detenere il controllo *in toto* della prole.

A riprova di tale "nuovo" orientamento - oltre al fatto che la corte di merito, nel caso di specie, non abbia ravvisato un'ipotesi di *culpa in vigilando* (bensì *in educando*) - si insedia la nuova interpretazione data alla prova liberatoria dettata dall'art. 2048 c.c., individuata nel «non aver potuto impedire il fatto», per meglio dire, nella dimostrazione in termini positivi, da parte dei genitori, di aver adempiuto alla funzione educativa (4). Ed invero, la responsabilità di cui al terzo comma dell'art. 2048 c.c., discende da una condotta omissiva a carico dei genitori in un momento antecedente alla commissione dell'illecito. Più precisamente l'omissione risiederebbe nella violazione dei doveri correlati all'esercizio della potestà e sanciti dall'art. 147 c.c.: obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale, delle aspirazioni dei figli e di converso, obbligo di educare affinché il minore riesca a discernere ciò che è bene da ciò che è male correggendo negli anni i difetti. Anche laddove gravasse in capo ai genitori un onere di vigilanza affievolito, sarebbe sicuramente più semplice provare l'inesistenza di una tale *culpa*. Qualora il genitore abbia fornito la prova di non aver potuto 'materialmente' impedire il fatto, perché avvenuto fuori dalla propria sfera di controllo e perché «l'autonomia di vita che nel costume sociale il minore consegue col superamento della fanciullezza esclude che possa farsi carico ai genitori di vigilare fisicamente il figlio» (5), gli si chiederebbe, comunque, di dimostrare di aver impartito una corretta educazione. Di conseguenza, non occorre «che il genitore provi la sua costante e ininterrotta presenza fisica accanto al figlio» quando «per l'educazione impartita, per l'età del figlio e per l'ambiente in cui egli viene lasciato libero di muoversi, risultino correttamente impostati i rapporti del minore con l'ambiente extrafamiliare, facendo ragionevolmente presumere

Note:

(2) Cfr. P. Pardolesi-M. Dimattia, *Responsabilità dei genitori per l'illecito dei minori: un esercizio di precomprensione?*, in questa *Rivista*, 2010, 170; V. Colombini, *La responsabilità dei genitori*, in *Arch. civ.*, 1996, 16, in cui si legge: «La colpa *in educando* è - quasi si potrebbe dire - come il quadro di carattere generale in cui si inserisce il momento specifico della colpa in vigilando che è più strettamente connessa al fatto illecito commesso dal minore»; cfr. anche M. Antinozzi, *La responsabilità civile dei genitori*, in *Dir. e prat. assicuraz.*, 1985, 311, 156: «La responsabilità dei genitori (…) si configura come una fattispecie complessa, che richiede, da una parte, un fatto illecito commesso dal figlio minore e, dall'altra, l'omissione di vigilanza da parte dei genitori e il difetto di educazione»; e ancora v. M.R. Fischetti, *La responsabilità extracontrattuale dei genitori*, nota a App. Lecce-Taranto 13 aprile 1995, in *Arch. civ.*, 1996, 773, in cui si afferma: «Siamo di fronte ad una fattispecie complessa, in quanto sono necessari due elementi: uno positivo - l'illecito commesso dal minore (fatto positivo) - e l'altro negativo - la circostanza di non aver potuto impedire l'evento da parte del genitore (fatto negativo)».

(3) G. Mastrangelo, *La responsabilità dei genitori tra educazione e vigilanza della prole minore*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 3, 548; e ancora G. Mastrangelo, *Violenza sessuale di gruppo e responsabilità dei genitori* ex *art. 2048 c.c.: il risarcimento del danno non patrimoniale come "internalizzazione del rischio educativo"?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 7-8, 1614, in cui si legge «Il passaggio dall'infanzia alla maggiore età è ovviamente graduale, per cui il profilo della sorveglianza man mano recede per fare spazio all'educazione o almeno così dovrebbe essere all'interno di un'opera educativa correttamente impostata».

(4) F. Ferri, *La responsabilità dei genitori* ex *art. 2048 c.c.*, in *Giur. it.*, 2000, 1409; M.R. Fischietti, *La responsabilità extracontrattuale dei genitori*, cit.

(5) M. Bianca, *Diritto civile*, 2005, vol. V, 693; in giurisprudenza Cass. 30 ottobre 1985, n. 5564, in *Foro it.*

che tali rapporti non possano essere fonte di pericolo per i terzi» (6). Peraltro, nella giurisprudenza più recente, il dovere di vigilanza è stato inteso non in senso letterale, ma come rientrante nel più vasto concetto di educazione (7). «Nell'opera di educazione, in altri termini, è insita un'attività di vigilanza sulla rispondenza del comportamento del minore e sui risultati concreti dell'attività educativa. In tal modo, contrariamente a quanto ha rilevato il ricorrente, la colpa non viene ravvisata nel risultato dell'educazione, ma rimane pur sempre collegata alla condotta del genitore» (8). Sui genitori cade, quindi, la mannaia di non aver prestato la dovuta attenzione alla acquisizione dei valori trasmessi, e di non aver vigilato sui risultati pratici delle «lezioni di educazione» e «sul grado in cui i precetti impartiti sono stati assimilati» (9). E così, nella sentenza che si commenta, sono i genitori a rispondere civilmente per l'omicidio della minore, nel presupposto che l'aver la ragazza maneggiato una pistola sia da attribuirsi alla cattiva educazione impartita alla figlia. E se pure messaggi educativi vi erano stati, alla luce di quanto appena delineato, si potrebbe pensare che per i giudici di piazza Cavour non siano stati adeguati o ben compresi.
Un (non nuovo) cuneo è stato ribadito nel già ansimante ruolo genitoriale, dacché poco importa che il fatto illecito sia stato commesso dal figlio. È come se lo avessero commesso in prima persona i genitori.

Piccoli o grandi minori: la legge è uguale per tutti

La posizione del quasi maggiorenne dovrebbe configurarsi come singolare rispetto a quella del minore *sic et simpliciter*, non foss'altro perché nei confronti di coloro che in Francia vengono definiti "grands enfants" si dovrebbe inevitabilmente affievolire il dovere di controllo da parte dei genitori. Così come a partire da una certa età, il genitore si "frena" dal provvedere ad accompagnare la prole a scuola, tanto accade in termini di "sorveglianza" nella restante parte della giornata, semplicemente perché il minore è sempre "meno minore" e di giorno in giorno acquisisce (e diventa meritevole di) maggiori spazi di autonomia.
Se nell'ordinamento francese in caso di illeciti posti in essere dal quasi maggiorenne la responsabilità del genitore è attenuata, e se in Germania è completamente esclusa la responsabilità dei genitori per i danni cagionati dal figlio ormai prossimo alla maggiore età (10), il legislatore italiano non si è invece preoccupato di disporre una graduazione della responsabilità che tenga conto del «grande minore», di chi è ormai vicino ad acquistare la piena capacità di agire (11); e questo nonostante la Cassazione sia ben «consapevole del rilievo che, in tal modo, si finisce col configurare a carico dei genitori del minore, soprattutto se prossimo alla maggiore età, una forma di responsabilità che rischia di rasentare quella oggettiva» (12). La mancata differenziazione tra piccolo e grande minore collide anche con l'insegnamento della Corte costituzionale quando afferma che l'art. 147 c.c. sta ad indicare che il «potere discrezionale dei genitori sui figli va progressivamente riducendosi in rapporto al progressivo accrescersi dell'autonomia e del peso della volontà del minore» (13).
Gli stessi interventi giurisprudenziali, sebbene talvolta disomogenei (come si metterà in evidenza nel prossimo paragrafo), hanno "mitigato" la rigidità della responsabilità dei genitori limitatamente alla *culpa in vigilando* (senza alleggerire il peso della prova relativa alla *culpa in educando*), sancendo che obbligo di vigilanza ed età del minore sono da considerasi come inversamente proporzionali: «quando il fi-

Note:

(6) Cass. 28 marzo 2001, n. 4481, in *Familia*, 2001, 1171; Cass. 20 gennaio 1997, n. 540, in *Gius*, 1997, 1008; in senso conforme Cass. 9 giugno 1994, n. 5619, in *Gius*, 1994, 109; Cass. 11 agosto 1997, n. 7459, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2390; Cass. 29 maggio 1992, n. 6484, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 588; Cass. 7 aprile 1988, n. 2738, in *Arch. civ.*, 1989, 46; Cass. 24 ottobre 1988, n. 5751, *ivi*, 1989, I, 98; Cass. 5 aprile 1988, n. 2738, in *Giur. it.*, Mass. 1988; Cass. 24 ottobre 1988, n. 5751, in *Foro it.*, 1989, I, 98; Cass. 10 febbraio 1987, n. 1427, in *Giur. it.*, I, 1, 1752.

(7) Cass. 21 settembre 2000, n. 12501, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2835, secondo la quale: «Tale dimostrazione comporta (...) che il genitore compia anche un'adeguata vigilanza in ordine al grado di assimilazione, da parte del minore stesso, dell'educazione ricevuta e dalla conformità della abituale condotta dello stesso ai precetti dell'educazione impartitagli. Nell'opera di educazione, in altri termini, è insita un'attività di vigilanza sulla rispondenza del comportamento del minore e sui risultati concreti dell'attività educativa».

(8) Cass. 28 marzo 2001 n. 4481, cit., in cui si legge in particolare che: «In altri termini l'obbligo di vigilanza per i genitori del minore capace non si pone come autonomo rispetto all'obbligo di educazione, ma va correlato a quest'ultimo, nel senso che i genitori devono vigilare che l'educazione impartita sia consone ed idonea al carattere ed alle attitudini del minore e che quest'ultimo ne abbia "tratto profitto", ponendola in atto, in modo da avviarsi a vivere autonomamente, ma correttamente».

(9) Cass. 21 settembre 2000, n. 12501, cit.

(10) A. Ferrante, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, 687 ss.

(11) Cfr. Cass. 20 ottobre 2005, n. 20322, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 304 e in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 990, con nota di P. Quarticelli, nonché in *Fam. e dir.*, 2006, 135, con nota di G. Facci.

(12) Cass., sez. III, 20 marzo 2012, n. 4395, cit.

(13) Corte cost. 6 ottobre 1988, n. 957, in *Giur. it.*, 1989, 1 ss.

glio è vicino a raggiungere la piena capacità di agire, la sorveglianza va rallentata al fine di salvaguardare lo spirito di iniziativa del minore stesso» (14); e ancora «tanto più assidua ed intensa deve essere la vigilanza, quanto più lontano è il figlio dal compimento della maggiore età» (15).
Orbene, se l'onere probatorio circa l'assenza di *culpa in vigilando* si attenua con il crescere dell'età del minore, al contrario, i doveri educativi permangono incessanti nel tempo. Ed invero, la prova di essere esenti da *culpa in educando* è senza dubbio più complessa, considerando che i genitori devono fornire dimostrazione di aver trasmesso alla prole un bagaglio educativo idoneo a prevenire lo specifico rischio di danno che, invece, si è venuto a cagionare.

La *culpa in educando* può desumersi dalle modalità del fatto illecito

La *culpa in educando*, a carico dei genitori, si pone a riprova anche del principio secondo il quale l'inadeguatezza del grado di educazione del figlio minore ben può desumersi, per gli effetti di cui all'art. 2048, primo comma, c.c. dalle stesse modalità del fatto (16). I giudici affermano l'esistenza di una *culpa in educando* non solo quando i genitori non dimostrano di aver impartito al minore l'educazione e l'istruzione consone alle proprie condizioni sociali e familiari, ma anche quando dalle stesse modalità del fatto illecito si desuma una educazione di per sé impropria, inadeguata, senza indagare se sussista o meno una colpa in concreto (17). Pertanto più grave è l'illecito commesso, più evidente sarà la carenza educativa. Così, per esempio è accaduto nel caso di un minore colpito al capo dalla tegola lanciata da un coetaneo, in cui la Suprema Corte ha ribadito che le modalità del fatto «ben possono rivelare lo stato di maturità e l'educazione del minore e così le debite incombenze cui i suoi genitori sono mancati» (18). Diversamente, invece, in caso di illecito di minore gravità l'onere probatorio risulta alleggerito. È il caso di una donna che, mentre giaceva sdraiata sotto un ombrellone, veniva urtata violentemente da un minore che, cadendole addosso, le cagionava la lussazione della spalla destra. In questo caso la Cassazione ha ravvisato una scorretta applicazione dei principi di diritto da parte della corte d'appello, cassando con rinvio la sentenza con cui si condannavano i genitori al risarcimento del danno: «Infatti le circostanze dedotte dall'appellante avevano ad oggetto, da un canto, la corretta condotta e il buon profitto scolastico del minore, e, dall'altro, la meritevolezza dei limitati margini di libertà concessi allo stesso, in quanto di carattere tranquillo e particolarmente maturo per la sua età, oltre che disciplinato e prudente nell'ambiente di svago che frequentava da tempo. Pertanto tali elementi di fatto assumevano certamente rilevante importanza ai fini della prova liberatoria, in quanto consentivano di evincere che il dovere di vigilanza era stato assolto in modo adeguato, stante i proficui risultati dell'attività educatrice e la capacità di autogestione dimostrata dal ragazzo» (19).
Così stando le cose, di fronte ad un fatto di omicidio, un fatto penalmente rilevante, risulta indiscutibile, almeno in astratto, il fallimento educativo, la carenza di quella adeguata attività edificante a cura dei genitori (20). Di conseguenza diventa pressoché

Note:

(14) App. Venezia 30 marzo 1074, in *ARC*, 1974, 263.

(15) App. Milano 3 giugno 1955 in *RGI*, 1955, *Responsabilità civile* n. 164, col. 2630.

(16) Tanto per esempio ha statuito Cass. 29 maggio 2001, n. 7270, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Responsabilità civile*, 42: «Le modalità del fatto delittuoso dedotto in contestazione (uccisione di due persone con colpi di pistola esplosi alle spalle, a mezzo di un'arma clandestina e per motivi riconducibili a pregressa, profonda intolleranza fra gruppi familiari) avevano rivelato "il temperamento irruente ed astioso del giovane P., la sua mancanza di valori morali e la sostituzione degli stessi con valori negativi (quali l'attaccamento esagerato ai beni materiali, l'odio e la vendetta)" e in definitiva "un quadro caratteriale e comportamentale del giovane" che non avrebbe potuto considerarsi "frutto di una corretta educazione e che avrebbe dovuto quanto meno imporre ai genitori una ben diversa vigilanza"»; e ancora Cass. 24 ottobre 1988, n. 5751, in *Foro it.*, 1989, I, 98, «In taluni casi anche il solo esame del fatto dannoso può bastare per ritenere oppure per escludere la responsabilità del genitore, rendendo superflua la prova liberatoria, sempre che però le modalità del fatto stesso rivelino *ictu oculi*, nel primo caso, una completa mancanza di senso di responsabilità del minore, della quale il genitore non può essere stato all'oscuro,o, nel secondo caso, una trasgressione del minore dovuta ad elementi del tutto eccezionali, in alcun modo riconducibili a difetto di educazione o di vigilanza».

(17) A. Sgribi Scotto, *Ancora sulla* vexata quaestio *della responsabilità dei genitori per fatto illecito del minore*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 1, 111.

(18) Cass. 7 agosto 2000, n. 10357, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Responsabilità civile*, n. 258.

(19) Cass. 24 ottobre 1988, n. 5751, cit.

(20) Cfr. Trib. Rovereto 19 luglio 2010, in *Red. Giuffrè* 2010, in cui si legge che «[…] la giurisprudenza della Cassazione è giustamente assai rigorosa nel valutare la prova di cui all'art. 2048 c.c., con specifico riferimento proprio alla prova di aver impartito al figlio una corretta educazione, affermando che il giudice può desumere il grado di educazione dal comportamento del minore ed anche dal fatto illecito commesso, quando esso manifesti un fallimento educativo quanto alla capacità di frenare i propri istinti, giungendo ad affermare che la culpa in educando dei genitori deve ritenersi presunta, qualora il fatto illecito commesso dal figlio minore sia di tale gravità da rendere evidente la sua incapacità di percepire il disvalore della propria condotta, mentre per fornire la prova di aver adeguatamente educato il figlio non è sufficiente dimostrare di aver genericamente impartito una educazione al minore, ovvero di averlo avviato al lavoro, ma è necessario dimostrare in modo rigoroso di aver impartito insegnamenti adeguati e sufficienti per educare il minore ad una corretta vita di relazione».

impossibile per i genitori fornire la richiesta prova liberatoria, considerando anche che la valutazione circa la corretta educazione subisce una valutazione *ex post*, direttamente collegata all'evento lesivo: ciò obbliga i genitori non semplicemente ad impartire un percorso educativo consono alla personalità del minore e al «suo grado di calare nella pratica quanto gli viene impartito» (21), ma a pretenderne il risultato, con l'effetto di trasformare i doveri dei genitori in una c.d. obbligazione di risultato (22).
E se anche la Suprema Corte aveva più volte rimarcato che «il solo fatto dell'illecito [non] può costituire di per sé motivo per escludere l'adeguatezza dell'educazione impartita dai genitori in quanto in questo caso la prova liberatoria non opererebbe mai, poiché essa presuppone proprio che un illecito sia stato posto in essere dal figlio minore, (e quindi ndr.) la valutazione del giudice sull'adeguatezza dell'educazione impartita e sulla vigilanza esercitata, nei termini suddetti, va effettuata *ex ante* e non *ex post*» (23), le conclusioni nel caso di specie appaiono differenti, dimostrando forse un incauta "retrocessione" di pensiero.

La disomogeneità delle decisioni della Suprema Corte

In tema di responsabilità dei genitori per illeciti commessi dai figli minori, la giurisprudenza risulta alluvionale, ma alquanto disomogenea, anche in presenza di condotte affini. Non vi è, infatti, univocità di vedute nell'individuare i parametri utili a verificare che i genitori abbiano adempiuto al loro compito educativo.
Se, per esempio, la Corte di legittimità ha considerato esente da responsabilità i genitori di un ragazzo di dieci anni che, invece di recarsi da un insegnante privato, si sia attardato a giocare con una fionda per strada, ferendo un bambino di cinque anni (24), essa ha, al contrario, ritenuto imputabili i genitori di un coetaneo, che aveva ferito con una fionda una bambina. Solo nella seconda decisione la condotta posta in essere rivelava «di per sé una impropria educazione» (25), sulla base della considerazione secondo la quale «non solo fu consentito al bambino di allontanarsi di casa, ma lo si lasciò andare con un attrezzo pericoloso come la fionda, del quale, per evidente trascuratezza, si ignorava addirittura l'esistenza» (26). Di diverso avviso il Supremo Collegio che ha giudicato il minore «più fortunato» perché risultava che genitori avessero allevato il figlio secondo i «principi educativi della ubbidienza, del dovere e della riflessione». In questo caso fu attribuito «al dovere di sorveglianza (...) un carattere relativo e non assoluto», cosicché non fu considerata integrata la *culpa in vigilando* per la mancata sorveglianza del figlio nei «limitati margini di libertà di movimento, consoni alla sua età» (27).
La responsabilità del genitore viene affermata anche a seguito del gesto scherzoso del minore consistito nell'aver scagliato una gomma contro un altro coetaneo (28). La corte, pur riconoscendo l'intento "divertente" del gesto, ha ravvisato nell'autore «un'immatura sconsideratezza e una non ancora acquisita coscienza della irrilevanza delle intenzioni sui risultati di un gesto comunque oggettivamente violento», nonché una educazione inadeguata impartitagli, considerando che l'educazione dei genitori «deve tendere a far acquisire al minore una maturità anche nella attività di gioco e di scherzo» (29). Di converso, nello stesso anno, il Tribunale di Verona ha escluso la responsabilità dei genitori, perché non si riteneva che il minore avesse normalmente un carattere ribelle: «L'episodio è certamente illecito e riprovevole, ma, in difetto di prove idonee a legittimare la configurazione di questo convenuto come di persona dedita alla violenza o a commettere illeciti oppure a frequentare compagnie e/o ambienti malfamati, ed anzi, in presenza di prove che lo presentano come un "ragazzo tranquillo" e dedito allo studio non può farsi conseguire da tale unico episodio un giudizio di carente educazione o di omessa vigilanza da parte dei suoi genitori» (30).

Note:

(21) Cass. 28 marzo 2001, n. 4481, *cit.*

(22) U. Montaguti, *Genitori sempre responsabili per le condotte dei figli minori*, in questa *Rivista*,1998, 257.

(23) Cass. 28 marzo 2001, n. 4481, *cit.*

(24) Cass. 30 ottobre 1984, n. 5564, in *Foro it.*, 1985, I, 145, con nota di Paganelli.

(25) Cass. 18 giugno 1985, n. 3664, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1527.

(26) Ibid.

(27) Cfr. P. Pardolesi-M. Dimattia, *Responsabilità dei genitori per l'illecito dei minori: un esercizio di precomprensione?*, *cit.* «In altre parole: non è in colpa chi non previene ciò che non si ha ragione di preventivare. La flessibilità dell'obbligo di vigilanza, in relazione all'età e ai risultati dell'educazione impartita, si sposa ad una compressione della *culpa in educando,* a cui è lasciato un ruolo impalpabile (e sostanzialmente precostituito dall'affermazione della bontà dei precetti impartiti)».

(28) Cass. 21 settembre 2000, n. 12501, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2835.

(29) Ibidem, cit.

(30) Trib. Verona 18 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1407, con nota di F. Ferri.

Per concludere

Nel *mare magnum* di precedenti, la Suprema Corte sceglie di richiamare la sentenza n. 9556 del 2009 (31) nella parte in cui si precisa il principio secondo il quale «non è sufficiente, ai fini della prova di non aver potuto impedire il fatto, dimostrare di aver genericamente dato un'educazione al minore, ovvero di averlo avviato al lavoro, ma è necessario dimostrare in modo rigoroso di aver impartito insegnamenti adeguati e sufficienti per educarlo ad una corretta vita di relazione». Meglio avrebbe fatto, piuttosto, a non trascurare la relazione tra illecito e una serie causale accidentale, motivazione che in altre occasioni ha escluso l'inadeguatezza dell'educazione impartita dai genitori (32). Piuttosto che imputare l'omicidio della 17enne ai genitori, la Suprema Corte avrebbe dovuto considerare l'incidente, seppur mortale, come conseguenza dell'inconsapevolezza della ragazza, del suo essere all'oscuro che il colpo fosse in canna.
Sembra, invece, che la direzione della Corte sia rivolta, in massimo grado, ad evitare che eventi così gravi, al punto da cagionare la morte di un soggetto, possano restare impuniti. Così facendo, però, non è lontano il rischio di tutelare la vittima solo sulla base del principio della "tasca profonda" («*deep pocket*»), metodo per il quale i danni vengono imputati a quelle categorie di persone che sono maggiormente in grado di reggerne il peso (33), sempre che, per quanto qui interessa, i genitori del colpevole versino in una solida condizione economica.

Note:

(31) Cass. 22 aprile 2009, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2010, 2, I, 402.

(32) Cass. 6 gennaio 2006, n. 831, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 6, 1071, richiamata da P. Pardolesi-M. Dimattia, *Responsabilità dei genitori per l'illecito dei minori: un esercizio di precomprensione?*, cit. Un diciassettenne dopo aver "cementato" l'interno di un manganello di plastica si era recato alla festa di carnevale dell'oratorio parrocchiale e aveva aggredito, con lo strumento non più innocuo, un altro ragazzo. La Suprema Corte, in ragione sia del *curriculum* scolastico-militare e lavorativo dell'autore dell'illecito, sia del suo contesto familiare, ha esonerato da responsabilità il genitore. La Cassazione, ha evidenziato che «l'evento dannoso doveva essere ricondotto ad una serie causale accidentale, riferita da un lato alla sovreccitazione determinata dal desiderio di celebrare il carnevale, dall'altro all'inconsapevolezza della potenziale lesività delle modifiche apportate ai bastoni di plastica utilizzati, di per sé innocui».

(33) Lo spunto viene da V. Grembi, *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 449 ss.

LIBRI

COLLANA: **ITINERA – Guide giuridiche**

Famiglia

Studio Rimini

a cura di Carlo Rimini

L'opera affronta, con un'**impostazione multidisciplinare** e con il giusto bilanciamento di **approfondimento scientifico** e **taglio pratico-operativo**, la tematica del diritto di famiglia.
Attraverso inquadramenti sistematici, esempi, *case history*, casistica giurisprudenziale, schemi riepilogativi, focus, clausole contrattuali e approfondimenti, vengono esaminati:
– il **matrimonio**, sia negli **aspetti fisiologici** (promessa, condizioni per contrarre, matrimonio all'estero, matrimonio concordatario) che **patologici** (nullità e annullamento, separazione e divorzio)
– la **convivenza** (rapporti personali e patrimoniali tra conviventi, cessazione della convivenza, contratti di convivenza)
– gli **effetti del matrimonio** (diritti e doveri dei coniugi)
– il **regime patrimoniale** della famiglia (comunione e separazione dei beni, fondo patrimoniale, impresa familiare)
– il **rapporto di filiazione** (sia legittima che naturale)
– le **questioni processuali** nei giudizi di separazione e divorzio
– gli **aspetti fiscali** (le indagini basate sui documenti fiscali e contabili per la determinazione del reddito e del patrimonio dei coniugi)
– il **diritto penale della famiglia**

Il volume è disponibile anche in **formato ebook**.

Ipsoa 2012, Euro 55,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

Mancata o tardiva attuazione di direttive comunitarie

Il giudice complesso e la responsabilità dello Stato

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813 - Pres. Morelli - Rel. Frasca - P.M. Patrone (diff.) - Min. Economia e Finanze, Min. Salute, Università degli Studi di Genova, Min. Istruzione, Università e Ricerca c. Q.A. ed altri

L'inadempimento del legislatore italiano all'attuazione di una direttiva riconoscente in modo specifico determinati diritti ai singoli, ma non *self-executing,* è venuta a connotarsi sul piano dell'ordinamento interno come fatto generatore di un'obbligazione risarcitoria, cioè come fonte di un'obbligazione di ristoro, ed è evidente che se dà luogo ad un'obbligazione di questo tipo, tale comportamento si caratterizza necessariamente come antigiuridico anche sul piano dell'ordinamento interno. Tale responsabilità è di natura contrattuale, poiché nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, considerato dall'ordinamento interno, per come esso deve atteggiarsi secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come fonte dell'obbligo risarcitorio, secondo la prospettiva scritta nell'art. 1173 c.c.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass., sez. un., n. 9147/2009; Cass. 10 marzo 2010, n. 5842; App. Roma 7 marzo 2011, n. 945; successivamente Cass. 31 agosto 2011, n. 17868, Cass., sez. III, 22 marzo 2012 n. 4538; Trib. Roma, sez. II, 26 aprile 2012, n. 8427.
Difforme	Trib. Roma 28 giugno 2001; Trib. Roma 29 settembre 2004; Cass. 3 giugno 2009, n. 12814; Trib. Genova 31 marzo 2009, n. 1329; Trib. Catanzaro 20 aprile 2009; successivamente Cons. Stato 31 gennaio 2012, n. 483.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

… *Omissis* …

§ 1.1. Con il primo motivo di ricorso si lamenta "violazione e falsa applicazione del D.L. (sic) n. 257 del 1991; Direttiva CE 362/75, 82/76; L. n. 370 del 1999; artt. 2946 e 2948 cod. civ.; art. 360 c.p.c., n. 3".

Vi si critica la sentenza impugnata, là dove ha disatteso l'eccezione di prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 2948 c.p.c., n. 4, prospettata dai ricorrenti ed ha negato che una qualunque ipotesi di prescrizione fosse potuta decorrere con riferimento alla domanda per come qualificata, affermando che fino a quando nel diritto italiano non fosse stata introdotta una norma giuridica specifica di riconoscimento di una remunerazione a coloro che avevano frequentato le scuole di specializzazione nel periodo fra il 1982 ed il 1991, doveva farsi riferimento al principio, emergente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui, finché una direttiva sufficientemente specifica nell'individuare un diritto a favore dei singoli ma non considerabile come *self-executing* e, quindi, bisognosa comunque di attuazione da parte degli ordinamenti interni, non sia correttamente trasposta nell'ordinamento nazionale, i singoli non sono in grado di acquisire piena conoscenza dei loro diritti, onde, fino al momento in cui abbia luogo l'esatta trasposizione della direttiva, lo Stato inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti, a tutela dei diritti che le disposizioni di tale direttiva riconoscono, e solo da tale momento può decorrere un termine incidente sulla proponibilità di una domanda nell'ambito dell'ordinamento statuale.

Con il secondo motivo si deduce "violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 257 del 1991; Direttive CEE 75/363, 82/76; artt. 1223 e 2043 cod. civ. Difetto di motivazione - art. 360 c.p.c., nn. 3, 4, 5".

Il motivo di violazione di norme di diritto censura la sentenza impugnata per avere essa ritenuto possibile che l'azione dei ricorrenti fosse da qualificare come azione diretta a conseguire il soddisfacimento diretto di un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione piuttosto che il risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento dell'obbligazione a quel diritto correlata e ciò previa applicazione della disciplina del D.Lgs. n. 257 del 1991, con espunzione del limite temporale da esso posto ali "applicazione della disciplina comunitaria.

Viceversa, secondo la giurisprudenza di questa Corte

(viene citata Cass. n. 3283 del 2008) la pretesa dei ricorrenti non avrebbe potuto essere così qualificata, bensì ricollegata ad un illecito da violazione da parte dello Stato Italiano degli obblighi derivanti dal Trattato CE. Il "difetto di motivazione" si risolve, in realtà, in una censura in iure, tant'è che è conclusa da un quesito di diritto: essa, infatti, imputa alla sentenza impugnata dì non avere provveduto, nel riconoscere l'applicabilità della disciplina di cui al citato D.Lgs., alla necessaria verifica dell'esistenza nella frequentazione dei corsi da parte dei ricorrenti di "caratteristiche analoghe a quelle previste dalla normativa comunitaria".

§ 2. L'esame del primo motivo e della prima censura del secondo motivo può procedere congiuntamente.

Quest'ultima, anzi, denunciando un errore di qualificazione della domanda in cui sarebbe incorsa la Corte d'Appello, si profila logicamente preliminare, sia perché l'esito del suo scrutinio assume rilievo, ancorché nella prospettazione dei ricorrenti, ai fini della stessa individuazione del regime prescrizionale di diritto interno e della sua compatibilità con la giurisprudenza comunitaria, sia perché, trattandosi di un problema di qualificazione in iure della domanda giudiziale è esaminabile da questa Corte, quale *quaestio iuris*, senza il limite della prospettazione della censura, alla condizione che restino immutati i fatti che della censura sono oggetto e che individuano la domanda.

La prima censura del secondo motivo è fondata, perché la qualificazione della domanda dei ricorrenti ritenuta corretta dalla sentenza impugnata, a preferenza peraltro dell'altra prospettata dai medesimi, è erronea non meno di quanto la stessa Corte territoriale ha ritenuto la prospettiva dell'azione di risarcimento danni. La domanda proposta dai ricorrenti in relazione alle loro varie posizioni è, infatti, da qualificarsi secondo una terza opzione, la quale, tuttavia, non potrà comportare la cassazione della sentenza.

Tale terza opzione di qualificazione della domanda è quella che in relazione a domande simili le Sezioni Unite della Corte, nella sentenza n. 9147 del 2009 hanno ritenuto di offrire sulla base dell'apprezzamento della vicenda della inattuazione statuale delle direttive invocate dai resistenti in modo diverso sia dalla prospettiva della diretta applicazione del D.Lgs. n. 257 del 1991, ritenuta dalla sentenza impugnata, sia dalla prospettiva della individuazione di una responsabilità statuale da fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c.

La sostituzione della qualificazione in iure corretta a quella fra le due postulate dagli attori all'atto della proposizione della domanda giudiziale, che è stata condivisa dalla Corte genovese, nonché all'altra che essa ha disatteso e con la censura in esame si vorrebbe riconosciuta da giudice di merito alla stregua dell'art. 2043 c.c., è possibile in questa sede perché i fatti storici posti a base della domanda ed il *petitum* di essa e, dunque, il bisogno di tutela giurisdizionale che ha determinato la controversia, non mutano in alcun modo, ma sono soltanto ricondotti da questa Corte al loro corretto referente normativo astratto, nell'esercizio della mera attività di qualificazione in diritto della vicenda e segnatamente della domanda. Nella stessa sentenza n. 9147 del 2009 le Sezioni Unite hanno proceduto proprio in questo senso.

§ 3. Ciò premesso, il Collegio intende in primo luogo dare continuità all'insegnamento delle Sezioni Unite sulla qualificazione della pretesa degli specializzandi relativa alla mancata remunerazione per l'attività prestata nell'ambito dei corsi di specializzazione. Insegnamento che si è espresso con il principio di diritto, secondo cui "In caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non auto esecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto - anche a prescindere dall'esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria - allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non antigiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come antigiuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'idonea compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione *ex lege* riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione".

Il Collegio non ignora che l'arresto delle Sezioni Unite è stato da parte della dottrina criticato con riferimento all'affermazione del non potersi collocare i comportamento dello Stato, di inadempimento dell'obbligo di attuazione di una direttiva, sul piano dell'illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c., per non essere qualificabile come comportamento antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento interno, ma solo in quello comunitario.

La critica, peraltro, sembra avere frainteso l'affermazione della non illiceità ed antigiuridicità di tale comportamento, perché le ha attribuito un carattere assoluto, invece che relativo alla sola fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., e ss.

Viceversa, l'intento delle Sezioni Unite, là dove hanno fatto quella affermazione sembra da relativizzare, cioè si deve intendere parametrato esclusivamente alla qualificazione di illiceità ed antigiuridicità alla stregua di quelle norme e secondo le note identificative delle fattispecie da esse previste. Infatti, avendo le stesse Sezioni Unite qualificato il comportamento de quo come determinativo di un'obbligazione di natura "contrattuale", cioè direttamente originante dall'inadempimento di un obbligo, quello di attuare la direttiva comunitaria ed avendo Esse, in ossequio a quanto imposto dalla giurisprudenza della

Corte di Giustizia, considerato tale inadempimento come determinativo di un diritto al risarcimento del danno a favore del singolo, è palese che Esse non hanno affatto inteso escludere in assoluto il carattere antigiuridico ed illecito (nel senso di contro, *ius*) del detto comportamento sul piano dell'ordinamento interno. Le Sezioni Unite, cioè, venendo in considerazione la pretesa degli specializzandi di un risarcimento per mancata consecuzione di un'adeguata remunerazione (ma non diversamente è a dire per la pretesa al risarcimento per la mancata attribuzione al titolo di studio a suo tempo conseguito di un valore idoneo a consentirne l'utilizzazione in ambito comunitario, che costituisce l'altro possibile pregiudizio derivante dall'inattuazione delle direttive in discorso), cioè di un diritto che le note direttive imponevano fosse loro riconosciuto dall'ordinamento interno, hanno considerato tale pretesa come riconducibile al concetto generale dell'obbligazione e, dovendo individuare sul piano dell'ordinamento interno la fonte di quest'ultima e la sua collocazione alla stregua dell'art. 1173 c.c., hanno considerato il comportamento dello Stato di inadempimento della direttiva come un fatto idoneo a produrre sul piano interno, nei confronti dei soggetti cui in base alla direttiva si sarebbe dovuto riconoscere un certo diritto, un'obbligazione risarcitoria. L'insorgenza di tale obbligazione quale conseguenza del fatto è stata giustificata sulla base dei vincoli che dall'ordinamento comunitario derivano all'ordinamento interno per effetto dell'inadempimento di una direttiva riconoscente in modo sufficientemente specifico un diritto ai soggetti dell'ordinamento interno, ma non avente carattere *self-executing*. La fonte normativa della idoneità del fatto a produrre l'obbligazione in questione discende direttamente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, manifestatasi per la prima volta con la nota sentenza 19 novembre 1991, Francovich, cause C-6/90 e C-9-90 e, quindi, precisata - come ricordato dalle Sezioni Unite - dalla sentenza 5 marzo 1996, Brasserie du Pecheur e Factortama 3, cause C-46/93 e C-48/93.

In forza della necessità di riconoscere sul piano dell'ordinamento interno i dieta della Corte di Giustizia, l'inadempimento del legislatore italiano all'attuazione di una direttiva riconoscente in modo specifico determinati diritti ai singoli, ma non *self-executing*, è venuta a connotarsi sul piano dell'ordinamento interno come fatto generatore di un'obbligazione risarcitoria, cioè come fonte di un'obbligazione di ristoro, ed è evidente che, se da luogo ad un'obbligazione di questo tipo, cioè che impone una prestazione a ristoro dell'inadempimento, tale comportamento sì caratterizza necessariamente come antigiuridico anche sul piano dell'ordinamento interno, dato che è da considerare nel suo ambito come "fatto" produttivo della nascita di un'obbligazione e, quindi, di una conseguenza negativa per lo Stato.

§ 3.1. La. scelta delle Sezioni Unite, d'altro canto, si può ritenere in qualche modo obbligata, per il fatto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia cui si è appena sopra fatto riferimento esige che l'obbligazione risarcitoria dello Stato non sia condizionata a requisito della colpa, il che di regola è, invece, necessario nell'illecito *ex* art. 2043 c.c. È vero che nel sistema delle norme ad esso successive ve ne sono alcune che fondano la responsabilità almeno in parte su presupposti oggettivi, che prescindono cioè dalla colpa, ma non si comprende come la responsabilità in questione potrebbe essere ricondotta ad alcune di esse, attesa la loro specificità.

Solo la norma generale dell'art. 2043 c.c., quale norma identificatrice della figura del fatto illecito, si presterebbe, infatti, a ricevere come figura particolare detta responsabilità, perché se questa si volesse considerare come fatto illecito non potrebbe che evocarsi la norma de qua, giacché essa prevede una fattispecie com'è noto atipica, che, dunque, sarebbe la sola che si presterebbe a contenere la figura in questione.

§ 3.2. Né, d'altro, canto si può ritenere, come pure è stato adombrato, che al requisito della colpa di cui all'art. 2043 c.c., sostanzialmente sia riconducibile il carattere dell'inadempimento, siccome individuato come rilevante, ai fini dell'insorgenza dell'obbligo risarcitorio, dalla citata giurisprudenza comunitaria, cioè quello dell'essere la violazione sufficientemente qualificata, *id est* grave e manifesta. Non si comprende, infatti, come tali connotazioni, in quanto relative al mero dato oggettivo del grado di scostamento della legislazione nazionale da quanto imponeva la direttiva, possa trasformarsi in un requisito soggettivo come la colpa. D'altro canto, nei casi di inadempimento totale, si sarebbe per definizione in un'ipotesi di violazione grave e manifesta.

Sicché l'argomentazione, ferma la sua non condivisibilità, sarebbe pertinente al solo caso di inadempimento parziale, salvo a stabilire come si debba intendere la parzialità dell'adempimento e, particolarmente, se essa possa essere soggettiva, cioè concernere determinati soggetti che secondo la direttiva dovevano essere considerati.

§ 3.3. In fine, deve anche escludersi che, alla qualificazione dell'obbligazione risarcitoria verso i singoli per inadempimento della direttiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia dato una caratteristica tale da imporre di ricondurla necessariamente nell'ordinamento italiano sotto la disciplina della *lex aquilia*. Non si può, cioè ritenere che, avendo quella giurisprudenza identificato il diritto del singolo come diritto al risarcimento del danno, il rinvio alla legislazione degli stati membri e, quindi, a quella dello Stato Italiano per l'individuazione della disciplina di tale risarcimento comporti che nel nostro ordinamento tale disciplina si debba identificare con quella di cui agli artt. 2043 c.c.

È sufficiente osservare che l'espressione risarcimento del danno nell'ordinamento giuridico italiano non è, com'è noto, coessenziale al sistema della sola responsabilità da illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., ma è categoria, cioè tecnica di tutela, ben più ampia.

Dunque, l'identificazione nell'ordinamento italiano della disciplina della responsabilità nel caso di specie non poteva dirsi in alcun modo veicolata verso la disciplina degli artt. 2043 c.c., per cui l'operazione di sistemazione fatta alle Sezioni Unite nel senso di collocare la responsabilità nell'ambito della norma generale dell'art. 1176 c.c.,

fra gli altri fatti idonei a produrre l'obbligazione e specificamente un'obbligazione risarcitoria, ravvisandone la fonte nel carattere cogente ai fini della nascita di un obbligo risarcitorio, della citata giurisprudenza comunitaria, appare pienamente legittima ed anzi, se si considerano le peculiarità fissate dalla stessa giurisprudenza per l'operare dell'inadempimento quale fonte dell'obbligazione risarcitoria, appare vieppiù giustificata. Ciò, per non essere tale fonte riconducibile ad un fatto o ad atto produttivo dell'obbligazione già previsto da disposizioni del diritto interno, bensì per essere qualificabile soltanto come uno specifico fatto emergente direttamente dall'ordinamento comunitario, nella specie attraverso la legittima manifestazione della sua forza cogente attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia.
§ 3.4. Ribadito, dunque, che la responsabilità dello Stato per l'inadempimento di una direttiva comunitaria che riconosca in modo sufficientemente specifico un diritto, ma non sia *self-executing*, da luogo ad una fattispecie di responsabilità "contrattuale", v'è da rilevare che le Sezioni Unite, con la qualificazione "contrattuale", hanno chiaramente inteso riferirsi al concetto di "responsabilità contrattuale" non già nel senso di una responsabilità da contratto, il che sarebbe nella specie fuor di luogo, ma nel senso in cui di una responsabilità "contrattuale" si è sempre parlato tradizionalmente per significare che l'obbligazione risarcitoria non nasce da un fatto illecito alla stregua dell'art. 2043 c.c., e ss., ma è dall'ordinamento ricollegata direttamente alla violazione di un obbligo precedente, che ne costituisce direttamente la fonte. Si vuol dire, cioè che il concetto di responsabilità contrattuale è stato usato dalle Sezioni Unite palesemente nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso - comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale - di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, considerato dall'ordinamento interno, per come esso deve atteggiarsi secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come fonte dell'obbligo risarcitorio, secondo la prospettiva scritta nell'art. 1173 c.c.
§ 3.5. La qualificazione della responsabilità di cui si discorre come "contrattuale" ha come conseguenza, per come ritenuto dalle Sezioni Unite, che la disciplina della prescrizione secondo l'ordinamento interno è quella decennale.
§ 3.6. Alla luce dei principi affermati dalle Sezioni Unite e ribaditi nei termini qui indicati, la prima censura del secondo motivo è, dunque, accolta, ma la sovrapposizione della qualificazione dell'azione alla stregua di quanto affermato dalle Sezioni Unite a quella erroneamente ritenuta dalla Corte territoriale non potrà comportare, come s'è già anticipato ed emergerà dall'esito dello scrutinio del primo motivo, la cassazione della sentenza impugnata.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Antonio Lazari (*)

Nelle sentenze gemelle 10813, 10814, 10815 e 10816 del 2011 la Corte di Cassazione riconosce il diritto alla retribuzione ai medici che avevano frequentato le scuole di specialità delle Facoltà di Medicina e Chirurgia di tutta Italia negli anni 1983-1991, a causa del ritardo nell'adeguamento da parte dello Stato italiano alle direttive europee, ammettendo un periodo prescrizionale decennale. La condotta del legislatore italiano viene sussunta nella categoria giuridica del "cosiddetto fatto illecito del legislatore di natura indennitaria". L'Autore considera assai dubbia l'impostazione adottata dalla Cassazione in tema di efficacia preclusiva dell'eccezione di prescrizione, nonché superfluo ed azzardato il tentativo della Corte di Cassazione di situare la mancata trasposizione di una direttiva comunitaria nel terreno minato dell'atto illecito del legislatore di natura indennitaria.

L'intricata vicenda della responsabilità dello Stato: fra miriade giurisprudenziale ed interventi legislativi di contenimento

La decisione commentata e la nebulosa giuridica precedentemente e successivamente creatasi (1), di matrice italiana e straniera, meritano un momento di profonda riflessione, trascendente rispetto al mero *particulare* del caso di specie (2). Nelle corpose

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Cfr. App. Roma 7 marzo 2011, n. 945, in *Corr. giur.*, 2011, 456 ss. nella medesima direzione delle denominate sentenze gemelle.

(2) La sentenza in oggetto, è stata pubblicata in *Foro it.*, 2011, 1, 1676, con nota di A. Diana-A.Palmieri che considerano la decisione un «passo in avanti verso la definitiva sistematizzazione» del caso; P. Vittoria, *La protezione dei diritti comunitari nel processo civile e l'incompleta trasposizione della direttiva: riflessione in margine al caso dei medici specializzandi*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contrib: C. Amalfitano-F. Persano, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, 111-132; in *Guida al dir.*, 2011, 13, con nota di N. Castallaneta; ed in *Corr. giur.*, 2011, 1411, con nota di A. Di Majo.

sentenze, sostanzialmente gemelle, 10813, 10814, 10815 e 10816 del 2011 la Corte di Cassazione riconosce in sostanza il diritto alla retribuzione ai medici che avevano frequentato le scuole di specialità delle Facoltà di Medicina e Chirurgia di tutta Italia negli anni 1983-1991, a causa del ritardo nell'adeguamento da parte dello Stato italiano alle direttive europee, ammettendo un periodo prescrizionale decennale. Ma non solo di prescrizione si disquisisce nella decisione in commento. Si parte dall'individuazione dell'elemento soggettivo dell'illecito in termini di «responsabilità per inadempimento dell'obbligazione "ex lege" dello Stato», di natura indennitaria per attività non antigiuridica (3) per chiosare la propria argomentazione con l'affermazione della prescrizione decennale in considerazione dell'indennizzo per la borsa di studio non percepita. La condotta del legislatore italiano viene sussunta nella nuova categoria giuridica del «cosiddetto fatto illecito del legislatore di natura indennitaria». Tali decisioni, pur tuttavia, sono state successivamente superate da un vorticoso *bailamme* giudiziale e legislativo, sfociato, in prima battuta, nell'intervento chiarificatore del legislatore che in tema di responsabilità dello Stato per mancato recepimento di direttive comunitarie, introduceva la norma dell'art. 4, comma 43, della l. n. 183 del 2011 (4), secondo la quale la prescrizione del diritto al risarcimento del danno soggiace al termine quinquennale *ex* art. 2947 c.c. L'azione dirimente del Parlamento nazionale avrebbe dovuto, quindi, provocare un ripensamento della stessa *ratio decidendi* elaborata nelle sentenze in oggetto, già in fase di sedimentazione giurisprudenziale per l'intervento delle successive pronunce della Cassazione n. 17868 e n. 25993 (5), entrambe favorevoli alla tesi del fatto illecito con conseguenze indennitarie. Ma così non è stato.

I successivi interventi della Corte di Cassazione e del Tribunale di Roma fanno presagire che tale dialettica legislatore-corti sia inevitabilmente destinata a proseguire, poiché le sentenze della Corte Suprema pronunziate in febbraio e marzo del 2012 (6), nonché la decisione del Tribunale di Roma, datata 26 aprile 2012 (7), hanno "riaperto i giochi", sancendo che la succitata norma dell'art. 4 della l. n. 183 del 2011 valga soltanto per i fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore. Tale disposizione non evidenzia i caratteri della norma interpretativa, idonei a sottrarla al principio di irretroattività. Ne consegue che, per i fatti anteriori alla novella, opera la prescrizione decennale, secondo la qualificazione giurisprudenziale nei termini dell'inadempimento contrattuale.

L'ingente mole dell'*Italian mass-tort litigation* (8) ha suscitato la necessità di arginare tale alluvione giudiziale, ricorrendo ancora una volta all'intervento parlamentare. La proposta ddl. 2786/2011 del 16 giugno 2011 avanzata dal senatore Stefano De Lillo contempla la possibilità di un rimborso forfettario per la categoria professionale di medici, danneggiata dall'illecito comportamento del legislatore italiano, che abbiano già intrapreso una causa in passato. L'intreccio di nodi - la *réseau* dialettica (9) - fra il sottile filo giudiziale e la potente corda legislativa (10), riportato anche nei mezzi di comunicazione,

Note:

(3) Orientamento giurisprudenziale la cui essenza concettuale è risalente, ma il cui più immediato riferimento giudiziale era rappresentato dalla pronuncia della Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro amm.*, 2009, 10, 2280, con nota di A. Giannelli, *La responsabilità del legislatore per mancato recepimento di una direttiva. Modelli a confronto*, poi confermato da Cass. 10 marzo 2010, n. 5842, in *Giust. civ.*, 2011, 1586, con nota di A. Andronio, *La mancata attuazione del diritto dell'Unione europea da parte dello Stato: responsabilità contrattuale di natura indennitaria per attività non antigiuridica*. In senso opposto si vedano: Trib. Roma 28 giugno 2001, con nota di F. Gianfilippi, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato-giudice*, in *Giur. merito*, 2002, 359; Trib. Genova 31 marzo 2009, n. 1329, con nota di L. Cordi, *L'applicabilità della Legge n. 117/1988 per le violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. merito*, 2010, 991 ss.

(4) La legge di stabilità 2012, 12 novembre 2011, n. 183 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (Legge di stabilità 2012) così recita: «La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato».

(5) Cass. 31 agosto 2011, n. 17868; e Cass. 5 dicembre 2011, 25993, entrambe inedite.

(6) Cass. 9 febbraio 2012, n. 1850; e Cass. 22 marzo 2012, n. 4538, entrambe inedite.

(7) Poi corroborata dall'arresto della Corte d'Appello di Roma 30 aprile 2012, n. 2286, inedita, nonché da parte del Tribunale di Venezia con la sentenza n. 759, 8 maggio 2012, inedita.

(8) L'associazione Consulcesi ha portato avanti ben 3.280 casi, obbligando il governo a liquidare 204.600.000 euro, mentre ammonta a 4 miliardi di euro la somma che lo Stato italiano rischia di dover sborsare per non aver riconosciuto ai medici che hanno frequentato le scuole di specialità tra il 1982 e il 1991 le borse di studio cui avevano diritto secondo le normative europee.

(9) Cfr. F. Ost-M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

(10) Assai significativo in questo intreccio istituzionale è il disegno di legge Della Monica, comunicato alla presidenza il 13 aprile 2012,che prevede norme in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. Si tratta di un articolo unico, che ricalca le norme d'origine giurisprudenziale europea nel suo primo comma e che stabilisce al secondo paragrafo che la «responsabilità dello Stato prevista dal comma 1 sussiste an-

(segue)

necessita dipanarsi gradualmente partendo dall'arcolaio giudiziale (11).

La ragnatela argomentativa delle sentenze gemelle della Corte di Cassazione: il conflitto storico legislatore-giudice

La ragnatela argomentativa ordita dalla Corte Suprema si dipana faticosamente intorno ad alcuni punti strutturali, che vanno *in primis* rintracciati nella qualificazione della responsabilità dello Stato per infrazione del diritto comunitario in termini di responsabilità contrattuale da violazione di un'obbligazione *ex lege*, ritenendosi consequenzialmente operante un termine di prescrizione decennale. In seconda battuta, si riconosce la facoltà di rivendicare le proprie situazioni giuridiche vulnerate ai medici specializzati che nel periodo compreso dal 1º gennaio 1983 al 20 ottobre 2007 avrebbero potuto trovarsi nelle condizioni previste dalle direttive (12).

Scartata l'ipotesi di fissazione del *dies a quo* dalla data di pubblicazione delle seminali sentenze della Corte di Giustizia Francovich del 1991 e Brasserie de Pêcheur del 1996, il giudice opera una susseguente distinzione tra inadempimento parziale oggettivo e soggettivo: solo la prima fattispecie sarebbe sussumibile in un «comportamento ragionevolmente (anche se necessariamente) significativo di una volontà di non provvedere per il residuo». Tale classificazione dovrebbe essere qualificata come illecito istantaneo, in grado pertanto di far decorrere immediatamente il termine prescrizionale. L'inadempimento parziale soggettivo, al contrario, indurrebbe per la sua stessa natura ai danneggiati da una condotta illecita a concepire un futuro intervento "salvifico" da parte del legislatore, dando luogo ad un illecito permanente, prolungato fin tanto che il danneggiante non completi il recepimento della categoria beneficiata individuata dalla direttiva. La corte di ultima istanza qualifica il D.Lgs. n. 257/1991 in termini di inadempimento parziale soggettivo, scolpendo la data del 27 ottobre come momento in cui tale illecito diviene istantaneo. Tale impalcatura concettuale presta il fianco ad una consistente serie di dubbi.

La distinzione operata dalla Cassazione non appare del tutto convincente, giacché non emerge in alcuna sentenza della Corte di Giustizia, che al contrario tende concettualmente ad equiparare la mancata trasposizione di una direttiva con la sua incorretta attuazione nazionale (13). Per giunta, non è chiara la ragione per cui vada valutato in un senso più favorevole un comportamento di inadempimento parziale di tipo "soggettivo". Per la Corte di Cassazione, gli immatricolati prima dell'anno accademico 1991/1992 avrebbero potuto ragionevolmente interpretare tale atto legislativo nei termini significativi di esclusione dal recepimento rispetto a tale categoria di specializzandi solo nell'immediato e non con la determinazione di escluderli definitivamente anche per il futuro.

In secondo luogo, sotto il profilo processuale appare evidente, anche in considerazione prospettica rispetto alle recente, già menzionata, decisione della Cassazione 8 febbraio 2012, n. 1850 in tema di effetti dell'ultimo intervento legislativo, che la decisione in oggetto potrebbe generare conseguenze rilevanti solo in quanto ai processi introdotti successivamente alla sua pronuncia. In effetti, il diritto vivente precedente seguiva una direzione contraria alla via maestra tracciata nella sentenza 10813 (14), così come anche in sede generale, in caso di danno occulto, il termine prescrizionale inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere, senza che tale decorrenza venga impedita da un mero

Note:

(continua nota 10)

che quando ad una norma di diritto sostanziale o processuale dell'Unione europea è data in modo inescusabile una applicazione manifestamente erronea». La *ratio legis* della norma va rintracciata naturalmente - più che nel proponimento di adempiere alle norme giurisprudenziali europee - nella nostrana diatriba sulla responsabilità personale del magistrato anche alla luce dei recenti interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

(11) Ne "Il Giornale" del 6 luglio 2012, «Il Governo rischia il salasso: deve dare 4 miliardi ai medici» si afferma che «nelle *vecchie borse di studio dei camici bianchi si nasconde una tegola pesantissima per il governo*». In pratica, palazzo Chigi rischia di dover sborsare una cifra colossale: circa 4 miliardi di euro per non aver riconosciuto ai medici i diritti scolpiti dalla normativa comunitaria.

(12) Secondo un primo orientamento della stessa giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., 10 marzo 2010, n. 5842) «la data di attuazione della direttiva comunitaria nell'ordinamento è irrilevante, giacché il fondamento della risarcibilità del danno postula solo che quest'ultimo si sia verificato dopo la scadenza del termine ultimo prescritto dalla norma comunitaria per il recepimento della direttiva nell'ordinamento interno». L'orientamento dominante nella giurisprudenza di merito, confermato anche da Cass. 3 giugno 2009, n. 12814, stabilisce che il termine di prescrizione decorre piuttosto dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 257 del 1991.

(13) Corte Giust. CE, 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C189/94 e C190/94, Dillenkofer, con nota di Bastianon-Catalano, in questa *Rivista*, 1997, 6, 680.

(14) Cfr. Trib. Catanzaro 20 aprile 2009, in *Guida al dir.*, 2009, 53; in *Rass. avv. Stato*, 2009, 241; ed in questa *Rivista*, 2010, 22: «la responsabilità dello Stato [...] non configura un illecito permanente e, pertanto, la prescrizione decorre dall'entrata in vigore della normativa interna che traspone in maniera infedele il comando comunitario».

impedimento di fatto, come ad esempio l'ignoranza del titolare o l'incuria dello stesso (15).
Il maggior ostacolo alla visione prospettica della decisione sta proprio nella qualificazione dell'illecito in termini contrattuali *ex lege*, ove si era oramai affermata una giurisprudenza precedente che poteva aver indotto lo Stato a considerare prescritto il proprio debito, come è agevole evincere dalla stessa sentenza delle Sez. Un. 2009 n. 9147 (16). Ma ben al di là delle nostrane *technicalities* v'è alla base di questa impostazione giudiziale un punto che non deve passare inosservato: la centralità del formante giudiziale nella costruzione di un sistema europeo di responsabilità e la qualificazione dell'illecito comunitario in termini di responsabilità contrattuale.

Il giudice e la responsabilità: il formante giudiziale preposto alla chiusura della *Selective Exit*

Si è sostenuto *aliunde* che il nucleo fondativo del sistema giuridico dell'attuale Unione Europea si radica nella capacità di restringere l'attività del legislatore nazionale vale a dire la tendenza evasiva della *Selective Exit* (17). L'istituto della responsabilità suppone concettualmente la delimitazione del territorio di sovranità statuale implicando, pertanto, un nuovo concetto di Stato nello scenario sovranazionale. Se all'esito della Conferenza Intergovernativa di Maastricht e della successiva sentenza Francovich (18), il formante giurisprudenziale si fa carico del processo di responsabilizzazione dell'attività statale, la successiva questione concerne la modalità di azione della Corte di Giustizia nella creazione del laccio di responsabilità dell'attività statale.
Il principio di responsabilità dello Stato e la metodologia comparativa vanno di pari passo e tale connubio si cristallizza nello stesso requisito della violazione sufficientemente caratterizzata. Delimitato il territorio giuridico della condotta statale, qualsiasi debordamento di tale argine costituisce un illecito, non più qualificabile secondo il precedente paradigma politico statuale ed internazionalistico. V'è colpa, ma essa - chiarisce Carol Harlow - nel momento stesso in cui si traduce, rinchiude al suo interno concezioni culturali e giuridiche distinte. Quale colpa allora? Essa non può assumere valenze antropomorfiche-privatistiche assimilabili ad *un tort of negligence* inglese, né tanto meno se ne può prescindere, come nella *species* dello schema Francovich, sistema assai contiguo al modello spagnolo di responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione. Il modello è, pertanto, semioggettivo, radicato attorno ad un concetto assai simile alla *faute administrative* francese, capace di modellarsi in funzione del margine di manovra discrezionale attribuito all'amministrazione statale. Si può configurare, pertanto, la responsabilità dello Stato *in re ipsa*, ove, come nel caso della mancata trasposizione di una direttiva, tale margine discrezionale sia assai ristretto, assumendo, al contrario, una dimensione particolarmente elevata, configurandosi in termini di *faute lourde*, laddove il potere decisionale dello Stato risulti più ampio, come è nella fattispecie, ad esempio, dell'attività legislativa e giudiziale (19).
Quanto il giudice comunitario asserisce (20) non si-

Note:

(15) Cfr. D. Satullo, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in *La resp. civ.*, 2011, 2589.

(16) Cfr. A. Di Majo, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Corr. giur.*, 2009, 1352 ss.; M. Gorgoni, *La difficile costruzione delle regole risarcitorie per violazione statale di obblighi comunitari*, in *La resp. civ.*, 2010, 187 ss.

(17) J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, Vol. 100, Symposium: International Law. (Jun., 1991), 2403 ss.

(18) Corte Giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, 145, con note di A. Barone-R. Pardolesi, *Il fatto illecito del legislatore*, e G. Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*.

(19) Il punto 41 della sentenza Traghetti lo chiarisce cristallinamente: «La responsabilità dello Stato per i danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado che violi una norma di diritto dell'Unione è disciplinata dalle stesse condizioni, ove la Corte ha tuttavia precisato che, in tale contesto, la seconda di dette condizioni dev'essere intesa nel senso che consenta di invocare la responsabilità dello Stato solamente nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente (v. sentenza Köbler, cit., punti 52 e 53)». La categoria della *responsabilté sans faute* in sede comunitaria permane solo nell'ambito dello scrutinio scelte del legislatore comunitario Cita sentenze sulla responsabilità delle istituzioni comunitarie.

(20) È utile, allora, risalire *ab imis* ad alcuni stralci della sentenza Brasserie de Pecheur/ Fractortame 1996:
76 Si deve anzitutto rilevare che, come si evince dagli atti di causa, la nozione di colpa non ha il medesimo contenuto nei diversi ordinamenti giuridici.
77 Va poi ricordato che, come emerge dagli ulteriori rilievi formulati in risposta al quesito precedente, allorché una violazione del diritto comunitario è imputabile a uno Stato membro che opera in un settore nel quale esso dispone di un ampio potere discrezionale in ordine alle scelte normative, il riconoscimento di un diritto al risarcimento sulla base del diritto comunitario è subordinato, tra l'altro, alla condizione che la violazione de qua sia manifesta e grave.
78 Talché, determinati elementi obiettivi e subiettivi riconducibili alla nozione di colpa nell'ambito di un ordinamento giuridico nazionale sono pertinenti per valutare se una violazione del diritto comunitario sia o no manifesta e grave (v. elementi richiamati nei precedenti punti 56 e 57).
79 Ne consegue che l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario. Infatti, la prescrizione di una simile condizione ulteriore si risolverebbe nel rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario.

gnifica che la violazione sufficientemente caratterizzata non possa essere sussunta nelle desinenze nazionali della colpa amministrativa, o da apparato, come è recentemente emerso nel sistema italiano (21), bensì che il sistema nazionale non debba inserire ulteriori requisiti di colpa e dolo a tale requisito. Il paradigma comunitario viene, dunque, a configurarsi in termini semi-oggettivi: non è un modello oggettivo alla spagnola. Ne discende che la violazione sufficiente caratterizzata o qualificata altro non è che la rivisitazione nell'alambicco del giudice europeo della *faute administrative* francese, in grado di modellarsi rispetto all'attività richiesta alla pubblica amministrazione in termini di *faute lourde*, ove il margine di discrezionalità è ampio, o di *faute simple*, ove tale ventaglio comportamentale risulta assai ristretto dalla modalità esatte dal legislatore comunitario, come potrebbe essere nel caso della mancata attuazione di una direttiva comunitaria (22). Di qui si spiega la progressiva oggettivizzazione del parametro valutativo dell'attività statale nei termini di colpa da apparato, coniugazione interna della *responsabilité pour faute*; da non confondere con il transito verso un sistema generale di responsabilità oggettiva, solo esistente in Spagna, ove non sussistendo la distinzione ontologica tra risarcimento ed indennizzo, si procede alla *indemnización por funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos*.

Il giudice e la colpa: la rete per legare lo Stato inadempiente

Individuata, pertanto, la matrice sovranazionale giurisprudenziale, si tratta conseguentemente di coniugare tale paradigma con la desinenza nazionale. Il processo di *national cross-fertilisation* descrive un momento rilevante del fenomeno di dialogo giudiziale: la negazione del paradigma comunitario è passato storicamente dal silenzio, dalla *sanction of inaction* (23), al rifiuto frontale, chiaramente opposto nella sentenza della Corte di Cassazione 10617/1995, alla ben più sottile argomentazione presente nella decisone in oggetto, ove il nucleo essenziale si riscontra in una nuova visione "distanziatrice" dell'illecito intesa in termini indennitari.
Gli argomenti adottati dalla sentenza in esame rivelano sicuramente una maggiore consapevolezza della tematica della responsabilità dello Stato, però tradiscono, al contempo, una visione di distanziamento, di non dialogo: «Il Collegio non ignora che l'arresto delle Sezioni Unite è stato da parte della dottrina criticato con riferimento all'affermazione del non potersi collocare il comportamento dello Stato, di inadempimento del'obbligo di attuazione di una direttiva, sul piano dell'illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c. per non essere qualificato come comportamento antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento interno, ma solo in quello comunitario».
Il ragionamento esposto dalla Corte di Cassazione si articola in tre punti: sussiste una obbligazione in capo al Parlamento di trasporre le direttive comunitarie, il comportamento inadempiente del legislatore si origina direttamente dall'inadempimento di una obbligazione contrattuale, tale inadempimento è «determinativo di un diritto al risarcimento del danno a favore del singolo». Tale contrattualizzazione dell'obbligo di adempiere all'obbligo sovranazionalmente stabilito non è inedito nel panorama comparato; esso mantiene somiglianze concettuali con il *breach of statutory duty* nel modello inglese o con lo stesso concetto di *faute administrative* francese, sotteso ad una precedente obbligazione *ex lege* sancita. Non si vede, pur tuttavia, il motivo per cui lo slittamento della qualificazione dell'inadempimento nell'alveo dell'art. 1173 c.c. debba forzosamente implicare una derubricazione in termini indennitari. Pur di salvare la natura illecita prevista dalla matrice comunitaria, la massima corte italiana incorre in un ingarbugliato viluppo, in cui difficilmente si distingue l'ambito contrattuale dall'illecito extracontrattuale: «l'inadempimento del legislatore italiano all'attuazione di una direttiva riconoscente in modo specifico determinati diritti ai singoli, ma non *self-executing*, è venuta a connotarsi sul piano dell'ordinamento interno come fatto generatore di un'obbligazione risarcitoria, cioè come fonte di un'obbligazione di ristoro, ed è evidente che se da luogo ad

Note:

(21) Cfr. T.a.r. Milano-Lombardia, 27 luglio 2005, 3438, in *Dir. e giust.*, 2005, 38, 44, con nota di A. Salvati, *Danno esistenziale: istruzioni per l'uso. L'indennizzo? Dall'equità all'equazione*; ed in *Giur. merito*, 2006, 725, con nota di V. Zappia, *Infortunio sul lavoro e liquidazione del danno non patrimoniale. il danno esistenziale e la c.d. «equazione di liberati»*: «È dato ormai non più discusso che la colpa della p.a. si configura come colpa di apparato, considerata cioè non con riferimento al singolo funzionario, ma nella complessiva dinamica della fattispecie». È noto come le più recenti teorie abbiano sostenuto una sorta di "oggettivizzazione" dell'elemento colposo della p.a. Su tale filone dogmatico si innestano, in particolare, le tesi che ricostruiscono la responsabilità civile come una generalizzata responsabilità da contatto (ove la colpa sarebbe intrinseca alla violazione degli obblighi gravanti sulla p.a.), e quelle che vorrebbero mutuare invece i parametri della responsabilità della amministrazione per violazione del diritto sopranazionale di origine comunitaria (anche essi incentrati solo sul mancato adempimento degli obblighi normativi eteroimposti).

(22) Come altrove già sostenuto, cfr. A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005.

(23) J. Tallberg, *Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability*, in *Journal of European Public Policy 7:1* March 2000, 144 ss.

un'obbligazione di questo tipo, [...] tale comportamento si caratterizza necessariamente come antigiuridico anche sul piano dell'ordinamento interno».
Ma perché mai affannarsi acrobaticamente nella ricerca di un istituto di orlandiana memoria assai contiguo alla *responsabilité sans faute* francese o alla iberica *responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos*? Tale visione discende dalla medesima ottica sottesa nei precedenti poc'anzi citati: affiora una visione dualista del diritto internazionale, per cui il giudice ha da differenziare nettamente fra due ordinamenti statali distinti e distanti. In essenza, al contrario, il paradigma comunitario - direbbe Scoditti (24) - opera solo nella misura in cui il giudice è in grado di coniugare paradigmi, di applicare in sede municipale norme sovranazionali interfacciali.
Una cartografia aggiornata dei sistemi nazionali che hanno proceduto alla coniugazione del paradigma interfacciale comunitario porta all'attenzione dell'interprete non tanto una visione olisticamente pacifica del dialogo giudiziale, bensì all'emersione di contrasto fra paradigmi concettuali. La diatriba sviluppatasi oltr'Alpe intorno alla qualificazione giuridica della mancata attuazione di una direttiva in termini di attività del legislatore nazionale *sans faute* o *pour faute* ribadisce sostanzialmente con altre vesti la tendenza a indennizzare il danno legittimamente cagionato da un soggetto che "*ne pouvait mal faire*".
Paradossalmente proprio nel modello d'ispirazione tale operazione di ibridizzazione del paradigma comunitario, ha mostrato manifestamente le sue crepe: «*le juge administratif français a longtemps fait preuve d'un nationalisme ombrageux vis-à-vis du droit communautaire*» (25). Dopo aver per lungo tempo archiviato la responsabilità dello Stato per violazione delle norme comunitarie nella casella della *responsabilite sans faute* (26), relegandola a una fattispecie di particolare gravità ed anomalia, contravvenendo così al parametro di equivalenza stabilito nelle sentenze Factortame III e Traghetti *ex multis*, le corti francesi iniziano a rintracciare una *faute* nel funzionamento statale di concessione di aiuti pubblici incompatibili con le disposizioni comunitarie nella decisione della corte amministrativa di Grenoble in 2003 (27). È nella decisione del *Conseil d'Etat* del 2007 (28), che si riconosce il principio della responsabilità del legislatore per violazione di una norma di diritto internazionale, contrapponendosi alla precedente visione interna che concepiva tale responsabilità ove si ravvisasse una '*rupture d'ègalité devant les charges publiques*'.
Nel sistema inglese, culturalmente distante dalla giuridificazione delle *policy areas*, si è avanzato nella direzione di una progressiva visione di scrutinio della condotta degli organi pubblici, seppur essi dispongano di amplio margine di discrezionalità. La *House of Lords* condanna lo Stato inglese per aver commesso una condotta illecita per aver approvato una legge dai chiari intenti discriminatori, così come già in precedenza la pronunzia della *Queen's Bench* del 31 luglio 1997 (29), affermava che «*we have not been concerned with the political merits or demerits of the policy of the United Kingdom*» (30). «*Taking Francovich seriously*» significa qui depoliticizzare il regime di responsabilità del legislatore, spogliandolo della sua funzione totemica di rappresentanza degli interessi nazionali. In quest'ottica il ruolo svolto dallo Stato di diritto è imprescindibile: «*the rule of law concept serves the important function of dividing law from the political sphere*» (31). V'è colpa del legislatore (32), ma tale colpa, pur attingendo alle tassonomie tradizionali (viene sussunta nel *tort of breach of statutory duty*), si tinge di una oggettivazione del criterio valutativo, alieno alle consolidate teorie inglesi. Lo spostamento dell'impostazione giudiziale verso la qualificazione dell'illecito in riferimento a doveri legislativi precedentemente stabiliti nel sistema inglese non comporta la determinazione dell'inadempimento in termini indennitari. Al contrario, in quest'ottica si collocano pacificamente anche le domande di risarcimento per manca-

Note:

(24) E. Scoditti, *Il sistema multilivello della responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva comunitaria*, disponibile in http://www.unipr.it/arpa/dsgs/scoditti_nota_a_sentenza.htm

(25) P. Deguergue, *Droit Européen et responsabilité de l'Etat*, in Aa.Vv., *L'Union Européen, Union de droit, union des droits, Mélange en l'honneur du prof. Philippe Manin*, Pedone, 2010, 3.

(26) Cfr. Cons. Etat 23 marzo 1984, Alivar, in *AJDA*, 1984, 396, con nota critica di Genevois.
La difficoltà probatoria della colpa grave a fronte di un ampio margine di discrezionalità del legislatore emerge, altresì, nella sentenza del Tribunale amministrativo di Clermont-Ferrand, 23 settembre 2004, SA Fontanille, n. 101282.

(27) Court of Grenoble 15 ottobre 2003, Société Stéphane Kélian, n. 65476.

(28) Cons. Etat 8 Febbraio 2007, n. 279522, M. X, in *AJDA*, 2007, 221.

(29) *R. v. Secretary of state for Trasport*, ex parte *Factortame*, 31 luglio 1997, [1997] E.L.R., 475, 517; [1998] 1 C.M.L.R. 1353, [1998] 1 All ER 736.

(30) R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and others, [1998] CMLR 1364. Sul punto, cfr. A. Lazari, *La responsabilità dello Stato legislatore in Inghilterra: la rivoluzione della* cross-fertilisation, in questa *Rivista*, 2000, 1187 ss.

(31) C. Harlow, *Citizen Access to Political Power in the European Union*, European University Institute, Working Paper RSC No. 99/2., 23.

(32) Di recente tale profilo di responsabilità statale si è proiettato anche nell'ambito delle violazioni della Carta Europea dei Diritti Umani, cfr. R (Negassi) v. Secretary of State for the Home Department [2011] 2 C.M.L.R. 36 [Administrative Court, QBD].

ta attività legislativa statale, ove, come nella decisione della *Court of Appeal* del 2008 (33), si applicano le norme interne sulla prescrizione per attività illecita della pubblica amministrazione: «*it was also demonstrated by the need to find in the domestic law not merely a cause of action for reparation, but one for reparation for conduct of a public authority in the exercise of its powers*». La chiave per intendere anche la problematica italiana consiste nella coerenza sistemica della soluzione di coniugazione interna: «*the MIB agreement should be subject to a limitation period no less favourable than that which applies to the commencement of court proceedings by a minor under section 28 of the Limitation Act*». Dinanzi al dilemma tra creare una soluzione giuridica interna *ad hoc* e rimodellare istituti municipali rispetto agli impulsi sovranazionali, i giudici e la dottrina inglese si sono da tempo pronunziati per la seconda opzione.
La soluzione di alienamento-allontanamento del principio di responsabilità statale rispetto alle soluzione interne già culturalmente consolidate non paga (34). All'opzione sostenuta dalle sentenze gemelle del 2011, tesa alla creazione di un nostrano *innominate European tort* (35), con le conseguenti ripercussioni anche di coerenza sistemica del sistema italiano che mai aveva attinto alla responsabilità della pubblica amministrazione per fatti leciti, né tanto meno aveva elaborato un illecito *ex lege* applicato alla condotta legislativa, si contrappone una visione maggiormente coerente con l'impulso comunitario e con la tradizione giuridica italiana, formulata dalla giurisdizione amministrativa (36). Anche in questa sede si fronteggiano da tempo la visione dualista di irresponsabilità del legislatore nazionale e la tesi vólta ad accettare e rimodulare la matrice sovranazionale nella terminologia del patrimonio giuridico nazionale. Di recente, pur tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è assestata significativamente su posizioni concettuali assai compatibili con la coniugazione municipale del paradigma comunitario. La recente decisione 483/2012 fa emergere significativamente posizioni conformatrici (37).

Il giudice *complexus*: nodo istituzionale di un discorso dialogico

Nella recente pronunzia 483/2012 (38) il Consiglio di Stato edifica la configurazione dell'illecito comunitario in termini di colpa da apparato, utilizzando a tal proposito il concetto di "*errore scusabile*". «In tale prospettiva, gli orientamenti testé richiamati, piuttosto che discostarsene, si pongono in significativa convergenza con gli approdi della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. [...] Non v'è chi non veda come i concetti così enunciati dalla Corte europea in tema di "*violazione grave e manifesta*" si pongano in linea, in alcuni casi addirittura coincidendo letteralmente, con i parametri e i criteri individuati dalla nostra giurisprudenza interna al fine della definizione dei contorni della "colpa della p.a."».
Al contrario, pur manifestando preoccupazioni nella direzione di una cooperazione giudiziale, che qui si commentano, creano i presupposti per una divaricazione, pur prolissamente ed attentamente argomentata, fra la matrice comunitaria di illecito degli organi nazionali e la sua traduzione interna in termini di attività non antigiuridica, inaugurando una discussa, nuova stagione dello "schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non antigiuridica". Il derivato concettuale di tali funambolismi concet-

Note:

(33) Court of Appeal del 2008, 22 maggio 2008, Civil Division, Byrne v. Motor Insurers bureau and another, [2008] EWCA Civ 574, [2008] All ER (D) 307.

(34) Mentre anche in Spagna con sentenza del Tribunal Supremo del 4 ottobre 2004, n. 2016, in *Aranzadi Jur.* 2004, 232, si applicano all'ambito di responsabilità del legislatore per violazione del diritto comunitario le disposizioni interne in materia di prescrizione per attività illecita in forza della Ley 30/1992, nell'ordinamento tedesco si apre strade una soluzione assai innovativa che prevede la possibilità di reclamare la violazione sufficientemente caratterizzata va intesa continuatamente *as it considers Germany's action as one single continuous act, and not repeated violations*; così M. Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law*, Springer, 2007, 198.

(35) M. Hoskins, *Rebirth of the Innominate Tort?*, in Aa.Vv., *New Directions in European Public Law*, 1998, Hart Publishing, 92

(36) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549; id., 18 novembre 2010, n. 8091; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384; id., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242.

(37) Dal prisma comunitario la discrepanza fra la giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato rappresenta altresì due distinte modalità di coniugazione della matrice comunitaria rispetto al patrimonio nazionale: la prima rintraccia il centro di gravità argomentale nello strumentario del diritto (e nel codice) civile, spostando l'asse concettuale verso la contrattualizzazione dei rapporti fra cittadino e Stato nel suo complesso, laddove la seconda erige la propria impalcatura teorica sulla idea di illecito della pubblica amministrazione, basato, a sua volta, sulla concezione di colpa da apparato.
Si ripropone *mutatis mutandis* la lotta giurisdizionale che aveva caratterizzato i primi passi del modello francese di responsabilità della pubblica amministrazione, ove l'allontanamento dal diritto comune costruito attorno alle norme del Code Civil aveva generato la stessa concezione di *faute admistrative* in netto contrasto con la colpa civilistica sancita dall'art. 1382. Cfr. A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., in part. "L'opera creatrice della giurisprudenza del Conseil d'Etat", 117 ss.

(38) Cons. Stato 31 gennaio 2012, n. 483, in *Urb. e app.*, 2012, 6, 189 ss., con nota di E. Follieri, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*.

tuali si rintraccia nella successiva decisione del Tribunale Roma del 2012 (39), che ricollegandosi alla *ratio decidendi* espressa nelle decisioni gemelle ed avvitandosi su sé stessa, perviene alla conclusione che: «La tesi delle sezioni unite è fondamentalmente questa: il ritardo con cui lo Stato attua le direttive non può essere inteso come comportamento antigiuridico (anche se, nel corso della motivazione, e precisamente al punto 4.9 si parla di "atto illecito del legislatore di natura indennitaria") [sic]. Può esserlo nell'ordinamento comunitario, ma non già in quello interno. Poiché l'omissione del legislatore non è antigiuridica, non si può fare ricorso all'art. 2043 c.c. [...] Ne deriva che non si può sostenere l'idea che la violazione del diritto comunitario rilevi come fatto antigiuridico solo nell'ambito del diritto comunitario, e non già nell'ambito del diritto interno. La violazione del diritto comunitario è in realtà motivo di illegittimità dell'atto anche nel diritto interno. L'orientamento della Corte costituzionale lo testimonia. Altro discorso è invero quello relativo al criterio con cui giudicare questa illegittimità. Ossia, posto che la condotta del legislatore, che viola il diritto comunitario, è illecita anche secondo il diritto interno, quale è la norma di riferimento per valutare questo illecito? Pur non condividendosi la tesi della Corte di Cassazione, va considerato che essa è ormai quasi consolidata.».

In conclusione, la necessaria cooperazione fra il paradigma comunitario ed il patrimonio giuridico nazionale va impostata rispettando lo stigma di illiceità impresso dalla Corte di Giustizia, procedendo, poi, ad una sua sistemazione nello scacchiere concettuale municipale (40). Nel caso esaminato superfluo, per la sedimentata esistenza della norma dell'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale, ed azzardato, in relazione alle sue ripercussioni perverse nel sistema giuridico italiano, appare il tentativo della Corte di Cassazione di situare la mancata trasposizione di una direttiva comunitaria nel terreno minato dell'atto illecito del legislatore di natura indennitaria.

Note:

(39) Trib. Roma 26 aprile 2012, n. 8427, in *Giur. mer.*, 2012, 174 ss.

(40) In termini più generali, però comunque assimilabili, va intesa la polemica innescatasi in tema di responsabilità dello Stato giudice con gli interventi sul quotidiano "La Repubblica" del 10 e 12 giugno 2012 da parte rispettivamente di A. Pace e di E. Lupo.

LIBRI

COLLANA: **Codici Minor Ipsoa**

Codice penale
Codice di procedura penale

a cura di Fiandaca Giovanni, Giarda Angelo

Il volume propone il **testo aggiornato** del **Codice penale e del Codice di procedura penale**, e delle relative **disposizioni di attuazione**; della **Costituzione**; della **Convenzione dei diritti dell'Uomo**; del **Trattato di Lisbona**; della **Carta dei diritti fondamentali UE** e di alcune **principali leggi complementari** di interesse penale, riportate in Appendice: la legge sulla depenalizzazione, la legge sul processo penale minorile, il decreto relativo alla competenza penale del giudice di pace, la legge sulla durata ragionevole dei processi, il decreto sulla disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, il testo unico in materia di spese di giustizia e il decreto relativo al codice delle leggi antimafia.

Aggiornato, da ultimo, con: L. 134/2012, di conversione del D.L. 83/2012, c.d. "decreto crescita"; il D.Lgs. 109/2012, in materia di "impiego lavoratori irregolari"; la L. Cost. n. 1/2012, sul "pareggio di bilancio nella Carta costituzionale"; L. 12/2012, in materia di "contrasto ai fenomeni di criminalità informatica"; L. 3/2012, in materia di "usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento"; il D.L. 1/2012, conv., con modif., dalla L. 27/2012, c.d. "decreto liberalizzazioni"; il D.L. 211/2011, conv., con modif., dalla L. 9/2012, c.d. "sovraffollamento delle carceri".

Il volume è disponibile in **versione carta**

Ipsoa 2012, pagg. 1400, € 18,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

Ammissibilità delle azioni di classe

L'art. 140 *bis* Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito

CORTE D'APPELLO DI TORINO, Sez. I, 23 settembre 2011, ord. - Pres. Griffey - Est. Patti - Altroconsumo c. Omissis

È da ritenersi ammissibile l'azione di classe proposta, a norma dell'art. 140 *bis*, commi 6 e 7, D.Lgs. n. 206 del 2005, in proprio da alcuni correntisti e mediante un'associazione a difesa dei diritti dei consumatori, cui sia stata conferita dai consumatori proponenti la mera rappresentanza in giudizio, contro l'istituto di credito per le commissioni di scoperto di conto applicate dopo il 15 agosto 2009.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Non si rinvengono precedenti conformi.
Difforme	Trib. Torino 7 aprile 2011; Trib. Torino 28 aprile 2011.

Rilevato in fatto

… *Omissis* …

Osserva in diritto

… *Omissis* …

In via preliminare, reputa questa Corte opportuno sgombrare subito il campo dalla deduzione, palesemente infondata, di inammissibilità (tout court) del reclamo, sulla quale il difensore di ... *omissis* ... ha insistito nell'odierna discussione orale, sulla base della già prospettata (al p.to II.3 della comparsa di costituzione e risposta) omessa confutazione del passaggio dell'ordinanza del tribunale (a pag. 24), nel quale esso assume che "il fine dichiarato della presente domanda non" sarebbe "tanto il perseguimento" dell'interesse della classe di appartenenza "con le modalità predisposte dalla normativa, quanto l'ottenere un più generale scrutinio di incostituzionalità della legge al fine di trasformare la configurazione e la struttura stessa dell'azione di classe": impropriamente attribuendo natura di *ratio decidendi* ad una mera supposizione, del tutto personale, del primo giudice, che certamente non costituisce l'impianto argomentativo a fondamento della sua decisione.

In ordine al primo motivo di gravame principale, relativo a violazione e falsa applicazione dell'art. 77 c.p.c., la Corte osserva come il ragionamento svolto al riguardo dal tribunale (in particolare a pagg. da 15 a 17), ineccepibile nella sua coerenza argomentativa nella prospettiva interpretativa eletta, non si dia sufficiente carico della specialità e dell'autonomia della nuova azione di classe, introdotta nel nostro ordinamento, quale art. 140 *bis* D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), dall'art. 2, comma 446 l. 244/2007, come mod. dall'art. 49, primo comma l.23 luglio 2009, n. 99.

Essa, già apprezzata da questa Corte per il "forte impatto" sull'ordinamento (nell'ambito non soltanto della tutela consumeristica, ma anche dei rapporti del cittadino con gli enti erogatori di servizi pubblici), per la parte che qui più interessa, "sul piano della "tenuta" di consolidati principi di diritto processuale (a partire dagli istituti della legittimazione processuale e dei limiti soggettivi ed oggettivi del giudicato" (così: App. Torino 27 ottobre 2010, ord., in *Foro it.*, 2010, I, 3530), attribuisce infatti legittimazione attiva, per la tutela dei "diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 ... anche attraverso l'azione di classe", a "ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa" (art. 140 *bis*, primo comma D.Lgs. cit).

Appare allora evidente come una tale azione, facoltativa ed alternativa a quella ordinaria individuale, non preclusa ai non aderenti a norma dell'art. 140 *bis*, terzo e quattordicesimo comma D.Lgs. cit., debba essere riguardata, quanto a legittimazione attiva della parte proponente ed a modalità di assunzione dell'iniziativa (se in proprio od anche attraverso un'associazione o un comitato), in un'ottica, quanto al rapporto tra rappresentato ed ente rappresentante, irriducibile a quella prevista dall'art. 77 c.p.c., che presuppone la coesistenza di un potere di rappresentanza sostanziale (postulato fin dalla rubrica "rap-

presentanza del procuratore e dell'institore") al fine del conferimento (al medesimo soggetto di esso investito) del potere di rappresentanza processuale (così, tra le altre: Cass. 24 settembre 2004, n. 19252, in *Giust. civ.* Mass., 2004, f. 9; Cass. 9 gennaio 2002, n. 179, in *Foro it.*, 2002, I, 1787).
Ed infatti essa, significativamente modificata da azione collettiva risarcitoria (secondo la modulazione originaria, con il conferimento della legittimazione attiva alle associazioni previste dall'art. 139 cod. consumo ed alle associazioni e comitati sufficientemente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere, per la tutela di questi) ad azione, secondo l'attuale configurazione appunto, di classe (per il suo esercizio da singoli individui nell'interesse di una pluralità di soggetti, ad essa ascrivibili per omogeneità di posizioni giuridiche: con attribuzione della legittimazione attiva ai singoli suoi componenti, anche con l'ausilio detto, per la tutela di diritti individuali omogenei o isomorfi), realizza una nuova forma di tutela. Per tale intesa, come osservato da autorevole dottrina, la peculiare connotazione di un rimedio giurisdizionale, individuata non soltanto dal contenuto del provvedimento finale, ma anche dalle modalità del procedimento, qualora aventi, come appunto nel caso in esame, una rilevanza sul piano sostanziale, per il contributo all'adeguatezza della risposta giurisdizionale ad un determinato bisogno di tutela, in riferimento (come già osservato da App. Torino 27 ottobre 2010, ord., cit.) a situazioni di illegittimità generalizzate ed anche gravi, ma di scarso peso economico sulla posizione del singolo (c.d. *mass torts*), in tal modo giustiziabili, per facilitazione dipendente dalla collettivizzazione dei costi, altrimenti antieconomici, per il singolo consumatore.
Alla luce di una siffatta specialità di tutela, il rapporto (indicato come mandato) istituito tra componente della classe ed associazione investe, secondo il prevalente e condivisibile orientamento interpretativo dottrinale, il piano della rappresentanza processuale mera, riconducibile secondo taluno al *genus* della rappresentanza tecnica, in qualche modo assimilabile alla procura alle liti, sotto il profilo dell'ausilio tecnico nella gestione della lite di massa, senza alcuna interferenza sulla titolarità, né sulla disponibilità del rapporto sostanziale dedotto con l'azione risarcitoria.
La conferma della bontà di una tale interpretazione si trae, ad avviso della Corte, dall'introduzione di una nuova ipotesi di inammissibilità (prima non prevista, per il requisito di adeguatezza già stabilito mercè l'individuazione dei soggetti attivamente legittimati nelle associazioni indicate, per richiamo all'elenco dell'art. 137, dal primo comma dell'art. 139 cod. cons. ed alle associazioni e comitati sufficientemente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere), consistente nella circostanza in cui "il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe" (art. 140 *bis*, sesto comma, ult. pt. D.Lgs. cit.).
Per tali argomentate ragioni, in accoglimento del mezzo esaminato, i mandati conferiti il 12 novembre 2010 all'Associazione Altroconsumo da ... *omissis* ... per l'esercizio dell'azione qui in esame, dettagliatamente indicata nel suo oggetto, nei difensori da nominare e nell'assunzione di ogni costo dalla mandataria (docc. 7 e 8 di primo grado degli attori) conferiscono piena legittimazione attiva ad essa.
Sicché, il terzo (relativo ad erronea esclusione, nel mandato conferito dai consumatori all'associazione, di ogni potere di rappresentanza sostanziale) ed il quarto motivo di gravame (relativo ad idoneità dei consumatori alla cura adeguata degli interessi della classe, per il sostegno organizzativo ed economico di cui in ogni caso onerata l'Associazione Altroconsumo, indipendentemente dalla sua presenza in causa) rimangono assorbiti.
In ordine al secondo motivo di gravame, relativo ad erronea interpretazione dell'art. 77 c.p.c., per inammissibile presenza nello stesso processo del rappresentante e del rappresentato, la Corte reputa che nessuna concorrenza (invece presente nella diversa ipotesi decisa da: Cass. 11 gennaio 2002, n. 314, in *Giust. civ.* Mass., 2002, 48) sussista tra la posizione di ...omissis... da una parte e quella dell'Associazione Altroconsumo (loro mandataria a titolo gratuito obbligatasi a tenerli indenni da ogni spesa dipendente dal mandato ed a "versare ai mandanti le somme che dovessero spettare a questi ultimi all'esito della lite e che non siano state versate dalla banca convenuta direttamente a costoro": come da mandati citati), dall'altra.
Appare dunque ben possibile la coesistenza di entrambi in giudizio, senza alcuna concorrenzialità alternativa (ed in tale senso, per la legittimazione del rappresentato, sia sostitutiva di quella del rappresentante, che con essa congiunta, alla proposizione dell'impugnazione, con validità conseguente della sua notificazione dalla controparte al primo, anziché al secondo: Cass. 17 aprile 2009, n. 9319, in *Giust. civ.* Mass., 2009, 646). E ciò sul presupposto, chiaramente affermato dalla sentenza da ultimo citata, secondo cui la rappresentanza, negoziale o processuale, non attribuisce nel giudizio al rappresentante la qualità di parte sostanziale.
Tanto più, unicità della parte, non soltanto in senso sostanziale, ma pure in senso processuale, si verifica nell'esercizio dell'azione di classe, come chiaramente indicato dall'art. 1406/s, primo comma, ult. pt. D.Lgs. 206/2005 ("... ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato ... può agire ..."): così, infatti, non configurandosi, in relazione alla già illustrata natura dell'azione, alcuna posizione conflittuale o sostitutiva di parti, per la riconducibilità del rapporto (indicato come mandato) istituito tra componente della classe ed associazione ad un mero, sostanziale ausilio tecnico nella gestione della lite di massa.
Il ragionamento svolto assorbe l'esame della pure dedotta (a fini di non concorrenzialità in causa della presenza dei mandanti e dell'associazione mandataria) dichiarazione dei loro difensori, all'udienza del 31 marzo 2011, di volere i predetti "esercitare i propri diritti di proponenti esclusivamente mediante rappresentanza e legittimazione di secondo grado attribuita ad Altroconsumo": soltanto per completezza motiva, ravvisatane l'infondatezza,

per la disponibilità, in tal modo, di un potere sostanziale (della titolarità del diritto) e non soltanto processuale, evidentemente eccedente quello contenuto nelle procure alle liti da questi conferite (a margine di pagg. 2 e 3 dell'atto di citazione).
Dalle superiori argomentazioni discende pertanto coerente l'accoglimento anche del presente mezzo, comportante il venir meno (per ragioni che completano quelle svolte in riferimento al primo mezzo, pure accolto) della ravvisata inammissibilità della domanda da parte del tribunale, sul presupposto dell'evidente incapacità dei tre consumatori attori (soli legittimati attivi) alla cura idonea degli interessi della classe.
In ordine al primo motivo di gravame incidentale, relativo ad inidoneità dell'Associazione Altroconsumo alla cura adeguata dell'interesse della classe, la Corte ne ravvisa l'infondatezza per le ragioni svolte nella parte finale dello scrutinio del primo mezzo principale (riguardanti il requisito di adeguatezza già stabilito, mercé l'individuazione dei soggetti attivamente legittimati nelle associazioni indicate, per richiamo all'elenco dell'art. 137, dal primo comma dell'art. 139 cod. cons. ed alle associazioni e comitati sufficientemente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere: tra cui l'Associazione Altroconsumo, come da decreto ministeriale dello sviluppo economico del 17 dicembre 2010, prodotto dai reclamanti all'odierna udienza di discussione), da aversi qui richiamate.
… *Omissis* …
In ordine al terzo motivo di gravame, relativo a temporanea improcedibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 140 *bis*, quattordicesimo comma D.Lgs. 206/2005, la Corte condivide pienamente le argomentazioni svolte dal tribunale nell'ordinanza reclamata (in particolare da pag. da 10 a pag. 14), non persuasivamente, né tanto meno fondatamente confutate dalla banca (per le ragioni in particolare esposte in comparsa di costituzione e risposta da pag. 63 a pag. 77).
Ed infatti, a fronte dell'attuale ravvisata inammissibilità (dal Tribunale di Torino con ordinanza 4 giugno 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2523, confermata dalla Corte d'Appello con ordinanza 27 ottobre 2010, cit., attualmente pendente il giudizio davanti alla Corte di Cassazione) dell'azione di classe introdotta dall'avv. R. mediante il Codacons, parimenti avente ad oggetto la contestazione delle nuove commissioni di scoperto di conto (sia pure nella loro applicazione esclusiva dal 16 agosto 2009 e non prima, come anche preteso nell'odierno giudizio), pertanto in difetto di assegnazione di alcun termine di adesione, opportunamente precisato che non si configura alcuna improponibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 140 *bis*, nono e quattordicesimo comma D.Lgs. 206/2005, esclude questa Corte, come già il Tribunale, che essa possa ricorrere neppure in via provvisoria, così da legittimare un provvedimento di sospensione del giudizio, in applicazione, anche indiretta, dell'art. 295 c.p.c., pure richiamati gli artt. 4126/s c.p.c., 5, primo comma l. 28/2010 e l'art. 1, undicesimo comma l. 249/1997.
E ciò sulla risolutiva ed assorbente constatazione, correttamente argomentata dal primo giudice (per le ragioni in particolare esposte da pag. 10 a pag. 12 dell'ordinanza), della diversità dei fatti oggetto delle due azioni di classe, da delibare (nella fase di ammissibilità), non già secondo la prospettazione della parte, come infondatamente preteso dalla banca (ed in particolare sostenuto a pag. 69 della sua comparsa di costituzione e risposta), ma nella loro obiettiva (in)sussistenza, con riguardo tanto alla classe di appartenenza dell'attore (quale componente per omogeneità di diritti individuali da tutelare), quanto all'identità dei diritti concretamente fatti valere.
Nel caso di specie, l'avv. R. ha contestato la nuova commissione di scoperto di conto corrente, introdotta dalla banca a seguito della nullità della commissione di massimo scoperto disposta dall'art. 2 *bis* l. 28 gennaio 2009, n. 2, che indubitabilmente si applica ai soli conti correnti non affidati, essendo egli altrettanto indubitabilmente titolare di un conto corrente (n. ... *omissis* ...) assistito da un affidamento, pure utilizzato: sicché appare evidente (al di là della sua pretesa di rappresentanza di una classe di tutti i correntisti, affidati e non, per la ravvisata identità del diritto tutelato, meramente casuale essendo, a suo dire, la circostanza dell'affidamento, siccome revocabile in ogni momento) la sua appartenenza ad una classe diversa, con la conseguenza del suo difetto di legittimazione all'impugnazione della validità della nuova clausola contrattuale, ridondante nella carenza di interesse (secondo il tribunale) all'azione, per la stessa ragione manifestamente infondata (secondo la corte d'appello) e finalmente, ai fini qui d'interesse, nella diversità dei fatti alla base delle due azioni di classe.
Dalle superiori argomentazioni discende pertanto il rigetto anche del presente mezzo, siccome infondato.
… *Omissis* …
Quanto, infine, alla contestazione di inammissibilità dell'azione (ultima residua, dopo quelle già disattese di manifesta infondatezza, di conflitto di interessi e di apparente inadeguatezza del proponente alla cura dell'interesse della classe) per difetto di identità dei diritti (per le ragioni esposte dalla banca in comparsa di costituzione e risposta da pag. 86 a pag. 92), questa Corte ne ravvisa la pari infondatezza.
Ed infatti, essa si appunta essenzialmente sulla supposta irriducibilità ad unità delle singole pretese individuali, per estrema differenziazione delle posizioni, quanto a misura di risarcimento, a caratteristiche e andamento del singolo rapporto e ad altri profili peculiari, esigenti accertamenti individualizzanti, in esito a necessarie attività istruttorie, anche mediante consulenze contabili.
Appare evidente come le prospettate argomentazioni attengano all'accertamento del merito concreto delle pretese azionate, una volta superato il filtro di ammissibilità dell'azione, pertanto irrilevanti nell'odierna sede.
L'identità dei diritti individuali tutelabili non deve essere, infatti, intesa (come anche correttamente da: Trib. Roma 25 marzo 2011, ord., cit.) secondo un improponibile senso letterale, ma piuttosto armonizzata (a superamento di un solo apparente contrasto) con la previsione di omogeneità di tali diritti, contenuta nel primo comma

dell'art. 140 *bis* D.Lgs. 206/2005 e quindi verificata in relazione al *petitum* (da intendere come oggetto di tutela e quindi di pronuncia richiesta: non già di entità del danno eventualmente subito da ogni correntista, siccome mera circostanza ininfluente sull'identità, nel senso detto, dei diritti azionati) ed alla *causa petendi* (quale ragione giuridica a fondamento degli stessi): qui indubbiamente ricorrente, per la tutela risarcitoria richiesta in dipendenza della lamentata violazione, individuata nell'applicazione della commissione di scoperto di conto dopo il 15 agosto 2009.
Così esclusa, per le argomentate ragioni esposte, la ricorrenza di alcuna ipotesi di inammissibilità stabilita dall'art. 140 *bis*, sesto comma, ult. pt. D.Lgs. 206/2005 e nell'irrilevanza, nella presente fase di delibazione ammissiva dell'azione, delle questioni di legittimità costituzionale (dell'art. 140 *bis*, undicesimo comma D.Lgs. 206/2005, per la non previsione della qualità di parte processuale dell'aderente all'azione di classe; dell'art. 140 *bis*, quattordicesimo e quindicesimo comma D.Lgs. 206/2005, per l'esclusione di proponibilità di ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa, dopo la scadenza del termine per le adesioni, nell'ipotesi di rinunce e transazioni tra le parti, nonché di estinzione del processo e di rigetto della domanda; dell'art. 140 *bis*, quattordicesimo comma D.Lgs. 206/2005, per la non previsione della salvezza di tutti i mezzi di impugnazione per l'aderente; dell'art. 140 *bis*, terzo comma D.Lgs. 206/2005, per la facoltà di adesione senza ministero di difensore: ribadita ancora recentemente, a quest'ultimo riguardo, la costante affermazione della più ampia discrezionalità del legislatore, nei consueti limiti della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà, in ordine alla disciplina, nella materia processuale, della necessità di patrocinio di avvocato, da: Corte cost. 26 ottobre 2007, n. 351, ord., in *Foro it.*, 2008, I, 713) prospettate dagli attori, odierni reclamanti principali, la causa deve essere rimessa al tribunale, competente all'esame del merito, per l'adozione dei conseguenti provvedimenti, propedeutici e coerenti con detto esame, indicati dall'art. 140 *bis*, nono ed undicesimo comma D.Lgs. 206/2005. In tale senso deponendo la natura bifasica del procedimento, con efficacia endoprocessuale del provvedimento conclusivo del cd. filtro di ammissibilità, secondo il chiaro dettato normativo, che ne ritma la scansione e la distinzione tra delibazione di ammissibilità ed accertamento del merito: in particolare, limitando l'intervento del P.M. soltanto al primo giudizio (quinto comma), stabilendo una reclamabilità alla corte d'appello dell'ordinanza ammissiva del tribunale non sospensiva del giudizio di merito (settimo comma) ed ancora l'impugnabilità davanti ad essa della sentenza del tribunale (in esito all'accertamento del merito), come sintomaticamente denunciato dalla possibilità di sua adizione per i provvedimenti ai sensi dell'art. 283 c.p.c. (tredicesimo comma).
… *Omissis* …

TRIBUNALE DI ROMA, Sez. XIII, 27 aprile 2012, ord. - Pres. Mangano - Est. Verusio - CODACONS e L.B. c. UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

È inammissibile per manifesta infondatezza l'azione di classe proposta, ai sensi dell'art. 140 *bis*, D.Lgs. n. 206 del 2005, da un'associazione dei consumatori, in nome e per conto del genitore di una bimba nata presso una struttura ospedaliera ove lavorava un'infermiera malata di tubercolosi polmonare, in mancanza di un danno certo ed attuale, essendo la minore risultata negativa ai test per il contagio.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
	Non si rinvengono precedenti in termini.

Premesso in fatto

… *Omissis* …

Osserva in diritto

È all'esame del tribunale la valutazione di ammissibilità della domanda proposta dal CODACONS in nome e per conto di L.B. e da quest'ultimo, anche quale esercente la potestà sulla minore G.B., per ottenere la condanna del Policlinico Agostino Gemelli dei danni causati alla minore e al genitore, dal procurato contatto con una dipendente ospedaliera risultata malata di TBC.
Il parametro normativo di tale giudizio è dato "in negativo" dall'art. 140 *bis* comma 6, D.Lgs. n. 206/2005, secondo il quale, 'la domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe', valutato in relazione alla fattispecie prevista dall'art. 140 *bis*, comma 2 lett. a), invocata dagli attori, secondo la quale l'azione tutela 'i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, ...'.
Preliminarmente all'accertamento della sussistenza dei requisiti di ammissibilità dell'azione di classe, deve essere valutata l'istanza di sospensione del giudizio, proposta dalla UCSC, ai sensi dell'art. 140, comma 6 del D.Lgs. citato, in relazione al giudizio pendente davanti al giudice amministrativo promosso dal Codacons, con l'impugna-

tiva del provvedimento della Regione Lazio che ha definito l'ambito di applicazione delle misure di controllo disposte, in accordo con l'Istituto Superiore di Sanità e con il Ministero della salute, per accertare la verificazione del contagio e le misure di profilassi da adottare.
L'istanza di sospensione non può essere accolta.
L'istituto previsto dall'art. 140 *bis* comma 6, riconosce al giudice la facoltà di sospendere il giudizio, allorché 'sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti a un giudice amministrativo'; si tratta di uno strumento molto più flessibile rispetto all'istituto della sospensione necessaria del giudizio civile (art. 295 c.p.c), perché prescinde dalla pregiudizialità tecnica esistente tra due giudizi destinati a concludersi con una pronuncia avente valore di giudicato, ma dà spazio anche alla valutazione di rilevanza di un'istruttoria pendente davanti ad un'autorità indipendente, affidando la decisione alla prudente valutazione del giudice. Tanto premesso, benché la parziale diversità dei soggetti del giudizio amministrativo promosso dal CODACONS, non sia di per sé preclusiva alla sospensione del giudizio di classe come disciplinato dall'art. 140 *bis* comma 6 D.Lgs. n. 206/05, è determinante, per il rigetto dell'istanza di sospensione, considerare come la valutazione della pubblica amministrazione circa l'ambito di applicazione di misure precauzionali di accertamento e di profilassi, è subordinata alla ponderazione di ragioni di opportunità basate anche sul calcolo dei connessi costi finanziari sociali, in relazione alle probabilità di concreto accertamento dell'infezione tubercolare. Valutazione che, pertanto, non condiziona l'accertamento dei presupposti del diritto per il quale è invocata la tutela nelle forme dell'azione di classe. Tale accertamento, nell'ambito del presente giudizio, deve attenersi, secondo i comuni canoni processuali (art. 99, 100 e 112 c.p.c.). al rispetto del principio della domanda, che, nel caso all'esame, risulta temporalmente circostanziata, quanto all'identificazione della classe, 'ai nati dal 1.1.2011 al 28.7.2011' (p. 5 delle note autorizzate depositate dal CODACONS in data 27.2.2012).
Esclusa la sussistenza in capo al CODACONS della condizione di inadeguatezza del proponente a tutelare gli interessi della classe, determinante la dichiarazione di inammissibilità della domanda, condizione rilevabile d'ufficio anche in difetto di specifiche allegazioni della parte convenuta, e che, nel caso all'esame si reputa insussistente per la notoria attività istituzionale del CODACONS, ente operante in via esclusiva nella difesa dei diritti dei consumatori e ragionevolmente dotato di mezzi finanziari adeguati a sostenere i costi di un'azione preceduta da una dispendiosa attività pubblicitaria e destinata a svolgersi anche attraverso atti di accertamento tecnico-scientifico, come quella in oggetto, occorre esaminare la sussistenza dei requisiti di ammissibilità dell'azione, prendendo in considerazione le numerose eccezioni opposte dalla parte convenuta, per sostenere la manifesta inammissibilità dell'azione di classe proposta dal CODACONS e da L.B. nel presente giudizio.
In primo luogo la UCSC, eccepisce il difetto del requisito soggettivo della parte nei cui confronti i genitori dei bambini nati nel Policlinico Gemelli, in proprio e nella qualità di esercenti la potestà sui figli minori, rivendicano la tutela del loro diritto, azionando la loro posizione di consumatori-utenti del servizio sanitario nazionale. La convenuta, infatti, eccepisce che la struttura sanitaria evocata in giudizio non sarebbe qualificabile come 'impresa', principalmente in considerazione della natura soggettiva di ente morale non economico proprio della Università Cattolica del Sacro Cuore, in secondo luogo per la assenza di un fine di lucro nell'erogazione di un servizio, che, in quanto inserito attraverso il regime di convenzione, nel complesso sistema del SSNN, opera al di fuori dei principi di economicità, rispondendo ad una regola di prestazione obbligatoria anche quando questa avvenga in assenza di utili ovvero cagionando perdite di esercizio.
Tale eccezione non può essere accolta, in quanto la natura soggettiva dell'ente titolare non esclude che lo stesso eserciti in forma organizzata secondo criteri di economicità, ovvero di programmatica valutazione dei mezzi apprestati in relazione al risultato prefigurato, e con carattere di professionalità, una attività di rilevanza economica, ancorché finalizzata alla erogazione di un servizio posto a presidio di un bene di rilievo pubblico e sociale, qual e la salute.
Tale ricostruzione risulta coerente con le norme applicabili, tanto quelle codicistiche tanto quelle della disciplina consumeristica di diretta derivazione comunitaria, nella quale è inserito l'istituto che gli attori intendono azionare nel presente giudizio.
In tal senso, la struttura ospedaliera privata operante in regime di convenzione nell'ambito del Servizio sanitario nazionale corrisponde sia alla nozione generale di imprenditore definita dall'art. 2082 c.c., incentrata, quanto alla finalità 'alla produzione e allo scambio di beni e di servizi', e, quanto all'attività svolta, ai requisiti di professionalità e di economicità, concretizzati nell'esistenza di un'organizzazione stabile e modellata sulla previsione dei costi in relazione ai livelli di prestazione erogati, sia alla nozione di impresa citata nell'art. 140 *bis* comma 2 lett. a), sistematicamente interpretata con la definizione di "professionista", fornita dall'art. 3 del D.Lgs. n. 205/2006 nelle norme generali e programmatiche del Codice del consumo.
Né la competenza funzionale a trattare e decidere le azioni di classe, attribuita al futuro Tribunale delle imprese dall'art. 2 del D.L. 1/2012, fornisce criteri interpretativi opposti rispetto alla normativa richiamata, trattandosi di una norma 'neutra' rispetto alla questione che ci occupa e che, oltre a non essere applicabile al presente giudizio, non restringe la nozione di impresa al solo tipo di società ricomprese nella competenza delle istituende sezioni specializzate, anche a seguito della legge di conversione.
D'altra parte, lo statuto dell'Università Cattolica del Sacro Cuore dedica al policlinico universitario Gemelli una disciplina particolare (art. 37 statuto), del tutto compatibile con la natura imprenditoriale della struttura sanitaria, definita 'gestione speciale dell'istituzione universita-

ria, dotata di autonomia economico-finanziaria, nell'ambito delle convenzioni stipulate con la regione Lazio e con le altre regioni competenti' e basata sui preventivi e consuntivi riferiti alle prestazioni effettuate.
La stessa giurisprudenza della Cassazione citata dalla convenuta per escludere la natura di impresa del Policlinico Gemelli (Cass., n. 8093/09 e pronunce successive allineate sulla decisione di inapplicabilità del 'foro del consumatore' all'azione di responsabilità introdotta dall'utente del servizio sanitario nei confronti della struttura ospedaliera) è conforme a tale interpretazione. Infatti, riconosce che la relazione tra il cittadino-utente e il servizio sanitario nazionale in funzione della fruizione di una prestazione sanitaria non è esclusa dall'applicazione del D.Lgs. n. 205/06, tanto più quando la prestazione è resa da strutture gestite da privati, 'perché esse, sulla base della convenzione, agiscono come soggetti imprenditoriali', ma rinvia alla disciplina dei singoli istituti introdotti dal codice del consumo la valutazione specifica della loro applicabilità all'ipotesi del servizio pubblico assicurato alla collettività in forma imprenditoriale.
Nel caso dell'azione di classe disciplinata dall'art. 140 *bis* D.Lgs. n. 205/06 non soltanto, come sopra esposto, nessun dato normativo è in contraddizione con l'applicabilità al caso all'esame, ma, al contrario, esso forma oggetto di una esplicita previsione, contenuta nell'art. 140 *bis* comma 12, che 'in caso di accoglimento di un' azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità', prescrive al Tribunale regole particolari per la liquidazione del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c.
Seguendo cadenze argomentative analoghe a quelle appena svolte, va respinta anche la seconda eccezione opposta dalla convenuta all'ammissibilità dell'azione di classe, in ragione della insussistenza di diritti contrattuali, attesa la fonte legale degli obblighi esistenti in capo alla struttura sanitaria che eroga il servizio.
Il diritto di risarcimento azionato nel caso all'esame si fonda sulla deduzione della cattiva esecuzione (sotto il profilo della omessa vigilanza e della omessa adozione di controlli periodici adeguati sulla salute del personale impiegato) della prestazione sanitaria, alla quale corrisponde, per definizione acquisita dalla giurisprudenza, una 'responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera, anche pubblica' (Cass., ord. n. 8093/09).
Anche sotto questo profilo, la pronuncia della Cassazione invocata dai convenuti ha cura di precisare le proprie conclusioni, circoscrivendole alla mera inapplicabilità dell'art. 33, comma 2, lett. u) del D.Lgs. n. 206/05, senza smentire la giurisprudenza di legittimità (Cass., S.U. n. 577/08) che, sotto diversi profili, ha ribadito che la responsabilità della struttura sanitaria ha certamente natura contrattuale. Invero, costituisce un orientamento consolidato quello secondo il quale la conclusione di un contratto o il mero contatto sociale tra il paziente-utente e il presidio ospedaliero, determinano il sorgere di una obbligazione complessa, avente un contenuto sanitario e assistenziale, che si realizza attraverso la predisposizione di strutture e di risorse umane adeguate ed efficienti, con effetti protettivi nei confronti dell'utente, a fronte della prestazione corrispettiva, che ben può essere adempiuta dal paziente stesso, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente, restando per tale profilo irrilevante la natura pubblica o privata del soggetto tenuto alla prestazione così come la concreta possibilità che questo abbia di sottrarsi alla richiesta di prestazione dell'utente (Cass. 975/09).
Pertanto, se accogliendo il metodo interpretativo offerto dalla sentenza della Cassazione citata dalla convenuta a sostegno delle proprie eccezioni, si vogliano verificare tale concetti alla luce della disciplina dell'istituto in oggetto e della sua *ratio* applicativa, non può non rilevarsi la piena compatibilità dell'azione di classe, prefigurata come strumento dì tutela di soggetti virtualmente deboli e noti organizzati a fronte di strutture organizzative economicamente più forti, con la posizione degli utenti-consumatori del presidio ospedaliero che eroga l'assistenza nell'ambito del servizio sanitario. Diversamente ragionando, proprio la rilevanza pubblica del servizio e la doverosità della prestazione, a prescindere dalla formula organizzativa adottata, configurerebbe una non ragionevole riduzione del ventaglio delle tutele esperibili dai soggetti destinatari del servizio pubblico.
Viene quindi all'esame il requisito della omogeneità dei diritti per i quali è invocata la tutela, il cui difetto forma oggetto della successiva eccezione di inammissibilità sollevata dalla UCSC.
A tale proposito, va premesso che il requisito della 'identità dei diritti individuali' richiesto a pena di inammissibilità dell'azione esperita dall'art. 140, comma 6 del D.Lgs. n. 206/05 non può essere inteso in senso letterale, bensì interpretato sistematicamente alla luce di tutte le disposizioni normative che vi si riferiscono, ossia l'art. 140 *bis* comma 1 del D.Lgs. n. 206/05 che esordisce con l'indicazione dei 'diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti... tutelabili anche attraverso l'azione di classe' e, per il caso che occupa, l'art. 140 *bis* comma 2, lett. a) per cui 'l'azione tutela i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti, che nei confronti dì una stessa impresa versano in situazione identica'.
Dalia lettura combinata e sistematica di tali disposizioni normative, discende che l'unica interpretazione valida del requisito di ammissibilità previsto dall'art. 140 *bis* comma 6 del D.Lgs. n. 206/05 è quella che esige la sussistenza di una omogeneità dei diritti individuali azionati dagli aderenti alla classe, intesa come formale identità del titolo del diritto azionato, come sostanziale unicità della causa petendi e come comunanza dei criteri omogenei di calcolo della pretesa risarcitoria o restitutoria avanzata.
Ciò a prescindere dalla considerazione delle modifiche normative sopravvenute e conseguenti al D.L. n. 1/2012, convertito nella l. n. 27/2012, delle quali va esclusa l'applicabilità al presente giudizio in ragione della natura sostanziale delle norme introdotte, le quali, peraltro, rappresentano la conferma legislativa di una interpretazione già desumibile dal testo previgente, nonostante alcune solo apparenti contraddizioni letterali.

Orbene, nel caso all'esame ricorre la omogeneità dei diritti individuali che abilita all'esercizio di un'azione di classe.
Infatti, identico è il titolo della domanda di risarcimento avanzata da L.B. in proprio e nella qualità di genitore esercente la potestà sulla figlia minore G., in relazione alla classe dei genitori di tutti i neonati che hanno visto la luce nel nosocomio convenuto nell'arco di tempo indicato; identica è la situazione nella quale ciascuno di essi si trova nei confronti del presidio ospedaliero, essendo tutti utenti della medesima prestazione sanitaria (assistenza medico-sanitaria al parto e all'assistenza ospedaliera immediatamente successiva alla nascita); unico è il fatto da cui si assume l'origine del danno lamentato (presumibile contatto con un'infermiera del reparto risultata malata di tubercolosi); unica la condotta che si imputa alla convenuta (omessa adozione delle doverose cautele in ordine all'accertamento delle condizioni di salute del personale sanitario impiegato della prestazione del servizio), come identiche sono le circostanze addotte dalla controparte per escludere la responsabilità e, conseguentemente, il nesso causale in relazione agli effetti dannosi dedotti; omogeneo, ancorché individualmente distinto, il danno lamentato, alla integrità psico-fisica dei neonati e dei genitori, conseguente al preteso contatto con l'infermiera malata e al dedotto conseguente contagio con il virus.
La natura non patrimoniale del danno biologico, morale ed esistenziale dedotto, a prescindere dalla fondatezza delle singole poste risarcitorie richieste, non è di ostacolo, nel caso all'esame, alla sussistenza del requisito di omogeneità, poiché identiche sono le situazioni di fatto e di diritto che presumono l'invocata tutela.
Infatti, per i minori l'identità della patologia con cui si assume il contatto infettivo determina una conseguente identità degli effetti lesivi lamentali, che, combinata con la comune condizione e con la stessa classe di età dei soggetti esposti, consente l'applicazione di canoni di liquidazione uniformi, tenuto conto dei criteri adottati dal sistema tabellare di liquidazione del danno alla persona in uso presso questo Tribunale.
Analogamente per il danno lamentato dai genitori, rispetto ai quali si configurano identiche relazioni parentali e personali, con l'unica variabile della classe di età di appartenenza.
Del resto, la parte attrice, nella quantificazione delle somme richieste a titolo di risarcimento, avanza richieste comuni in ragione delle singole poste risarcitorie, sia per l'attore sia per i singoli aderenti alla classe.
Infine, la eventualità di introdurre elementi di personalizzazione, stante la comunanza delle condizioni di partenza e, quindi, dei criteri di calcolo da applicare in via presuntiva, non è incompatibile con la trattazione unitaria delle diverse posizioni, attesa la identità delle questioni di fatto e di diritto che implica, né comporta conflitto di interessi tra i partecipi alla classe o tra questi e l'ente proponente.
Resta da esaminare il profilo della manifesta infondatezza della domanda, dedotto dalla UCSC sia sotto il profilo della sussistenza della riconducibilità eziologica del danno lamentato ad una condotta inadempiente della convenuta sia sotto il profilo della stessa sussistenza del danno allegato.
L'espressa previsione della non manifesta infondatezza, tra i criteri di valutazione di ammissibilità dell'azione di classe, rappresenta uno strumento atto a scongiurare per un verso, iniziative ingiustificatamente vessatorie nei confronti dell'impresa e dell'esercente il servizio, per altro a tutelare anche in via preventiva i possibili aderenti alla classe dall'intrapresa di iniziative giudiziarie sprovviste di alcuna possibilità di successo.
Pertanto, la delibazione della fondatezza della domanda, avendo di mira tale duplice obiettivo, si deve limitare a valutare la serietà dell'azione senza poter affrontare questioni che soltanto l'istruttoria del giudizio è deputata a risolvere.
Tanto premesso, si osserva che la domanda proposta non appare manifestamente infondata sotto il profilo del dedotto nesso di causalità, rappresentato dal presumibile contatto tra il neonato ospitato nel reparto di neonatologia e l'infermiera malata che vi lavorava nei mesi immediatamente precedenti la diagnosi di tubercolosi conclamata accertata a suo carico, e valutato come condizione più che probabile dell'origine dell'infezione tubercolare riscontrata nei medesimi neonati. Ciò a prescindere dalla possibile prova del mancato contatto (in relazione a circostanze da accertare in corso di causa, come per esempio la eventuale assenza dal servizio durante il tempo di degenza) ovvero della mancanza di responsabilità del nosocomio (per avere rispettato tutte le cautele prescritte in ordine alla tutela e alla prevenzione della salute del personale sanitario impiegato), o ad altre circostanze che escludano il nesso di causalità e che compete al giudizio di merito accertare, così come l'accertamento dei fatti dedotti per affermare la responsabilità della convenuta.
Quanto al profilo del danno, in relazione alla eccepita manifesta infondatezza dell'azione, vanno premesse alcune considerazioni preliminari circa la configurazione dell'azione di classe nel nostro ordinamento.
Per effetto della novella che ha ridisegnato l'istituto con la l. 102/2009, l'azione di classe dell'art. 140 *bis* ha abbandonato la originaria configurazione di strumento di tutela di interessi collettivi agito da un ente esponenziale, per essere qualificata come azione individuale a tutela di un diritto replicabile con omogenei elementi costitutivi in capo ai singoli componenti della classe, di cui il proponente risulta adeguatamente rappresentativo e i cui caratteri di serialità giustificano una trattazione processuale congiunta.
Ne consegue che ai fini della prospettazione di una domanda di risarcimento, è imprescindibile l'allegazione di una situazione lesiva del diritto che sia concreta e attuale, ancorché suscettibile di evoluzioni future.
È innegabile l'esistenza di un interesse generale alla scrupolosa gestione del servizio sanitario dell'assistenza al parto e ai neonati, per la particolare sensibilità e fragilità dei suoi destinatari, per i quali l'omissione di doverose cautele nella vigilanza sulla salute del personale rappresenta una possibile fonte di rischio e di eventuale danno.

La censura della condotta del presidio ospedaliero che si deduce essere la fonte del rischio di contagio è espressione di un interesse collettivo che precede e trascende il diritto di risarcimento azionato dai singoli componenti la classe, ma non assolve gli utenti che agiscono per il risarcimento del danno, dall'onere di allegare il danno concreto e attuale che si assume derivare da tale condotta plurioffensiva.
Nel caso all'esame, la vicenda rappresentata dall'attore L.B. è quella del genitore del minore nato in condizioni di tempo e di luogo, giudicate a rischio di contagio, anche sulla base delle misure di prevenzione effettivamente adottate dalle amministrazioni statali e locali, incaricate di fronteggiare, a tutela della salute pubblica, la situazione verificatasi presso il Policlinico Agostino Gemelli nello scorso mese di luglio. Oltre a tale condizione, l'attore allega esclusivamente la effettiva sottoposizione della figlia minore G. B. ad un test diagnostico risultato negativo.
Soltanto sulla base di questi due presupposti di fatto, L.B. e il CODACONS lamentano che, a causa della natura subdola delle manifestazioni della TBC, le quali potrebbero manifestarsi anche a distanza di molto tempo, rimanendo nel frattempo allo stato latente, il danno all'integrità psico-fìsica della minore e dei suoi genitori si sarebbe ormai perfezionato.
L'attuale incertezza della interpretazione medico-scientifica dei tests di contagio tubercolare, la possibilità di manifestazioni future della patologia ovvero della sottoposizione dei neonati a profilassi antibiotiche o chemioterapiche invasive e variamente connesse ad effetti secondari non irrilevanti, non esimono dall'onere di specifica allegazione, a supporto della propria individuale posizione di attori e richiedenti una tutela risarcitoria, della concreta esteriorizzazione di tale condizione di rischio collettivo in una circostanza fattuale obiettiva e attuale.
Nulla di tutto ciò risulta allegato da L.B., la cui piccola, sinora, è risultata esente da qualsiasi contagio con il virus della tubercolosi e, pertanto, allo stato, immune da quella alterazione alla integrità psico-fisica, in cui si concreta un danno risarcibile.
La domanda individuale di risarcimento che si chiede ammettere in forma di azione di classe parifica, in definitiva, il fatto produttivo del danno al danno stesso, che pertanto, viene a mancare dei requisiti di individualità, concretezza ed attualità che ne legittimano la risarcibilità, anche in riferimento alle possibili evoluzioni future.
Pertanto, sotto tale profilo, deve escludersi l'ammissibilità dell'azione intrapresa dal CODACONS e da L.B. in proprio e nella qualità di esercente la potestà della figlia minore per la tutela dei diritti dei bambini che, nati dal 1.1.2011 al 28.7.2011 presso il Policlinico Agostino Gemelli e sottoposti al test di diagnosi del contagio da virus tubercolare, siano risultati negativi, a causa della manifesta infondatezza della domanda di tutela avanzata, per la insussistenza in capo agli attori, allo stato, di un danno attuale e determinabile.
La specificità e la novità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese processuali.
… *Omissis* …

TRIBUNALE DI ROMA, 27 aprile 2012, ord. - Pres. Mangano - Est. Verusio - Codacons e M.S. c. Università Cattolica del Sacro Cuore

È ammissibile l'azione di classe proposta, ai sensi dell'art. 140 *bis*, D.Lgs. n. 206 del 2005, da un'associazione dei consumatori, in nome e per conto del genitore di un bimbo nato presso una struttura ospedaliera ove lavorava un'infermiera malata di tubercolosi polmonare, risultato positivo al test diagnostico. Lo stato di contagio, nonostante la malattia non si sia ancora sviluppata nell'organismo del neonato, integra un danno concreto e attuale, ancorché suscettibile di sviluppi futuri, all'integrità psico-fisica del minore e dei suoi genitori.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
	Non si rinvengono precedenti in termini.

… *Omissis* …
a scioglimento della riserva di cui al verbale di udienza del 27 gennaio 2012, osserva quanto segue:
Con atto di citazione *ex* art. 140 *bis* D.Lgs. n. 206/05 ritualmente notificato anche all'ufficio del P.M. ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 5, del decreto citato, il Codacons - Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori - in qualità di procuratore speciale (cfr. atto notaio Ferrara in Roma rep. n. 16129 con cui veniva conferita la rappresentanza sostanziale e processuale nel presente giudizio) della sig.ra M.R., in proprio e nella qualità di esercente la potestà genitoriale sul minore D.G.F., conveniva in giudizio il Policlinico Universitario "Agostino Gemelli" esponendo:
– che in data 29 marzo 2011 la sig.ra R. aveva dato alla luce il piccolo F. presso il reparto di neonatologia del Policlinico citato; che in data 18 agosto aveva appreso dai giornali che una infermiera del reparto neonatale del Policlinico era risultata affetta da tubercolosi e che la stessa aveva continuato a prestare servizio sino al giorno della diagnosi dì tubercolosi conclamata; che dagli stessi media aveva appreso la notizia che 1271 bambini nati tra il mese di marzo ed 1 luglio dello stesso anno nel reparto di neonatologia dello stesso ospedale erano stati richiamati per effettuare delle visite di controllo, a seguito dell'isti-

tuzione da parte della Regione Lazio di una specifica unità di coordinamento; che F.D.G., in data 24 agosto 2011 aveva effettuato i test necessari ad accertare il contagio e che in data 26 agosto lo stesso era risultato positivo ai test diagnostici, pur non avendo ancora sviluppato la malattia; che ai genitori era stata comunicata la necessità dì sottoporre il bambino a chemioterapia tubercolare prevista dai protocolli sanitari per la profilassi della malattia.
Chiedeva nel merito l'accertamento della responsabilità del Policlinico convenuto per aver provocato la positività alla tubercolosi e la conseguente condanna al risarcimento del danno biologico e morale in favore della sig.ra R. - in proprio e in qualità di legale rappresentante del minore D.G.F. -, nonché in favore di tutti coloro che avendone i requisiti avrebbero potuto aderire all'azione di classe quali genitori di bambini risultati positivi ai test, in proprio e nella qualità di esercenti la potestà genitoriale sui minori contagiati; in particolare assumevano essere il danno identico per tutti i bambini che avessero sviluppato la positività e per tutti i loro genitori per lo stress psicologico connesso.
Preliminarmente chiedeva al Tribunale dichiararsi l'ammissibilità dell'azione di classe, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 140 *bis* D.Lgs. n. 206/05; al riguardo deduceva in particolare:
– la natura contrattuale del rapporto con l'ospedale convenuto;
– la responsabilità della struttura perla trasmissione del virus, avvenuta ad opera del personale della stessa, sia propria - per difetto di sorveglianza e violazione delle norme di sicurezza - che per fatto del dipendente 1228 c.c.;
– la possibilità di ritenere impresa la struttura ospedaliera;
– la identità dei diritti individuali tutelabili;
– la insussistenza di posizioni di conflitto di interessi;
– la piena capacità dell'associazione a tutelare gli interessi della classe.
L'Università Cattolica del Sacro Cuore si costituiva deducendo l'inammissibilità dell'azione collettiva proposta e l'infondatezza delle pretese risarcitorie; in particolare sosteneva in punto di fatto:
– che solo in data 26 luglio 2011 il Servizio Infermieristico dell'ospedale aveva acquisito la notizia dell'esistenza di una infermiera del nido affetta da tubercolosi polmonare, diagnosticata il giorno precedente a seguito della effettuazione di una RX toracica; che a partire dalla fine dell'aprile 2011 la stessa infermiera aveva accusato sintomi non direttamente riconducibili alla patologia in questione; che a seguito della scoperta della patologia tubercolare la ASL RM/E aveva provveduto alla immediata costituzione di una unità di crisi; che in data 8 agosto 2001 tale Unità, di concerto con la Regione Lazio, aveva deciso di sottoporre al test quantiferon i nati al Policlinico tra il 1° gennaio 2011 ed il 28 luglio 2011 e di indirizzare alla profilassi i soggetti risultati positivi al test; che tutti i casi di positività a detto test erano stati poi smentiti dagli esiti di altro test, il "Mantoux", previsto ed accreditato dalle linee guida internazionali, stante la scarsa attendibilità del test "quantiferon"; che il Codacons aveva promosso innanzi al TAR Lazio un procedimento avverso la ASL RM/E e la Regione Lazio, in cui era intervenuto volontariamente anche l'UCSC, al fine di determinare correttamente le modalità di svolgimento dell'indagine epidemiologica, richiedendo che fosse estesa a tutti i bambini nati nel 2010; che il Consiglio di Stato aveva accolto il ricorso, decidendo che dovessero sottoporsi a controllo solo i nati tra il 22 dicembre 2010 ed il 28 luglio 2011.
Chiedeva, preliminarmente, la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 6, D.Lgs. 206/2005, attesa la pendenza del giudizio amministrativo citato; ancora in via preliminare, deduceva l'inammissibilità dell'azione collettiva in difetto dei requisiti previsti dall'art. 140 *bis*, comma 2, D. Lgs. 206/2005 ed in particolare:
– la insussistenza del carattere di impresa ai fini della applicabilità delle disposizioni di cui al codice del consumo, poiché l'azienda sanitaria privata convenzionata al pari dell'azienda sanitaria pubblica è tenuta per legge alla erogazione della prestazione sanitaria e svolge la sua attività senza il necessario rispetto del principio di economicità, atteso che la prestazione deve essere assicurata anche se cagiona perdite, con ciò escludendosi la possibilità di configurare come imprenditoriale la sua attività;
– la inesistenza di un contratto quale fonte dell'obbligazione risarcitoria vantata, trovando la prestazione sanitaria resa la sua fonte direttamente nella legge, che pone a carico della struttura sanitaria pubblica o convenzionata un obbligo di prestazione e non presuppone la stipula di alcun contratto;
– l'insussistenza del requisito della identità delle situazioni sostanziali asseritamente lese dalla condotta illecita denunciata, stante la natura personale del danno non patrimoniale oggetto della domanda;
– la manifesta infondatezza dell'azione, attesa la insussistenza di alcuna condotta illecita della struttura sanitaria in violazione degli obblighi di cura e di protezione e di alcun evento dannoso, in particolare non potendosi attribuire attendibilità decisiva al test quantiferon quanto all'esistenza di una infezione tubercolare latente e non avendo, comunque, anche l'eventuale confermata positività valore lesivo dell'integrità fisica del soggetto, essendo anche in tal caso la possibilità di sviluppare la malattia del tutto ipotetica ed eventuale e limitata ad una bassa percentuale di casi;
– il proprio difetto di legittimazione passiva, non essendo stata da essa effettuata la scelta del test quantiferon, scelta da attribuire all'istituto Superiore della sanità, alla Regione Lazio ed alla ASL RM/E;
– contestava infine la quantificazione dei danni proposta da parte attrice ed in particolare del danno esistenziale.
Chiedeva nel merito il rigetto della domanda previa eventuale chiamata in causa della ASL RM/E e della Regione Lazio.
All'esito della prima udienza svoltasi innanzi al Tribunale in composizione collegiale, cui partecipava anche il P.M., a seguito di discussione orale veniva riservata la pronuncia del provvedimento, dando termini alle parti, su loro richiesta, per il deposito di note e repliche.

Con le note autorizzate depositate le parti precisavano quanto segue:
– parte attrice con nota depositata in data 27 febbraio 2012 ribadiva la non manifesta infondatezza della domanda e precisava che con D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 veniva modificato l'art. 140 *bis* nel senso di rendere l'azione esperibile da tutti i soggetti aventi diritti "omogenei" e non più necessariamente identici, come nel testo previgente; che dovevano ritenersi sussistenti sia il carattere di impresa della convenuta, sia un contratto tra questa ed i suoi utenti, nonché l'omogeneità della classe; ribadiva inoltre la fondatezza della domanda nel merito, in particolare la sussistenza della responsabilità della struttura sanitaria per aver omesso di effettuare gli opportuni controlli sull'infermiera, già risultata sospetta di positività alla tubercolosi nell'anno 2005.
Produceva con la medesima memoria un parere del Consiglio Superiore di Sanità in data 18 ottobre 2011 in ordine al test più appropriato da utilizzare per effettuare l'indagine retrospettiva sui nati presso il Policlinico Gemelli dal 1 gennaio al 28 luglio 2011.
L'UCSC alla scadenza del primo termine concesso depositava nota e contestualmente un documento relativo all'atto di diffida notificatole in data 9 gennaio 2012 con cui il CODACONS sollecitava il Policlinico nonché le amministrazioni pubbliche interessate a dare esecuzione a quanto disposto dal Consiglio di Stato in ordine al dovere dell'Amministrazione di rintracciare anche i genitori dei bambini nati tra il 22 ed il 31 dicembre 2010, con invito a sottoporre i bambini ai test e di acquisire apposita dichiarazione dai genitori che avessero ritenuto di non dover far sottoporre i neonati ai previsti controlli.
Con il medesimo atto il Codacons esponeva i fatti rappresentati nella diffida anche alla Procura della Repubblica di Roma, evidenziando la possibilità che fossero stati "sottoposti inutilmente a pesante profilassi antibiotica oltre 126 bambini, che non dovevano esserlo in quanto la sola positività al test quantiferon non significa positività, alla TBC".
Con la successiva nota di replica il Policlinico deduceva l'inapplicabilità al caso di specie delle modifiche apportate all'art. 140 *bis* dal D.L. n. 1/2012; richiamava le eccezioni già sollevate in comparsa di risposta; affermava inoltre doversi ritenere l'assenza di qualsivoglia danno in assenza di una malattia.
Parte attrice non si avvaleva del termine per replica.

Tanto premesso, osserva il Collegio:

Sulla scorta delle deduzioni e delle allegazioni delle parti, nonché della documentazione prodotta, risulta comprovato in punto di fatto ovvero non contestalo che:
– fonte del contagio sarebbe stata un'infermiera - già risultata positiva al test tra il 2004 ed il 2005 - la quale risulta affetta da tubercolosi conclamata accertata solo a seguito di un rx torace effettuata in data 25 luglio 2011; l'infermiera aveva accusato malesseri - tosse, debilitazione - dalla fine di aprile dello stesso anno e si era sottoposta a varie terapie prescrittele dal proprio medico di famiglia;
– presso la Regione Lazio veniva subito costituita una unità di coordinamento al fine di stabilire le modalità di intervento; nella riunione del 8 agosto 2011 si decideva di sottoporre al test "quantiferon" i nati dal 1 gennaio al 28 luglio 2011 e di sottoporre i soggetti risultati positivi alla profilassi farmacologica;
– in data 26 agosto 2011 il piccolo F.D.G. risultava positivo al test diagnostico del "quantiferon", pur non avendo sviluppato la malattia, e veniva sottoposto alla profilassi prevista dai protocolli; il danno biologico del bambino per aver sviluppato la positività alla malattia è indicato dall'attore nella misura del 25%;
– sono stati inizialmente sottoposti al test "quantiferon" oltre 1500 bambini, dei quali sono risultati positivi circa 125; a tutti i bambini risultati positivi al test è stata prescritta la profilassi antibiotica; tutti i bambini sono poi risultati negativi sia al test Mantoux che alle rx toraciche.

Sulla istanza di sospensione

… *Omissis* …

Sui requisiti dell'azione e sui presupposti di ammissibilità

Prima di passare all'esame della sussistenza dei presupposti di ammissibilità della domanda, si osserva, preliminarmente, che le parti si sono a lungo soffermate sulla appartenenza dell'azione esercitata all'ambito di applicabilità dell'azione di classe quale delineato dall'art. 140 *bis*, comma 2 ed in particolare sulla sussistenza dei requisiti di cui alla lett. a), dunque sulla natura contrattuale del rapporto esistente tra le parti, sul carattere di impresa della struttura ospedaliera convenuta e sulla "identità" dei diritti individuali di cui sarebbero titolari i possibili appartenenti alla classe.
È necessario, pertanto, verificare se sussistono i requisiti dell'azione con riferimento all'art. 140, comma 2 e se, pertanto, l'azione proposta rientri nel campo di applicazione della norma in esame, essendo la questione preliminare anche al vaglio di ammissibilità con riferimento ai criteri di cui al medesimo art. 140 *bis*, comma 6.
Orbene, ritiene il Collegio che tali requisiti siano sussistenti, e, segnatamente, il carattere di impresa e la natura contrattuale del rapporto dedotto in giudizio.

Sul carattere di impresa

… *Omissis* …

Sulla natura contrattuale del rapporto dedotto

… *Omissis* …

Venendo ai criteri di ammissibilità dell'azione con riferimento all'art 140 *bis* comma 6, il Collegio osserva quanto segue.

Sull'adeguatezza del proponente.

Il proponente appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe e non emerge una situazione di conflitto di interessi.
Premesso che il ridimensionamento del ruolo dell'asso-

ciazione rappresentativa operato con la versione attuale dell'azione di classe (passata da azione collettiva con legittimazione ad agire degli enti esponenziali ad azione individuale di classe, sia pure esercitata con mandato all'associazione rappresentativa) attenua il problema dell'adeguata rappresentanza, deve comunque ritenersi che il proponente sia sostanzialmente ed economicamente idoneo a tutelare appieno gli interessi dei soggetti appartenenti alla classe, alla luce della notoria attività da tempo e diffusamente svolta a tutti i livelli dal Codacons nell'ambito della tutela dei diritti dei consumatori.

Sulla identità dei diritti individuali tutelabili con l'azione di classe.

Premesso che non è in discussione l'inapplicabilità al caso in questione della modifica apportata dal D.L. 24-1-2012 n. 1 all'art. 140 *bis*, con cui il termine "identici" viene sostituito dall'espressione "del tutto omogenei", trattandosi di norma a contenuto sostanziale applicabile solo ai nuovi giudizi, deve rilevarsi che il dettato complessivo dell'art. 140 *bis* nel testo vigente all'epoca della proposizione della domanda induce ad una interpretazione ampia dell'espressione "identità dei diritti individuali tutelabili" di cui al comma 6. Si rileva infatti che l'articolo in esame esordisce con il riferimento ai "diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2" e, laddove precisa l'oggetto della pronuncia del Tribunale che accoglie la domanda, specifica che con la sentenza sono stabilite le somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione ovvero "il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme".

Deve concludersi che "l'identità" dei diritti non può essere intesa in senso letterale, laddove l'azione a contenuto risarcitorio, come è per sua natura quella di classe, postula necessariamente la virtuale differenziazione delle singole posizioni giuridiche soggettive degli aderenti al fine della determinazione del *quantum* risarcitorio.

Peraltro si osserva che, tanto più nel passaggio dalla precedente configurazione dell'azione di classe come collettiva all'attuale azione di classe individuale, la maggiore personalizzazione impone che l'apprezzamento della serialità che giustifica la gestione processuale congiunta delle pretese vantate dai singoli appartenenti alla classe, sia correlato alla esistenza di caratteristiche comuni degli interessi dei singoli, alla cui determinazione il Tribunale è chiamato a contribuire con l'ordinanza ammissiva dell'azione definendo i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio. Deve pertanto ritenersi che per la sussistenza del requisito sia necessario che i soggetti che richiedono la tutela siano tutti consumatori o utenti, che sia dedotto quale "causa petendi" il medesimo rapporto giuridico ovvero la medesima condotta lesiva, che la pretesa vantata abbia ad oggetto il ristoro dello stesso pregiudizio, mentre la necessità di individualizzare la liquidazione non sarà di per sé limite all'ambito applicativo oggettivo dell'azione.

Nel caso di specie la identità dei rapporto giuridico dedotto e della condotta lesiva allegata, la identità del "petitum" avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno e la identità sinanche del danno dedotto, impone di ritenere la sicura sussistenza del requisito, laddove, ferma la necessità di individuare un criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione, l'eventuale prospettarsi di peculiarità nelle conseguenze pregiudizievoli prodotte nelle sfere giuridiche dei diversi danneggiati non sarà di per sé limite all'applicazione dell'azione.

Sulla non manifesta infondatezza

Resta da esaminare il profilo della manifesta infondatezza della domanda, dedotto dalla UCSC sia sotto il profilo della sussistenza della riconducibilità eziologica del danno lamentato ad una condotta inadempiente della convenuta sia sotto il profilo della stessa sussistenza del danno allegato.

L'espressa previsione della non manifesta infondatezza, tra i criteri di valutazione di ammissibilità dell'azione di classe, rappresenta uno strumento atto a scongiurare per un verso, iniziative ingiustificatamente vessatorie nei confronti dell'impresa e dell'esercente il servizio, per altro a tutelare anche in via preventiva i possibili aderenti alla classe dall'intrapresa di iniziative giudiziarie sprovviste di alcuna possibilità di successo.

Pertanto, la delibazione della fondatezza della domanda, avendo di mira tale duplice obiettivo, si deve limitare a valutare la serietà dell'azione senza poter affrontare questioni che soltanto l'istruttoria del giudizio è deputata a risolvere.

Tanto premesso, si osserva che la domanda proposta non appare manifestamente infondata sotto il profilo del dedotto nesso di causalità, rappresentato dal presumibile contatto tra il neonato ospitato nel reparto di neonatologia e l'infermiera malata che vi lavorava, nei mesi immediatamente precedenti la diagnosi di tubercolosi conclamata accertata a suo carico, e indicato come probabile origine dell'infezione tubercolare riscontrata nei medesimi neonati. Ciò a prescindere dalla possibile prova del mancato contatto (in relazione a circostanze da accertare in corso di causa, come per esempio la eventuale assenza dal servizio durante il tempo di degenza) ovvero della mancanza di responsabilità del nosocomio (per avere rispettato tutte le cautele prescritte in ordine alla tutela e alla prevenzione della salute del personale sanitario impiegato), o ad altre circostanze che escludano il nesso di causalità e che compete al giudizio di merito accertare, così come l'accertamento dei fatti dedotti per affermare la responsabilità della convenuta.

Quanto al profilo del danno, in relazione alla non manifesta infondatezza dell'azione, vanno premesse alcune considerazioni preliminari circa la configurazione dell'azione di classe nel nostro ordinamento.

Per effetto della novella che ha ridisegnato l'istituto con la l. 102/2009, l'azione di classe dell'art. 140 *bis* ha abbandonato la originaria configurazione di strumento di tutela di interessi collettivi agito da un ente esponenziale, per essere qualificata come azione individuale a tutela di un diritto replicabile con omogenei elementi costituivi in capo ai singoli componenti della classe, di cui il proponente risulta adeguatamente rappresentativo e i cui ca-

ratteri di serialità giustificano una trattazione processuale congiunta.
Ne consegue che ai fini della prospettazione di una domanda di risarcimento, è imprescindibile l'allegazione di una situazione lesiva del diritto che sia concreta e attuale, ancorché suscettibile di evoluzioni future.
È innegabile l'esistenza di un interesse generale alla scrupolosa gestione del servizio sanitario dell'assistenza al parto e ai neonati, per la particolare sensibilità e fragilità dei suoi destinatari, per i quali l'omissione di doverose cautele nella vigilanza sulla salute del personale rappresenta una possibile fonte di rischio e di eventuale danno.
La censura della condotta del presidio ospedaliero convenuto, che si deduce essere la fonte del rischio di contagio è espressione di un interesse collettivo che trascende il diritto di risarcimento azionato dai singoli componenti la classe, ma non assolve dalla necessità di allegare il danno concreto e attuale che si assume derivare da tale condotta plurioffensiva.
Nel caso all'esame, la vicenda rappresentata dall'attrice M.R. è quella del genitore del minore nato in condizioni di tempo e di luogo giudicate a rischio di contagio, anche sulla base delle misure di prevenzione effettivamente adottate dalle amministrazioni statali e locali, incaricate di fronteggiare, a tutela della salute pubblica, la situazione verificatasi presso il Policlinico Agostino Gemelli nello scorso mese di luglio. Oltre a tale condizione, l'attrice allega, altresì, la effettiva sottoposizione del figlio minore F.D.G. ad un test diagnostico relativo al contagio con il virus della tubercolosi, risultato positivo.
Sulla base di questi due presupposti di fatto, M.R. e il CADACONS lamentano che, nonostante la malattia non si sia ancora sviluppata nell'organismo del piccolo F., sussiste una condizione di contagio che, a causa della natura subdola delle manifestazioni della TBC, le quali potrebbero evidenziarsi anche a distanza di molto tempo, rimanendo nel frattempo allo stato latente, integra un danno concreto e attuale, ancorché suscettibile di sviluppi futuri, all'integrità psico-fisica del minore e dei suoi genitori.
A tale prospettazione l'UCSC oppone la inattendibilità dei tests cui è stato sottoposto il minore, producendo il referto negativo di un esame radiologico somministrato allo stesso minore successivamente (all. 12 comparsa di risposta) e, in buona sostanza, negando l'esistenza del contagio.
Pertanto, la dedotta manifesta infondatezza dell'azione in virtù della pretesa assenza di danno eccepita dall'UCSC, consiste, in realtà, nella contestazione della valutazione del test diagnostico cui l'attrice ha sottoposto il proprio figlio, e di cui protesta l'affidabilità sulla base di due circostanze: a) trattarsi di un accertamento effettuato in accordo con le indicazione del Consiglio Superiore di Sanità (all. 2 delle memorie autorizzate) b) l'esito positivo dell'accertamento diagnostico è stato seguito dalla prescrizione da parte delle autorità sanitarie di una terapia antibiotica e/o chemioterapica, effettivamente somministrata al piccolo F., che sarebbe un indice della serietà della diagnosi di positività.
Orbene, la valutazione della validità e della efficacia predittiva della positività del test ai fini dell'accertamento del contagio, così come - fermo restando la mancata verificazione, allo stato, della malattia conclamata -, la qualificazione del danno alla salute rappresentato dal contatto del virus della tubercolosi con l'organismo di un neonato, in relazione ai più probabili effetti futuri, deve essere demandato ad un accertamento squisitamente tecnico, incompatibile con la presente fase di ammissibilità e, pertanto, necessariamente rimesso al giudizio di merito.
Né la dedotta opinabilità, allo stato, dei risultati e delle conoscenze scientifiche sull'argomento, può inficiare l'ammissibilità della domanda, facendola ritenere manifestamente infondata.
La positività riscontrata all'esame diagnostico finalizzato all'accertamento del contagio con il virus della tubercolosi a carico del minore F.D.G., nato nel Policlinico Gemelli il 29.3.2011, costituisce una circostanza di fatto obiettiva e attuale e, pertanto, sufficiente alla allegazione di un danno concreto all'integrità psico-fisica del minore e dei suoi genitori, astrattamente imputabile ad una condotta della convenuta. Al tempo stesso, essa rappresenta un discrimine idoneo a circoscrivere, nell'ambito dei bambini nati presso il Policlinico Gemelli dal 1.1.2011 al 28.7.2011, la classe dei minori legittimati a richiedere un accertamento giudiziale unitario dei danni presenti e futuri, lamentati per sé e per i propri genitori, e del conseguente diritto al risarcimento per le singole voci di danno elencate.
... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Laura Frata (*)

L'A. ricostruisce, nei suoi punti fondamentali, lo stato dell'arte dell'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti, alla luce delle recenti modifiche legislative e delle ultime applicazioni giurisprudenziali. I casi sinora sottoposti ai giudici di merito sottolineano la centrale importanza rivestita dalla fase di accertamento dell'ammissibilità dell'azione, in relazione alla quale sono sorti numerosi dubbi interpretativi. Solo il superamento di tali incertezze può consentire di individuare l'effettiva estensione dell'ambito applicativo delle azioni di classe, conformemente alla *voluntas legis*.

Premessa

L'azione di classe è stata oggetto di recenti interventi legislativi volti a riformare il testo dell'art. 140 *bis* Cod. cons. (1), oltre che di significative pronunce giurisprudenziali, sebbene tutte concernenti la sola decisione sull'ammissibilità dell'azione (2), con l'unica eccezione di una sentenza di rigetto dell'azione nel merito (3).

Numerose azioni di classe risultano sinora proposte (4), principalmente su iniziativa del Codacons e di Altroconsumo; accanto alle prime, attinenti a contratti bancari (5), se ne sono registrate ulteriori, in settori assai eterogenei: dalla pubblicità ingannevole di un vaccino anti-influenzale (6), al blocco delle strade dovuto

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Per un primo approfondimento sull'azione di classe di cui all'art. 140 *bis* Cod. cons., cfr.: S. Benvenuto (a cura di), *Guida alla* class action, Milano, 2009; C. Consolo, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140*-bis *e la* class action *consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, 1297; I. Pagni, *L'azione di classe nel nuovo art. 140*-bis*: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 349; A. Riccio, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contr. impr.*, 2010, 8; F. De Stefano, *L'azione di classe*, in *Giur. mer.*, 2010, 1498; A. Giussani, *Il nuovo art. 140*-bis *c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 603; C. Punzi, *L'"azione di classe" a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 253; S. Cherti, *Brevi note sui diritti tutelati dalla "nuova" azione di classe*, in *Obbl. contr.*, 2010, 141; R. Rordorf, *L'azione di classe nel novellato art. 140* bis *cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, I, 183; C. Scognamiglio, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 501; P. Schlensinger, *La nuova "azione di classe"*, in *Corr. giur.*, 2011, 547; P. Gentile, *L'azione di classe come azione collettiva risarcitoria di gruppo per la tutela di diritti omogenei. Una* class action *all'italiana*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 99; P. Montalenti, *La* class action *all'italiana: un prodotto difettoso?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, 7; C. Consolo-B. Zuffi, *L'azione di classe* ex *art. 140*-bis *cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012; F. Barra Caracciolo, *L'esperienza delle* class actions *e i diritti identici: un primo bilancio e l'impatto con i mercati finanziari*, in *Contr. impr.*, 2012, 1.

(2) La Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata nell'ambito di una delle primissime azioni di classe proposte, ovvero quella dichiarata inammissibile sia dal Tribunale di Torino, che successivamente dalla Corte d'Appello (si veda *infra*, nota n. 5), escludendo l'ammissibilità del ricorso per cassazione contro l'ordinanza di inammissibilità *ex* art. 140 *bis* cod. cons. (salvo per quel che attiene al capo riguardante la pronuncia sulle spese e sulla pubblicità), non implicando essa alcuna decisione definitiva né sull'esistenza del diritto risarcitorio rivendicato dal suo titolare né sulla possibilità di farlo altrimenti valere in giudizio. Tale pronuncia, secondo la Suprema Corte, risulta idonea a condizionare soltanto la prosecuzione di quel processo di classe, dovendosi escludere la stabilità del giudicato sostanziale ovvero la preclusione della riproposizione dell'azione risarcitoria anche in via ordinaria. Cfr. Cass. 14 giugno 2012, n. 9772, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1667.

(3) Come era prevedibile, invero, i due anni di vita di tale strumento di tutela non hanno consentito di assistere alla definizione anche nel merito di un giudizio collettivo, se non in un unico caso, peraltro connotato da evidenti peculiarità. Cfr. Trib. Milano 13 marzo 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 1909, con note di richiami di A. Palmieri-A.D. De Santis; il Tribunale ha dichiarato infondata la domanda proposta nei confronti di un distributore di prodotti farmaceutici, per asserita pubblicità ingannevole, accogliendo la tesi difensiva del convenuto fondata sulla strumentalità dell'azione proposta (confermata da molteplici elementi), giungendo altresì a condannare l'attrice per lite temeraria. Si consideri, inoltre, come l'asserita "classe" alla cui tutela l'azione era finalizzata, fosse costituita, in realtà, da soli due soggetti, avendovi aderito un solo consumatore. Per ulteriori approfondimenti sulla vicenda, si rinvia alla nota n. 6.

(4) Secondo i dati elaborati dall'Osservatorio permanente sull'osservazione delle regole di concorrenza, alla data del 28 giugno 2012 in Italia risultano promosse 20 azioni di classe, di cui 4 dichiarate ammissibili e 9 inammissibili; 11 sono quelle tuttora in corso. Cfr. http://www.osservatorioantitrust.eu/index.php?id=885 (ultimo accesso in data 25 settembre 2012).

(5) Si veda: Trib. Torino 25 maggio-4 giugno 2010 e App. Torino, 27 ottobre 2010, entrambe in questa *Rivista*, 2011, 67, con nota di L. Frata, *Il percorso a ostacoli dell'azione di classe: il primo caso*, e in *Corr. giur.*, 2011, 519, con nota di B. Zuffi, *La Corte d'Appello di Torino riconosce all'azione di classe* ex *art. 140*-bis *Cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. "filtro"*; la medesima ordinanza del Tribunale di Torino è altresì pubblicata in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1490, con nota di E. Ruggeri, *È inammissibile la prima* class action *risarcitoria proposta in Italia*; Trib. Torino 7 aprile 2011, in *Giur. mer.*, 2012, 377, con nota di P. Fiorio, *Solo il consumatore ricco può curare adeguatamente gli interessi della classe? La legittimazione ad agire alla luce delle prime esperienze applicative dell'art. 140*-bis; Trib. Torino 28 aprile 2011, in *Corr. giur.*, 2011, 1108, con nota di E. Marinucci, *Il difficile decollo dell'azione di classe*.

(6) Cfr. Trib. Milano, 20 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 617; in *Giur. it.*, 2011, 1862, con nota di F. Maccario; in *Giur. mer.*, 2011, 1792, con nota di M. Gorgoni, *Ancora prove tecniche di*

(segue)

alla ritardata pulizia dalla neve (7), al settore dei trasporti (8), ai danni da fumo attivo (9) e, da ultimo, ai danni da (presunto) contagio di neonati da TBC (10).
Tale eterogeneità parrebbe indice delle enormi potenzialità dell'azione di classe, strumento versatile che, nonostante l'ambito applicativo circoscritto ad un novero predeterminato di ipotesi, *sembrerebbe* in grado di prestarsi alle più svariate esigenze di tutela. Tuttavia, tale affermazione non trova conforto nelle prime risposte giurisprudenziali, prevalentemente negative (11). Era prevedibile, peraltro, che in questa prima fase di "rodaggio" dell'azione di classe, si sarebbe registrata altresì la promozione di cause di dubbia meritevolezza (12), o comunque esorbitanti i limiti posti dall'art. 140 *bis*.

Le modifiche all'art. 140 *bis* Cod. Cons.: l'omogeneità dei diritti

Com'è noto, la tutela collettiva risarcitoria è stata introdotta in Italia solo di recente, a seguito di un *iter* legislativo assai travagliato, di cui sono ulteriore testimonianza le recentissime modifiche apportate

Note:

(continua nota 6)

applicazione dell'azione di classe: un inventario di questioni irrisolte, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 520, con nota di M. Libertini-M. Maugeri, *Ancora sul giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*. L'azione era stata proposta nei confronti di un distributore di prodotti farmaceutici che aveva commercializzato il test anti-influenzale per il virus H1N1. Il Tribunale di Milano ha dichiarato inammissibile l'azione di classe in relazione alla responsabilità da prodotto difettoso, in quanto la domanda era stata proposta nei confronti del semplice distributore, anziché del produttore. È stata, invece, dichiarata l'ammissibilità della domanda di risarcimento fondata sull'adozione di una pratica commerciale scorretta (derivante dalle istruzioni ingannevoli per i consumatori, contenute nel foglio illustrativo). L'ammissibilità (parziale) dell'azione è stata successivamente confermata da App. Milano 3 maggio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3422. Tuttavia, la vicenda si è conclusa con il rigetto dell'azione di classe nel merito: cfr. Trib. Milano 13 marzo 2012, cit., in quanto l'attore non ha dimostrato di aver acquistato il prodotto essendo stato tratto in inganno dal messaggio pubblicitario ingannevole. Parte attrice non ha assolto l'onere su di essa incombente di provare «il nesso di causalità tra l'asserita illiceità del documento pubblicitario utilizzato da Voden ed il danno subito in proprio in conseguenza dell'invocato acquisto del prodotto de quo secondo la sua naturale finalità, sull'implicito ma necessario presupposto che la libera formazione della volontà di acquistare il prodotto in parola sarebbe stata indebitamente coartata attraverso la condotta illecita».

(7) Cfr. Trib. Firenze 30 maggio 2011, in *Dir. e giust.*, 2011, 21 e App. Firenze 14 dicembre 2011, in questa *Rivista*, 2012, 201, con nota di P.L. Carbone, *Strada bloccata dalla neve e* class action. Con tale azione si richiedeva l'accertamento dell'inadempimento dell'impresa incaricata della pulizia delle strade all'obbligazione di provvedere al tempestivo sgombero della neve e al trattamento antighiaccio nel comune di Firenze, con condanna al risarcimento del danno e/o alla restituzione della T.I.A. (Tariffa Igiene Ambientale), a favore dell'attore e degli aderenti alla classe. La Corte d'Appello confermava l'inammissibilità dell'azione in mancanza di ogni rapporto contrattuale tra parte attrice e convenuta, poiché la prestazione del servizio da parte di quest'ultima discende direttamente dalla legge.

(8) Tra queste si può segnalare l'azione di classe proposta da Altroconsumo e Casa del Consumatore presso il Tribunale di Genova, per l'aumento assai considerevole registrato negli ultimi anni nelle tariffe dei traghetti per la Sardegna, al fine di ottenere il rimborso del 50% del costo del biglietto. Le associazioni dei consumatori sospettano che l'aumento dei costi, in media del 60% rispetto al 2010 (ma con punte del 110%), sia dovuto ad intese tra le compagnie di navigazione. L'azione risulta, al momento, sospesa, in attesa della decisione dell'AGCM sulla sussistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza. Tale vicenda può suggerire qualche considerazione sull'efficacia deterrente delle azioni di classe, almeno nel breve termine: nonostante l'azione sia stata proposta nel novembre 2011 (e per quanto il Tribunale di Genova non si sia ancora pronunciato sulla sua ammissibilità), il prezzo dei traghetti per la stagione estiva 2012 è rimasto assai elevato. Questo può, forse, indicare che al momento le imprese non percepiscono (ancora) le azioni di classe come una reale minaccia nei loro confronti, tale da indurle a modificare la propria condotta per prevenire l'insorgere di contenziosi di tipo collettivo. Tuttavia, è probabilmente ancora presto per formulare giudizi sull'effettiva deterrenza di tale strumento di tutela.

(9) La Corte d'Appello di Roma ha recentemente confermato l'inammissibilità di un'azione proposta dal Codacons nei confronti di BAT Italia Spa, volta ad ottenere il risarcimento dei danni da fumo attivo, ai sensi dell'art. 2050 c.c. Cfr. Trib. Roma-1° aprile 2011, in *Corr. mer.*, 2011, 1172, con nota di D. Rizzardo, *Class action tra diffidenza e ingenuità: un'altra battuta d'arresto in fase di filtro*; App. Roma 27 gennaio 2012, inedita. Com'è noto, non si tratta della prima occasione in cui i giudici italiani si sono confrontati con tali richieste risarcitorie: cfr. Cass. 17 dicembre 2009, n. 26516, in questa *Rivista*, 2010, 641, con nota di V. D'Antonio, *Il danno da fumo e l'art. 2050 c.c.: "scusate il ritardo"*, e *ivi*, 2011, 57, con nota di P.G. Monateri, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*; in *Foro it.*, 2010, I, 869, con nota di A. Palmieri, *Produzione di sigarette e responsabilità per danni al fumatore: l'avanzata irrefrenabile dell'art. 2050 c.c. (anche in assenza di potenziali beneficiari dell'attività pericolosa)*. Ancor prima, si veda App. Roma 7 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1218; in questa *Rivista*, 2005, 641, con nota di V. D'Antonio, *La risarcibilità del danno da fumo tra "consuetudine" giurisprudenziale e nuove prospettive: il caso Stalteri ridisegna la materia*, e di G. Giacchero, *Asimmetrie informative e danni da fumo attivo*, e in *Resp. civ. prev.*, 2005, 476, con nota di E. Lucchini Guastalla, *La responsabilità del produttore per i danni del fumo attivo*. La pronuncia è stata poi confermata da Cass. 30 ottobre 2007, n. 22884, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 80, con nota di P. Ziviz, *Danno esistenziale: solo il tuo nome è mio nemico*; in *Giust. civ.*, 2008, I, 109, con nota di A. Briguglio, *I danni da fumo in Cassazione: un'occasione sfumata*.

(10) Su cui si veda *infra*, in commento alle due ordinanze del Tribunale di Roma del 27 aprile 2012.

(11) Come si vedrà nei successivi paragrafi. Nondimeno, la sua percezione nei consumatori e nelle associazioni sembra quella di uno strumento suscettibile di applicazioni nei più diversi settori, a prescindere da una corretta analisi dei limiti contenuti nella previsione normativa. Ed invero, alcune delle azioni sinora proposte sono state dichiarate inammissibili proprio a causa di "errori" commessi dalle associazioni dei consumatori.

(12) Tra le azioni di classe promosse da Altroconsumo ve n'è una proposta contro la RAI per asserita violazione del servizio pubblico - per la «cancellazione del proprio diritto, costituzionalmente garantito, a un'informazione libera, plurale, obiettiva». L'azione è stata dichiarata inammissibile dal Tribunale di Roma.

al testo dell'art. 140 *bis* (13). Il Governo tecnico, infatti, ha ritenuto opportuno inserire alcuni "ritocchi" alla disciplina legislativa dell'azione di classe.
La modifica di maggiore portata concerne la sostituzione del requisito dell'"identità" dei diritti con quello della loro "omogeneità" (14). L'azione di classe potrà ora essere esercitata a tutela dei diritti contrattuali "omogenei" di consumatori e utenti, anziché "identici", secondo quanto sinora previsto. L'innovazione intende facilitare la proponibilità dell'azione di classe, incidendo su uno dei suoi requisiti più ostici, che aveva già avuto modo di evidenziare difficoltà applicative.
L'attuale formulazione dell'art. 140 *bis* supera, così, la sua previa ambiguità (ove il primo comma proclamava la tutela dei "diritti individuali omogenei", al contempo riferendosi, nei successivi commi, al requisito dell'"identità dei diritti"). La previsione aveva ingenerato il sospetto che il legislatore concepisse tali termini quali sinonimi, suscitando forti perplessità in dottrina (15). Si invocava, pertanto, l'introduzione dell'"omogeneità" dei diritti in tutto il testo della norma, onde evitare di circoscrivere eccessivamente il suo ambito applicativo. L'interpretazione giurisprudenziale, peraltro, pareva già idonea a superare le "solo apparenti contraddizioni letterali" dell'art. 140 *bis* (16).
L'opportunità di una corretta individuazione legislativa delle pretese seriali azionabili in via collettiva è di tutta evidenza, ricollegandosi strettamente alla stessa *ratio* di aggregazione e gestione cumulativa delle controversie.
La delicatezza e la centralità di tale profilo trovano riscontro, in prospettiva comparatistica, nell'analogo requisito della "*commonality*", di cui alla *Rule* 23(a)(2) FRCP (17). La *U.S. Supreme Court* nel 2011, con un'attesa quanto controversa pronuncia, ha negato la *certification* di una delle *class actions* di proporzioni più significative mai promosse negli Stati Uniti, contro la nota catena di supermercati Wal-Mart (18), proprio per difetto di

Note:

(13) Si veda F.R. Fantetti, *L'omogeneità della situazione dei proponenti la* class action, in *Obbl. contr.*, 2012, 281.

(14) Tale indicazione è stata sostituita al comma 2, lett. a), b) e c) dell'art. 140 *bis*; analogamente al comma 6 il riferimento non è più all'"identità dei diritti individuali", bensì alla loro "omogeneità". Questo è il testo risultante dalle modifiche introdotte dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del d.l. n. 1/2012: l'art. 6 di tale decreto aveva previsto, infatti, la diversa formulazione di diritti "del tutto omogenei" al comma 2, e di "evidente omogeneità" al comma 6. Al comma 2 è stata, altresì, aggiunta la seguente precisazione: «L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori». La Corte d'Appello di Torino, in una delle primissime pronunce sull'azione di classe, aveva evidenziato come la natura risarcitoria, e non di mero accertamento, costituisca un tratto essenziale e caratterizzante l'azione di classe (cfr. App. Torino 27 ottobre 2010, cit.). Ebbene, ciò risulta ora espressamente indicato nel testo dell'art. 140 *bis*, sebbene in modo forse pleonastico, essendo già prevista un'analoga indicazione nel comma 1. Un'ulteriore modifica apportata dalla legge di conversione ha determinato un'estensione della tutela attribuita dall'azione di classe proposta nei confronti del produttore, ora esperibile non solo dai consumatori finali di un determinato "prodotto", ma anche di quelli di un "servizio". Per approfondimenti sull'azione di classe nella responsabilità da prodotto difettoso, sia consentito rinviare a L. Frata, *L'azione di classe e la responsabilità da prodotto difettoso: quali scenari futuri?*, in *I 25 anni di* products liability, *Speciale Danno e responsabilità*, 2012, 44. Infine, in caso di successo dell'azione di classe, ove non sia determinato il *quantum* del risarcimento (ovvero, se il tribunale accoglie la domanda ma si limita a fornire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione del danno), è stata introdotta un'apposita disciplina che prevede un termine di 90 giorni per concludere un accordo sull'entità del risarcimento. In mancanza, il giudice potrà intervenire direttamente, su istanza di parte, per liquidare le somme agli aderenti all'azione.

(15) Cfr., *ex multis*, G. Conte, *I "diritti individuali omogenei" nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 609 ss., ove si rileva come il termine "identico" possa riferirsi più propriamente alla situazione da cui il diritto trae origine e alla *causa petendi*, anziché alla posizione giuridica soggettiva, in relazione alla quale il termine più adeguato è l'omogeneità.

(16) Così le due ordinanze del Tribunale di Roma in tema di danni da contagio da TBC, qui commentate. Anche secondo la Corte d'Appello di Torino, «l'identità dei diritti individuali non deve essere, infatti, intesa (...) secondo un improponibile senso letterale, ma piuttosto armonizzata (a superamento di un solo apparente contrasto) con la previsione di omogeneità di tali diritti, contenuta nel primo comma dell'art. 140 *bis* D.Lgs. 206/2005 e quindi verificata in relazione al *petitum*».

(17) Per un'analisi della *Rule* 23 *of Federal Rules of Civil Procedure*, sia consentito rinviare a L. Frata, *Il modello processuale della "class action"*, in S. Benvenuto (a cura di), *Guida alla class action*, cit., 157 ss. La *commonality* implica la sussistenza di questioni di fatto o di diritto comuni alla classe, da cui dipenderà la decisione sulle situazioni soggettive controverse di cui i membri della classe sono titolari. Oltre a tale requisito, devono sussistere anche quelli della *numerosity*, *typicality* e *fairness and adequacy*, ed almeno una delle circostanze previste dal paragrafo b), che individua le diverse tipologie di *class action.* Per quanto qui rileva, ove si tratti, ai sensi del par. b3), di una *damages class actions*, al giudice è altresì demandato il compito di accertare se, nel caso concreto, vi siano questioni di fatto o di diritto comuni ai membri della classe, predominanti sulle questioni concernenti solo i singoli membri.

(18) *U.S. Supreme Court, Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et Al.*, 564 U.S. (2011). Per approfondimenti, cfr.: S.M. Malveaux, *How Goliath Won: The Future Implications of Dukes v. Wal-Mart*, in 106 *Nw. U.L. Rev. Colloquy* 34 (2011), ove si rimarca la portata significativa della decisione: «*The Dukes decision is important because it attempts to draw a boundary line. On the one hand, the class action is a procedural asset that promotes efficiency and court access—enabling plaintiffs with small claims and resources to jointly challenge widespread misconduct in a single suit. On the other hand, the class action is a procedural anomaly that is granted only under limited circumstances—enabling defendants to adequately defend themselves and class members to bring separate cases when their individual interests diverge*». L'A., come la gran parte dei commentatori, ritiene che la linea di confine così tracciata dalla Corte Suprema favorisca eccessivamente i datori di lavoro organizzati in società di notevoli dimensioni, svantaggiando i lavoratori vittime di discriminazioni.

commonality (19). L'azione era stata avanzata da circa un milione e mezzo di lavoratrici, asseritamente oggetto di discriminazioni sul luogo di lavoro (20). La *District Court*, al contrario, aveva ritenuto la sussistenza dei requisiti previsti dalla *Rule* 23 delle *Federal Rules of Civil Procedure*, concedendo il provvedimento di *certification* (21).
Il d.l. n. 1/2012 aveva altresì previsto un'ulteriore, significativa modifica, ovvero l'attribuzione delle azioni di classe alla cognizione delle nuove sezioni specializzate in materia di impresa. La competenza del c.d. "tribunale delle imprese" si prestava a valutazioni discordanti: da un lato, si rilevava l'opportunità di conferire tali controversie collettive a sezioni specializzate; dall'altro, si evidenziava il rischio di accentuare la sproporzione dei rapporti di forza tra *one-shot dealer* e *repeat player* - segnatamente sotto il profilo dell'asimmetria culturale e informativa - minando così uno dei principali obiettivi dell'azione di classe (22).

La pronuncia torinese di ammissibilità

L'ordinanza della Corte d'Appello di Torino si segnala per aver dichiarato, a quanto consta per la seconda volta in Italia (23), l'ammissibilità di un'azione di classe proposta ai sensi dell'art. 140 *bis* Cod. cons. (24). Riformando la decisione del Tribunale di Torino (25), i giudici del reclamo hanno mostrato di apprezzare l'opportunità di cogliere le specificità dello strumento di tutela collettiva rispetto all'azione individuale, dalla quale si distingue sotto molteplici profili.
Il messaggio è chiaro e condivisibile: le peculiarità dell'azione di classe devono guidare la giurisprudenza chiamata a fare applicazione dell'art. 140 *bis*, imponendo una costante e attenta considerazione delle ragioni alla base della sua introduzione.
Il pedissequo richiamo delle norme processual-civilistiche, per quanto non espressamente disciplinato dall'art. 140 *bis*, rischia di trascurare le particolarità dell'azione di classe, frustrandone gli obiettivi di tutela collettiva. Tale pericolo è ben evidenziato dal caso sottoposto al vaglio dei giudici torinesi, ove l'inammissibilità della domanda era stata pronunciata per difetto di legittimazione attiva dell'ente associativo.
La Corte d'Appello riconosce, così, l'impossibilità di applicare all'azione di classe le limitazioni imposte al potere di rappresentanza nel processo dall'art. 77 c.p.c., proprio in forza di una valorizzazione della specialità e dell'autonomia di tale strumento di tutela. Non può che conseguirne l'irriducibilità del rapporto tra rappresentato ed ente rappresentante, nell'ambito della legittimazione attiva della parte proponente l'azione, alla previsione di cui all'art. 77 c.p.c., che postula la sussistenza di un potere di rappresentanza sostanziale (26).

Il caso del presunto contagio da TBC: l'inammissibilità

Le due ordinanze pronunciate dal tribunale capitolino traevano origine dalla vicenda del presunto contagio di neonati venuti alla luce in un noto ospedale romano, a seguito del possibile contatto con

Note:

(19) Secondo la *U.S. Supreme Court, opinion* del giudice Scalia, «*Because respondents provide no convincing proof of a companywide discriminatory pay and promotion policy, we have concluded that they have not established the existence of any common question*».

(20) In violazione del *Title* VII *of the Civil Rights Act of* 1964. La pronuncia evidenzia l'assoluto rilievo della fase preliminare del contenzioso collettivo: è noto il potere connesso all'ottenimento della *certification* della classe, che frequentemente induce i convenuti a ricercare soluzioni transattive, a prescindere dalla fondatezza dell'azione.

(21) Tale decisione ha trovato autorevole supporto nel *brief* degli *amici curiae*: cfr. *U.S. Supreme Court Amicus Brief of Civil Procedure Professors in Support of Respondents,Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, No 10-227, July 2011, consultabile su http://ssrn.com/abstract=1806066. Richiamando quanto affermato nel noto caso *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 613 (1997), ovvero che «*The role of the 23(a) requirements is to ensure a "threshold" inquiry into the suitability of the particular suit for class treatment*», gli *amici* ritengono che la *District Court* abbia correttamente affermato la sussistenza di tali requisiti, e non abbia, pertanto, affatto abusato dei propri poteri discrezionali nel concedere la *certification* alla classe, individuando numerose questioni di fatto e di diritto condivise dalle attrici.

(22) Si vedano le riflessioni di R. Caponi, *Azione di classe: il punto, la linea e la discontinuità*, in *Foro it.*, 2012, V, 149.

(23) A quanto è dato sapere, la prima (e sinora unica) azione di classe dichiarata ammissibile è quella concernente il test anti-influenzale, sottoposta al vaglio del Tribunale di Milano; si vedano le note 3 e 6. Si rammenta che delle due domande proposte con tale azione di classe, ha superato la c.d. fase di filtro unicamente quella di risarcimento dei danni derivanti dall'adozione di una pratica commerciale scorretta, sebbene poi rigettata nel merito.

(24) La pronuncia è pubblicata anche in *Resp. civ. prev.*, 2012, 186, con nota di G. Schiavone, *Sulla legittimazione a proporre l'azione di classe e altre questioni*, e in *Resp. civ.*, 2012, 258, con nota di F.R. Fantetti, *Legittimazione processuale delle associazioni dei consumatori nella* class action.

(25) Cfr. Trib. Torino 28 aprile 2011, cit.

(26) La Corte d'appello ha accolto le critiche sollevate dalla dottrina processual-civilistica sull'ordinanza del Tribunale di Torino: cfr. E. Marinucci, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, cit., 1115, ove l'A. escludeva che tale interpretazione della disciplina della legittimazione attiva alla proposizione dell'azione di classe fosse l'unica possibile. Rilevava, inoltre, come non manchino nemmeno voci, in dottrina (e in passato anche in giurisprudenza), secondo cui si potrebbe dubitare che l'art. 77 c.p.c. imponga davvero una necessaria correlazione tra rappresentanza sostanziale e processuale.

un'infermiera addetta al reparto di neonatologia, risultata affetta da tubercolosi polmonare. La Regione Lazio invitava i bambini nati nel medesimo reparto, nei mesi precedenti alla scoperta della malattia, ad effettuare visite di controllo, prescrivendo il test "quantiferon".
Il Codacons e i genitori di due neonati promuovevano due differenti azioni di classe; con la prima, nonostante l'esito negativo dell'esame, si chiedeva il risarcimento del danno alla salute psico-fisica della bimba e della sua famiglia, sulla base dell'asserita lesione di diritti fondamentali quali l'immagine, la salute, la personalità, la serenità dei rapporti familiari ed extrafamiliari (27). L'altra azione veniva proposta dai genitori di un neonato risultato, invece, positivo al test "quantiferon".
Il Tribunale di Roma dichiarava l'inammissibilità della prima domanda in quanto infondata, per insussistenza del danno allegato. La carenza dell'individualità, concretezza ed attualità del danno, invero, non può che precludere la prosecuzione di un'azione connotata da una natura prettamente risarcitoria: la sussistenza di un danno rappresenta un pre-requisito imprescindibile (28).
L'acclarata assenza di contatto/contagio della neonata evidenzia l'assenza di un danno in capo alla medesima (e/o ai suoi genitori), ed imputabile a responsabilità della struttura sanitaria. Pur non sottacendosi le incertezze connesse al test espletato e alla possibilità di un futuro manifestarsi della malattia, tutto ciò non può supplire all'attuale mancanza di un danno risarcibile.

... (segue) L'ordinanza romana di ammissibilità

Diversa sorte ha avuto la seconda azione: i giudici romani si sono mostrati favorevoli all'ammissibilità della domanda proposta per conto di una classe di genitori di neonati risultati, invece, positivi ai test "quantiferon".
Tale esito non significa, peraltro, che la malattia si sia effettivamente sviluppata nei neonati, potendo siffatto esame indicare unicamente una situazione di contagio. Il Tribunale di Roma ritiene che ciò sia sufficiente per consentire la prosecuzione dell'azione: la latenza della malattia integra un danno concreto e attuale all'integrità psico-fisica del neonato e dei suoi genitori.
Il Tribunale, pertanto, non ha accolto i rilievi mossi dalla convenuta circa la scarsa attendibilità di tale test, dimostrata dalla circostanza che i casi di positività al medesimo sono risultati smentiti, successivamente, dagli esiti di un differente test (il "Mantoux", ritenuto più accreditato dalle Linee Guida), e di un esame radiologico. Il collegio romano ha ritenuto che la positività al test "quantiferon" fosse elemento sufficiente ad integrare l'allegazione di un "danno concreto", valutando opportuno demandare più approfonditi accertamenti al giudizio di merito.
Il punto centrale della questione, tuttavia, non dovrebbe, forse, essere individuato nella sufficienza del test "quantiferon" e del suo risultato, rispetto agli oneri di allegazione incombenti sull'attore nella fase di "filtro", quanto nell'effettiva attendibilità di tale test, contraddetto dagli esiti degli ulteriori esami.

Un primo bilancio sull'azione di classe?

Ad oltre due anni dall'entrata in vigore dell'art. 140 *bis* cod. cons., se non risulta possibile tracciare un primo - per quanto parziale - bilancio, a fronte del numero ancora esiguo di pronunce rinvenibili, si può tentare di trarre alcune considerazioni sulle potenzialità dell'azione di classe e sui suoi possibili scenari futuri.
L'opera sinergica del legislatore e delle corti di merito ha cercato di delineare una forma di tutela collettiva risarcitoria rispondente a criteri di effettività ed efficacia, scongiurando, al contempo, rischi di abuso di tale strumento processuale ai danni delle imprese.

Note:

(27) In dottrina si è rilevata la difficoltà di conciliare il requisito dell'omogeneità dei diritti fatti valere con l'azione di classe con la sua natura collettiva, segnatamente ove sia richiesto il risarcimento del danno non patrimoniale, che richieda accertamenti individuali assai specifici. Sul punto si vedano le osservazioni di C. Scognamiglio, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, cit., 509 ss., con particolare riferimento al caso delle *class actions* nel settore della *tobacco litigation*, alla cui configurabilità osterebbe l'assenza di *commonality* (proprio il difetto di tale requisito ha condotto al fallimento di alcune di tali *class actions*, proposte negli Stati Uniti). Queste perplessità hanno trovato riscontro nelle ordinanze del Tribunale e della Corte d'Appello di Roma, già citate, che hanno dichiarato inammissibile l'azione di classe con cui si richiedeva l'accertamento della responsabilità del produttore di sigarette (ai sensi dell'art. 2050 c.c.), per i danni causati ai fumatori dalla dipendenza da nicotina, per una pluralità di motivi tra i quali proprio il difetto di "identità dei diritti". La Corte capitolina, a seguito di un'approfondita disamina volta all'accertamento del significato di tale espressione (prendendo in considerazione anche la modifica legislativa, nel frattempo intervenuta, a favore dell'"omogeneità" dei diritti, su cui si veda *supra*), conclude ammettendo un accertamento diversificato unicamente in relazione alla fase del *quantum*, essendo preclusa tale possibilità in relazione all'*an* della responsabilità. Nel caso sottoposto all'esame della Corte, i diritti fatti valere risultavano assai diversificati, richiedendo accertamenti necessariamente individualizzati: da qui, l'inammissibilità dell'azione.

(28) Si è già osservato, a questo proposito, come la Corte d'Appello di Torino, confermando l'inammissibilità della prima azione di classe (proposta contro un istituto bancario), abbia evidenziato la natura prettamente risarcitoria di tale strumento di tutela: cfr. nota 11, App. Torino 27 ottobre 2010, cit.

La pronuncia della Corte d'Appello di Torino è una delle primissime ad aver dato il via libera, in modo definitivo, ad un'azione di classe (per quella del Tribunale di Roma, infatti, risulta in fase di svolgimento il reclamo). I Tribunali e le Corti d'Appello sinora interpellate hanno sancito, per lo più, l'arresto della procedura collettiva nella c.d. fase di "filtro". Questa è stata opportunamente prevista dal legislatore per delimitare le possibilità di accesso alle corti delle pretese azionate ai sensi dell'art. 140 *bis*. Le evidenti potenzialità dell'istituto, quale strumento conforme ad esigenze di effettività della tutela giudiziale dei consumatori e di deterrenza, hanno dovuto conciliarsi con istanze di tutela dei potenziali convenuti contro pretese infondate (29).

L'esperienza statunitense in tema di *class action*, infatti, ne ha mostrato con assoluta evidenza gli effetti distorsivi e financo "degenerativi", inducendo il legislatore italiano a ricercare un adeguato equilibrio tra i contrapposti interessi. Le difficoltà di trovare il "giusto compromesso" sono testimoniate dagli ultimi interventi legislativi che hanno mirato ad "ammorbidire" la "rigidità" del requisito dell'identità dei diritti lesi, sostituendolo con quello della "omogeneità". La necessità di individuare una classe di soggetti connotati da un'assoluta identità di situazioni soggettive pregiudicate rischiava di costituire un ostacolo spesso insormontabile, e rilevabile proprio nella fase di filtro.

Alla luce delle sue prime applicazioni, paiono nel complesso infondati i timori di un "abuso" dello strumento di tutela collettiva a danno delle imprese: l'approccio delle corti all'azione di classe sembra, finora, connotato dalla dovuta cautela (tanto da arrestare la maggior parte delle azioni già nella fase preliminare di "filtro"). Tale cautela può risultare eccessiva, richiedendo di essere opportunamente arginata, ove conduca ad ampliare i casi di inammissibilità dell'azione oltre quelli espressamente contemplati dall'art. 140 *bis* - già idonei, se correttamente interpretati, a consentire solo la prosecuzione delle azioni meritevoli (30).

Un segnale parzialmente diverso parrebbe provenire dalla seconda ordinanza del Tribunale di Roma, in tema di presunto contagio da TBC. I giudici romani sembrano trascurare l'intenzione del legislatore italiano di permettere lo svolgimento di quelle sole azioni dotate di concrete ed effettive *chances* di successo. In quanto strumento di efficienza processuale, l'azione di classe si rivelerebbe clamorosamente inefficace (in termini di risorse impiegate) ove si consentisse a giudizi chiaramente infondati di giungere sino alla pronuncia sul merito.

L'individuazione di una precisa linea di confine tra azioni meritevoli di superare la fase di filtro, ed azioni suscettibili di un'immediata pronuncia di ammissibilità, si sta rivelando operazione quanto mai ardua. Non potendo essere demandata unicamente al legislatore, a pena di un'eccessiva e indesiderabile rigidità della previsione normativa, essa richiede il supporto interpretativo della giurisprudenza (31).

Le difficoltà di tracciare un giusto equilibrio tra interessi contrapposti, nell'applicazione della disciplina delle *class actions*, è ben illustrata da ultimo nella pronuncia Wal-Mart: difficoltà che anche l'esperienza italiana sta incontrando, e che risultano tanto più ostiche da eliminare, in considerazione delle delicate implicazioni in termini di *policy* sottese alle azioni di classe.

Note:

(29) Secondo il Tribunale di Roma, tale fase «rappresenta uno strumento atto a scongiurare per un verso, iniziative ingiustificatamente vessatorie nei confronti dell'impresa e dell'esercente il servizio, per altro a tutelare anche in via preventiva i possibili aderenti alla classe dall'intrapresa di iniziative giudiziarie sprovviste di alcuna possibilità di successo»; si vedano le due ordinanze in commento.

(30) Il riferimento è all'azione dichiarata inizialmente inammissibile dal Tribunale di Torino, qui commentata in relazione all'ordinanza sul reclamo. Dovrebbero essere evitati, pertanto, i tentativi di traslare nel campo dell'azione di classe gli impedimenti di natura processuale concernenti l'attore, concepiti nella disciplina processual-civilistica in relazione ai giudizi individuali. L'auspicio è formulato da E. Marinucci, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, cit., 1114.

(31) Un ulteriore esempio del delicato ruolo svolto dalle corti nella fase di filtro è rinvenibile nell'ordinanza della Corte d'Appello di Torino, qui commentata. La Corte rifiuta di affermare l'infondatezza dell'azione per il preteso difetto del requisito dell'omogeneità dei diritti: l'asserita estrema differenziazione delle posizioni dei singoli correntisti in relazione alla misura del risarcimento, alle caratteristiche e all'andamento del singolo rapporto, è considerata irrilevante in sede di valutazione dell'ammissibilità dell'azione, richiedendo accertamenti individualizzanti, demandati al giudizio di merito. Sul punto, si rinvia a quanto osservato *supra* in tema di omogeneità dei diritti.

Osservatorio di legittimità

a cura di **Antonella Batà** e **Angelo Spirito**

Risarcimento del danno

Danno patrimoniale della casalinga

Cassazione civile, sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17167 - Pres. Amatucci - Est. Barreca

La casalinga che chiede il risarcimento del danno patrimoniale ha l'onere di dimostrare che gli esiti permanenti residuati alla lesione della salute impediscono o rendono più oneroso (ovvero impediranno o renderanno più oneroso in futuro) lo svolgimento del lavoro domestico; in mancanza di tale dimostrazione nulla può essere liquidato a titolo di risarcimento di tale tipologia di danno patrimoniale.

Il caso

La moglie chiede il risarcimento del danno biologico morale e patrimoniale subiti in conseguenza della morte del coniuge, verificatasi a causa di un sinistro stradale; chiede, inoltre il risarcimento del danno da se stessa subito per la perdita della propria capacità di lavoro specifica quale casalinga.
I giudici del merito accolgono la prima domanda, ma respingono la seconda, affermando che l'invalidità si è protratta per un periodo di tempo limitato, durante il quale la danneggiata risulta essere stata ospitata dalla figlia e, in ogni caso, ella non ha dimostrato di aver sopportato esborsi per le faccende domestiche, né di essere stata limitata in tale settore.
La ricorrente sostiene che la sentenza sarebbe errata per non aver tenuto conto di quanto risultante dalla consulenza tecnica medico-legale, che avrebbe accertato in capo alla ricorrente una malattia con «incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni» in misura totale per sei mesi e parziale (al 50%) per tre anni; secondo la ricorrente, vi sarebbe stata la prova presuntiva del danno lamentato, che sarebbe risarcibile a prescindere dalla prova di aver sopportato degli esborsi per far fronte alle faccende domestiche.

La decisione

La S.C. respinge il ricorso spiegando che il diritto al risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante non può farsi discendere in modo automatico dall'accertamento dell'invalidità permanente, poiché esso sussiste solo se tale invalidità abbia prodotto una riduzione della capacità lavorativa specifica, essendo imposta la prova, anche tramite presunzioni, dello svolgimento di un'attività produttiva di reddito e di perdita, dopo l'infortunio, della capacità di guadagno rispetto a tale attività ovvero della capacità, anche generica, di attendere ad altri lavori confacenti alle attitudini del danneggiato. Nel caso di specie - sottolineano i giudici di legittimità - non si tratta di postumi permanenti, bensì di postumi temporanei. Rispetto a questi ultimi, è corretta la sentenza di merito che ha attribuito rilevanza alla durata ed alla misura dell'inabilità accertata dal CTU, presumendone l'incidenza sulla capacità di lavoro domestico nel caso di inabilità assoluta, ma escludendone la risarcibilità a titolo di danno patrimoniale perché, essendo stata la danneggiata ospite in casa della figlia, non ebbe necessità di svolgere lavori domestici.

I precedenti

In conformità al principio enunciato in massima, cfr. Cass. n. 16392/2010. Quanto alla liquidazione del danno patrimoniale da lucro cessante, cfr. tra le varie Cass. n. 15674/2011.

La dottrina

D. Chindemi, *Danno patrimoniale alla casalinga anche se continua a lavorare in casa e non si fa sostituire da una colf*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2058; E. Colombini, *Risarcimento del danno economico alla casalinga*, in *Arch. giur. circ.*, 2006, 699.

Danno terminale

Cassazione civile, sez. lav., 8 ottobre 2012, n. 17092 - Pres. Vidiri - Est. Nobile

In caso di lesione dell'integrità fisica che abbia portato ad esito letale, la vittima che abbia percepito lucidamente l'approssimarsi della fine attivi un processo di sofferenza psichica particolarmente intensa che qualifica il danno biologico e ne determina l'entità sulla base non già (e non solo) della durata dell'intervallo tra la lesione e la morte, ma dell'intensità della sofferenza provata.

Il caso

Un lavoratore del porto muore a seguito di mesotelioma pleurico. I suoi eredi citano in giudizio risarcitorio l'Autorità Portuale, chiedendo che sia dichiarata l'origine professionale della malattia per l'esposizione alla inalazione di fibre di amianto. I giudici del merito accolgono la domanda, condannando la convenuta al risarcimento sia del danno biologico, sia di quello morale. In particolare, circa la quantificazione del danno, essi rilevano che occorre utilizzare come parametro di riferimento la durata della malattia sofferta dalla vittima e valutare come importo risarcitorio un dato complessivamente rapportabile a tutte quelle voci di danno non patrimoniale (nel caso di specie biologico e morale) considerate unitariamente e non una in percentuale rispetto all'altra, data l'unitarietà del concetto stesso di danno non patrimoniale. Pertanto valutando un importo unitario di complessivo danno non patrimoniale di euro 4.500,00 al mese pari a euro 150,00 al giorno e moltiplicando tale importo per i 132 giorni di malattia, la Corte di merito liquida una somma complessiva di euro 19.800,00.
Gli eredi della vittima censurano la sentenza nella parte in cui ha liquidato il danno complessivo, biologico e morale, unitariamente considerato, nella misura di euro 150,00 al giorno per i giorni di malattia, in tal modo trascurando, tra l'altro, la effettiva intensità delle sofferenze subite, in ragione dello specifico decorso della malattia, della ragionevole prevedibi-

lità dell'esito letale e del concreto livello di consapevolezza dell'assenza di ogni speranza.

La decisione
La S.C. accoglie il ricorso ed enuncia il principio di cui alla sovrastante massima. Precisa pure che, in caso di lesione di un diritto fondamentale della persona, la regola, secondo la quale il risarcimento deve ristorare interamente il danno subito, impone di tenere conto dell'insieme dei pregiudizi sofferti, ivi compresi quelli esistenziali, purché sia provata nel giudizio l'autonomia e la distinzione degli stessi, dovendo il giudice, a tal fine, provvedere all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive del lavoratore e della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno. Secondo i giudici di legittimità, dunque, la sentenza impugnata, in contrasto con tali principi, ha quantificato il danno adottando un parametro rapportato esclusivamente alla durata della malattia, in tal modo non sufficientemente personalizzando il danno stesso, stante la mancanza di qualsiasi altra considerazione relativa alle condizioni personali e soggettive, al decorso della malattia, alla concreta penosità della stessa, alle ripercussioni sulla vita del danneggiato, alle cure praticate e alle relative prospettive ed in genere ad ogni ulteriore circostanza rilevante ai fini dell'intensità della sofferenza provata.

I precedenti
Il principio è consolidato nella giurisprudenza di legittimità. Tra le varie conformi, cfr. Cass. n. 2251/2012; n. 1072/2011; n. 3260/2007. Inoltre, proprio in tema di inalazione di fibre d'amianto, cfr. Cass. 21 aprile 2011, n. 9238.

La dottrina
P. Ziviz, *È risarcibile la perdita della vita?*, in *Resp. civ.*, 2011, 5, 2, 1021; C. Trapuzzano, *Il danno non patrimoniale da morte*, in *Giur. merito*, 2012, 6, 1002.

Tutela della privacy

Trattamento dei dati personali

Cassazione civile, sez. III, 12 ottobre 2012, n. 17408 - Pres. Amatucci - Est. Frasca

La domanda di risarcimento per il danno sofferto "per effetto del trattamento di dati personali", espressamene prevista dal D.Lgs. n. 196/2003, art. 15, concernendo, quale diritto di credito a cosa generica come è il danaro, un diritto c.d. eterodeterminato, cioè uno di quei diritti che sono individuati non già dall'indicazione della sola tipologia normativa di diritto fatta valere e del bene che ne è oggetto, ma anche e necessariamente dai fatti costitutivi che l'hanno originato, dev'essere proposta con la loro necessaria individuazione, incorrendo altrimenti nella causa di nullità per omessa o volutamente incerta indicazione del requisito di cui al n. 3 dell'art. 163 c.p.c.

Il caso
La protagonista di un noto caso giudiziario propone ricorso ai sensi dell'art. 152 del D.Lgs. n. 196 del 2003 contro la casa editrice ed alcuni giornalisti, sostenendo che questi, attraverso la pubblicazione di un libro e di alcuni articoli giornalistici, avevano determinato la pubblicazione illecita di dati personali sensibili che la riguardavano. Chiede, dunque, che sia ordinata ai convenuti la cessazione di ogni pubblicazione in forma cartacea o telematica contenente dati sensibili o giudiziari a lei riferibili, nonché l'inibitoria della pubblicazione in futuro, la distruzione delle copie delle pubblicazioni ritenute illecite e la condanna dei convenuti a risarcire il danno.
Il Tribunale accoglie la domanda e contro la sentenza resa in unico grado propongono ricorso per cassazione la casa editrice ed i giornalisti, rimproverando al giudice di merito di non aver rilevato la nullità della domanda per genericità ed indeterminatezza dell'oggetto e dei fatti costituenti le sue ragioni. I ricorrenti sostengono, in sintesi, che l'attrice non solo aveva omesso di individuare i testi attraverso i quali sosteneva essere stati trattati i suoi dati, ma non aveva neppure indicato i dati oggetto di doglianza.

La decisione
La S.C. accoglie il ricorso spiegando che, siccome la domanda ai sensi del citato art. 15 ha come fatto costitutivo il comportamento di trattamento illecito dei dati personali, è palese che la sua proposizione esige a pena di indeterminatezza del requisito del n. 3 dell'art. 163, che il ricorso ai sensi dell'art. 152 individui il comportamento integrante illecita trattazione dei dati personali. Poiché tale comportamento si concreta nell'utilizzazione del dato personale, elemento di individuazione di esso è necessariamente anche l'indicazione del dato personale di cui trattasi. Sicché il ricorrente ai sensi dell'art. 152 (ed il rilievo vale anche per la trasposizione della sua disciplina ora operata dal D.Lgs. n. 150 del 2011), per ottemperare al requisito di cui al n. 3 dell'art. 163, applicabile ai sensi dell'art. 125 c.p.c., deve necessariamente individuare, quali fatti costitutivi della sua azione, i dati personali illecitamente utilizzati dal convenuto. Onde la domanda, se non lo fa, è nulla per inosservanza del requisito di cui all'art. 163 c.p.c., n. 3.
Nella specie - rilevano i giudici di legittimità - il ricorso introduttivo violava l'art. 163, n. 3, c.p.c. perché non forniva alcuna specificazione di quali brani integrassero, a dire della ricorrente, l'illecito trattamento di dati sensibili: quindi, il Tribunale avrebbe dovuto rilevare la nullità della domanda e, stante la costituzione dei convenuti, ordinare alla ricorrente di integrarla ai sensi dell'art. 164 c.p.c., comma 5. Ciò in quanto, essendo correlato il diritto al risarcimento del danno ad ogni trattamento di dato personale (o sensibile), in relazione ad ognuno di essi si configura come diritto autonomo e distinto da quello nascente in relazione ad altri dati.

I precedenti
La sentenza in commento, nel trattare dei diritti cd. etero determinati, fa riferimento al fondamentale arresto sul tema costituito da Cass., sez. un., 22 maggio 1996, n. 4712, la quale afferma che la domanda di indennizzo per arricchimento senza causa integra, rispetto a quella di adempimento contrattuale originariamente formulata, una domanda nuova - come tale inammissibile a norma dell'art. 184 c.p.c. in difetto di accettazione del contraddittorio -, in quanto dette domande non sono intercambiabili e non costituiscono articolazioni di un'unica matrice, riguardando entrambe diritti cosiddetti "eterodeterminati" (per la individuazione dei quali è indispensabile il riferimento ai relativi fatti costitutivi, che divergono sensibilmente tra loro ed identificano due distinte entità), e l'attore, sostituendo la prima alla seconda, non solo chiede un bene giuridi-

co diverso (indennizzo, anziché il corrispettivo pattuito), così mutando l'originario "petitum", ma, soprattutto, introduce nel processo gli elementi costitutivi della nuova situazione giuridica (proprio impoverimento ed altrui locupletazione e, in caso di domanda di arricchimento proposta contro la P.A., anche il riconoscimento della "*utilitas*" della prestazione), che erano privi di rilievo, invece, nel rapporto contrattuale.

La dottrina

E. Pellecchia, *La responsabilità civile per trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ.*, 2006, 221; M. Franzoni, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contratto e impr.*, 2009, 1.

LIBRI

Processo civile: le novità del decreto crescita

a cura di Amendolagine Vito

Il volume fornisce una prima lettura del c.d. "decreto crescita".

Dopo l'analisi delle **novità relative alla disciplina dell'appello** (fattispecie di esenzione dal nuovo regime dell'inammissibilità; ordinanza di inammissibilità; disciplina transitoria; modifica dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.; valutazione del giudice sull'inesistenza della "ragionevole probabilità" di accoglimento dell'impugnazione; pronuncia sull'inammissibilità dell'appello; ordinanza "succintamente" motivata emessa dal giudice del gravame dichiarativa dell'inammissibilità; pronuncia sulle spese giudiziali; ricorso per cassazione avverso la pronuncia di primo grado nei limiti dei motivi specifici esposti con l'atto di appello a seguito della sua dichiarata inammissibilità), vengono analizzate le **modifiche alla legge Pinto** (ragionevole durata del processo ed equa riparazione) e alla disciplina sul lodo arbitrale in materia di controversie sui lavori pubblici (nuovo regime dell'impugnazione del lodo arbitrale; estensione della nuova disciplina ai lodi parziali; disciplina transitoria riguardante i lodi definitivi; ipotesi di nullità e violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia).

La **struttura dell'instant book**, sul piano espositivo, segue quella del decreto, analizzandone i singoli istituti secondo il medesimo ordine di presentazione voluto dal legislatore.

L'utilizzo di **tavole sinottiche** e di raffronto facilita la lettura e permette di cogliere con immediatezza le differenze fra vecchia e nuova normativa.

Completa il volume **un'appendice normativa**.

Il volume è disponibile in:
versione **carta**; versione **eBook**, ePub con DRM con stampa/copia limitata; versione **onCloud**, gratis con l'acquisto della versione carta e/o eBook.

Ipsoa 2012, pagg. 192, € 22,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di **Gina Gioia**

Responsabilità precontrattuale della P.A.

Illegittimo annullamento di ufficio di una gara di appalto

T.a.r. Campania-Napoli, sez. VIII, 25 settembre 2012, n. 3923 - Pres. Amodio - Est. Di Popolo - TRE.GI. Impianti S.r.l. c. Comune di Santa Maria La Fossa

La responsabilità precontrattuale per annullamento illegittimo di aggiudicazione provvisoria si verifica anche nel caso di mancata impugnazione dell'atto di annullamento.

Il caso

Il Comune di Santa Maria La Fossa aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento, col criterio del prezzo più basso, dei lavori di realizzazione di un edificio polifunzionale per attività culturali e turistiche. In esito alla seduta di gara ed alla conforme determinazione del responsabile dell'Area tecnica, era stata dichiarata provvisoriamente aggiudicataria la TRE.GI. Impianti, alla quale i lavori erano stati anche consegnati sotto riserva di legge.
L'offerta presentata da quest'ultima era risultata prima classificata in conseguenza dell'esclusione automatica di altre offerte recanti ribassi superiori ed eccedenti la soglia di anomalia. Successivamente, con determinazione del responsabile dell'Area tecnica, la disposta aggiudicazione provvisoria era stata annullata d'ufficio in base al rilievo che erroneamente erano state escluse in via automatica dalla gara le offerte rivelatesi anomale, nonostante l'art. 122, comma 9, D.Lgs. n. 163/2006 consentisse un simile *modus procedendi* limitatamente agli appalti di lavori di importo pari o inferiore a euro 1.000.000,00, imponendosi, invece, per quelli come, appunto, quello *de quo*, di importo superiore, la verifica di congruità in contraddittorio con gli offerenti. Successivamente, era stata annullata d'ufficio l'intera gara controversa, in considerazione delle riscontrate ambiguità della *lex specialis* circa le modalità di esclusione (in via automatica ovvero in contraddittorio) delle offerte anomale.
La TRE.GI agiva per la condanna del Comune di Santa Maria La Fossa al risarcimento per equivalente monetario dei danni cagionati dalla condotta illecita per violazione del dovere di buona fede *ex* art. 1337 c.c., che avrebbe dovuto osservarsi nei propri confronti, in quanto aggiudicataria provvisoria dell'appalto già preso in consegna.

La decisione

Secondo i giudici, rispetto al danno risarcibile, non rileva, l'elemento psicologico del lamentato illecito precontrattuale. In questo senso, la Corte di giustizia UE (sez. III) ha reputato incompatibile con l'ordinamento comunitario la normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di una P.a. aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo alla P.a. suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (sent. 30 settembre 2010, C-314/09). Essa ha, dunque, configurato in modo marcatamente oggettivo la responsabilità della P.a. nel particolare settore degli appalti pubblici, connotato dalla funzione riparatorio-compensativa della tutela risarcitoria per equivalente, con cui surrogare integralmente, in presenza dei medesimi e soli presupposti di illegittimità, quella in forma specifica, rivolta al conseguimento del bene della vita ambito (aggiudicazione), nonché connotato dalla sostanziale completezza, autoconclusività e puntualità della relativa disciplina, la cui inosservanza risulta, di per sé, presuntiva di colpa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 483/2012).
L'elemento oggettivo della responsabilità è configurabile perché ricorre la condotta illecita - contraria ai canoni di buona fede e correttezza *in contrahendo* - del Comune, così come acclarata in sede di annullamento d'ufficio degli atti di gara; condotta sostanziatasi nell'erronea formulazione ed applicazione della clausola concorsuale relativa all'esclusio-ne automatica delle offerte e nella lesione dell'affidamento ingenerato nella TRE.GI. dall'aggiudicazione dapprima disposta in suo favore e poi annullata d'ufficio.
Secondo la consolidata giurisprudenza, sussiste, in capo alla P.a., la responsabilità precontrattuale *ex* art. 1337 c.c., se, dopo l'indizione di una gara di appalto e la relativa aggiudicazione, quest'ultima sia ritirata in autotutela, con sacrificio degli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti concorsuali poi rimossi (cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 6/2005; sez. V, n. 6137/2007; n. 4947/2008; sez. VI, n. 6264/2008; sez. V, n. 2882/2009; sez. VI, n. 9921/2011; n. 5002/2011; n. 195/2012). E ciò, non solo nell'ipotesi di revoca, ma anche allorquando - come, appunto, nella specie - l'intervento in autotutela sia stato spiegato sotto forma di annullamento d'ufficio di un'aggiudicazione provvisoria (cfr. T.a.r. Toscana-Firenze, sez. II, n. 2418/2008).
La responsabilità precontrattuale non sarebbe configurabile, stante l'omessa impugnazione delle determinazioni del responsabile dell'Area tecnica, con le quali erano stati ritirati l'aggiudicazione provvisoria e il bando di gara.
A prescindere dal rilievo del definitivo tramonto della c.d. pregiudiziale amministrativa, sancito dall'art. 30 cod. proc. amm. e ribadito da Cons. Stato, ad. plen., n. 3/2011, nel caso in esame, la condotta illecita risiede negli atti concorsuali da essi rimossi - siccome inficiati da erroneità nella formulazione ed applicazione della clausola di gara relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale - e generatori di incolpevo-

le affidamento circa la loro validità e stabilità, nonché nel complessivo contegno della stazione appaltante (anche quanto al considerevole lasso temporale trascorso tra l'aggiudicazione provvisoria, disposta in favore della TRE.GI. del 6 settembre 2010, e l'annullamento d'ufficio dell'intera procedura di affidamento, del 19 aprile 2011). La responsabilità precontrattuale della P.a. è ravvisata proprio nelle fattispecie in cui lo *ius poenitendi* sia stato correttamente esercitato, così delineandosi una sorta di scissione funzionale tra la legittima determinazione di caducare l'aggiudicazione e il complessivo comportamento tenuto dalla stazione appaltante nella sua veste di controparte negoziale, non improntato ai canoni di correttezza e buona fede nelle trattative (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 6264/2008). Con la conseguenza che l'eventuale giudizio impugnatorio avverso il provvedimento in autotutela non rileverebbe ai fini dell'accertamento dell'illecito in capo alla P.a.
Ai sensi degli artt. 1227, comma 2, c.c. e 30, comma 3, cod. proc. amm., l'omessa impugnazione delle determinazioni del responsabile dell'Area tecnica non sarebbe, comunque, suscettibile di elidere l'illiceità della condotta posta in essere dalla stazione appaltante, ma potrebbe, al più, indurre ad escludere o mitigare il danno evitabile con l'ordinaria diligenza (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 3/2011; T.a.r. Veneto-Venezia, sez. II, 582/2011; T.a.r. Sicilia-Catania, sez. IV, 13/2012; T.a.r. Puglia-Bari, sez. III, 610/2012).
Il Collegio ribadisce che, in caso di responsabilità precontrattuale, il risarcimento riguarda il solo interesse negativo, ossia le spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3380/2008; T.a.r. Campania-Napoli, sez. VIII, 1646/2012; T.a.r. Calabria-Catanzaro, sez. II, 502/2012).
Un giudizio prognostico incentrato sulle allegazioni delle parti - ove non risulta in discussione la validità dell'annulla-mento d'ufficio degli atti concorsuali - impedisce, infatti, di assumere che la gara avrebbe potuto essere legittimamente aggiudicata alla TRE.GI.
Non è stato adeguatamente dimostrato il lucro cessante rientrante nella sfera dell'interesse negativo, ossia il danno (astrattamente risarcibile) per perdita di *chances*, corrispondente alle occasioni di lavoro perse a causa dell'impegno profuso nello svolgimento di trattative rilevatesi inutili.
La ricorrente si è limitata a depositare in giudizio i relativi bandi, non ha, però, provato in concreto di essersi ritirata dalle gare concomitanti a causa dell'impegno da assumere col Comune (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 2680/2008; T.a.r. Campania-Napoli, sez. VIII, n. 1646/2012).
Ai fini del risarcimento da perdita di *chance*, il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della P.a., ossia la sussistenza di un valido nesso causale tra quest'ultima e la ragionevole, specifica e verosimile possibilità del conseguimento dell'aggiudicazione di altri appalti.
Alla stregua di siffatti criteri, l'impresa ricorrente, onde conseguire l'invocato risarcimento per perdita di *chances*, deve, dunque, documentare la presentazione di domande di partecipazione ad altre gare, l'esistenza di proprie dichiarazioni di rinuncia a concorrervi, i margini di probabilità di relativa aggiudicazione, l'impossibilità, per la propria struttura aziendale, di competere contemporaneamente sia sul fronte dell'appalto controverso sia su altri fronti negoziali, non essendo, all'uopo, sufficienti la richiesta o l'approvvigioname-nto della documentazione di gara né, tanto meno, la semplice indicazione di contestuali procedure selettive i cui bandi siano stati semplicemente depositati in giudizio (cfr. T.a.r. Sardegna-Cagliari, sez. I, n. 2167/2010; T.a.r. Lazio-Roma, sez. I, n. 6907/2011; T.a.r. Campania-Napoli, sez. I, n. 4976/2011).
Residua, quale voce risarcibile nell'ambito dell'interesse negativo, il danno emergente corrispondente ai costi di partecipazione alla gara, il quale è da reputarsi sufficientemente provato sia nell'*an* sia nel *quantum* (euro 1.605,17) attraverso la dettagliata enucleazione delle relative sottovoci (perizia estimativa depositata) e l'esibizione di copia della garanzia provvisoria *ex* art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006.

I precedenti

Corte giustizia CE, sez. III, 30 set. 2010, n. 314, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 313, con nota di Guffanti Pesenti. Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro amm. CDS*, 2011, 826.

La dottrina

C. Feliziani, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 10, 3015; F. Cintioli, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità. Ovverossia «della specialità perduta»?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 933.

Risarcimento del danno

Occultamento di società fiduciaria

Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279 - Pres. Maruotti - Est. Lageder - Aldo Tarricone Sicurezza s.r.l. c. A.DI.S.U. Puglia

L'aggiudicazione e la stipula del contratto di appalto in grave violazione delle regole partecipative in materia di contratti pubblici, con omissione di segnalare la presenza di un fiduciario, che impedisca alla stazione appaltante di ottenere ogni informazione utile riguardo all'identità di questi è illegittima ed è dovuto il risarcimento del danno, cui sarebbe tenuto in solido anche l'aggiudicatario.

Il caso

Il T.a.r. Puglia respingeva il ricorso proposto dalla Aldo Tarricone s.r.l., seconda classificata, avverso gli atti di gara di aggiudicazione all'a.t.i. costituenda tra Faro s.r.l. (quale mandataria capogruppo) e Vigilanza Palumbo s.r.l. (quale mandante), inerenti alla gara per l'affidamento (di durata triennale) del servizio di vigilanza armata e di portierato presso le strutture dell'Agenzia regionale per il diritto allo studio universitario (A.DI.S.U.) Puglia.
Il ricorso era affidato a tre motivi, tra cui la censura dell'illegittima mancata esclusione dell'a.t.i. prima classificata per violazione del divieto di intestazione fiduciaria e dei correlativi obblighi informativi di cui al combinato disposto degli artt. 38, comma 1, lett. d), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e 17, comma 3, l. 19 marzo 1990, n. 55, in quanto l'associata Vigilanza Palumbo s.r.l. annoverava tra i propri soci la Aletti Fiduciaria s.p.a., autorizzata quale società fiduciaria ai sensi della l. 23 novembre 1939, n. 1966, omettendo di segnalarne la presen-

za e così impedendo alla stazione appaltante di ottenere ogni informazione utile riguardo all'identità dei fiducianti.

La decisione

I giudici di Palazzo Spada hanno premesso che l'interpretazione del ricorso introduttivo vada compiuta sia avendo riguardo alla sua letterale formulazione, sia al sostanziale contenuto del *petitum* e delle ragioni dedotte, tenendo conto delle finalità perseguite nel giudizio. Da una lettura sia testuale che sistematica del ricorso di primo grado emerge che la censura di inosservanza degli obblighi di informativa con riguardo alla presenza di una società fiduciaria e all'identità dei fiducianti è stata dedotta sia sotto il profilo della violazione degli obblighi alla presentazione della domanda, sia sotto il profilo della persistenza della correlativa condotta di 'occultamento' anche dopo l'aggiudicazione e, persino, dopo la stipula del contratto, onde dedurne la illegittima aggiudicazione e l'invalidità del contratto.
Nel merito, i giudici chiariscono che l'art. 17, comma 3, l. n. 55 del 1990, prevede due differenti situazioni: 1. un divieto assoluto di intestazione fiduciaria per le società non autorizzate, che comporta l'immediata esclusione dalla gara; 2. un mero obbligo comunicativo per le società autorizzate, susseguente all'aggiudicazione e dunque da assolversi a seguito di essa e prima della stipula del contratto, nel rispetto del termine di legge.
L'art. 38, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 163 del 2006, tramite il rinvio all'art. 17 l. n. 55 del 1990 nel testo modificato dalla l. n. 415 del 1998, ne recepisce entrambe le previsioni, in tal modo configurando non solo l'interposizione fiduciaria di società non autorizzata, ma anche il mancato assolvimento all'obbligo informativo in caso di società autorizzata, come causa di esclusione dalla gara, sancendo i conseguenti divieti di aggiudicazione e di stipula del contratto (la novella apportata al comma 1, lett. d), dell'art. 38 dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, si limita a circoscrivere temporalmente la durata e la decorrenza della causa di esclusione - a un anno a partire dall'accertamento definitivo della violazione -, senza modificare gli elementi costitutivi della fattispecie escludente).
Le due ipotesi si diversificano esclusivamente per la diversa modulazione temporale - preventiva nella prima, e rispettivamente successiva all'aggiudicazione nella seconda - della verifica dei requisiti generali di partecipazione, ma concettualmente rientrano entrambe nel novero delle cause di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, e dunque ineriscono alla fase di evidenza pubblica e non già a quella dell'esecuzione del contratto, con conseguente infondatezza dell'eccezione di carenza di giurisdizione sollevata.
Se, poi, si pone mente alla *ratio* sottesa alla disciplina in esame, volta a consentire alle P.a. appaltanti di aver sempre certezza della reale identità dei propri contraenti, prevenendo così il rischio di infiltrazioni delle organizzazioni criminali nell'esecuzione dei pubblici appalti, la correlativa verifica, anche se da compiere dopo l'aggiudicazione (ma pur sempre prima della stipula del contratto), è espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi dei contraenti, idoneo ad incidere - nel caso di esito negativo - in senso caducante sull'aggiudicazione e sul contratto, con conseguente attrazione della relativa controversia nell'orbita di giurisdizione del g.a. (v. sul punto, in fattispecie analoghe, Cass., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21928; Cons. Stato, sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5981).
Correlativamente, la mancanza della doverosa valutazione (e della dovuta esclusione dalla gara) comporta che la determinazione di procedere alla stipula del contratto vada qualificata come un vero e proprio 'atto amministrativo implicito' sulla effettiva sussistenza dei relativi presupposti, dunque quale atto espressivo di una funzione pubblica, impugnabile in sede di legittimità (ove si intenda contestare tale sussistenza) e il cui annullamento è ugualmente in grado di caducare il contratto *medio tempore* stipulato, in considerazione dei principi comunitari e nazionali, applicabili.
L'accoglimento dell'appello ha comportato l'ingresso dell'esame della domanda di risarcimento dei danni, proposta sin dall'atto introduttivo di primo grado ed espressamente riproposta nel ricorso in appello.
A fronte dell'intervenuta esecuzione del contratto, rilevano i giudici, che possono essere riconosciuti i soli danni per equivalente.
Anzitutto non rileva la questione di carattere generale se, nella materia degli appalti e ove un provvedimento sia risultato illegittimo, sia ravvisabile una responsabilità in assenza di una specifica rimproverabilità degli organi amministrativi.
La domanda risarcitoria va esaminata attribuendo decisivo rilievo: a) al principio desumibile dall'art. 41, comma 2, ultimo periodo, cod. proc. amm., che ha disposto che la domanda risarcitoria vada notificata non solo alla P.a. che ha emanato l'atto lesivo, ma anche al beneficiario dell'atto illegittimo (poiché l'accoglimento della medesima domanda incide in pieno e direttamente sulle sue posizioni giuridiche intercorrenti con la P.a.); b) al fatto che nella specie l'illegittimità dei provvedimenti impugnati è dipesa da un comportamento senz'altro consapevole di natura omissiva e riferibile all'a.t.i. aggiudicataria.
Sotto il profilo causale la questione riguarda i limiti della responsabilità della P.a., cosicché rientra nell'ambito della giurisdizione amministrativa l'accertamento - per la determinazione del danno risarcibile - del 'contributo causale' della condotta della P.a., in rapporto a quella dell'aggiudicataria che ha posto in essere, del tutto consapevolmente, la violazione della normativa sostanziale di settore.
Nella specie, non v'è dubbio che il comportamento omissivo e consapevole, riferibile all'a.t.i. risultata aggiudicataria, concorra con il comportamento negligente della P.a.
Tale negligenza, che ha concorso a causare il danno, è riferibile alla mancata verifica della sussistenza dei requisiti indispensabili per la stipula del contratto, che si sarebbe dovuta attivare quanto prima, e comunque a seguito della notifica del ricorso di primo grado, che ha dettagliatamente reso edotta la P.a. delle questioni sollevate ed avrebbe dovuto comportare il ripristino della legalità violata.
L'aggiudicazione e la stipula del contratto sono intervenute in grave violazione delle regole partecipative in materia di contratti pubblici, in elusione del sistema di controllo sull'identità dei reali contraenti, funzionale ad esigenze preventive di ordine pubblico.
Quanto alla sussistenza del nesso di causalità e di un danno, ove fosse stata disposta l'esclusione dell'aggiudicataria e rispettivamente impedita la stipula del contratto, l'odierna appellante, quale seconda classificata, avrebbe avuto la quasi certezza di rimanere aggiudicataria della gara (la previsione in termini di certezza assoluta è impedita dalla sussistenza del potere di disporre i consueti controlli sul possesso di tutti i requisiti dichiarati nella domanda).
In punto di *an debeatur*, sussistono dunque tutti gli elementi qualificanti della fattispecie costitutiva dell'azionata pretesa risarcitoria, nei confronti della P.a. appellata e nei suoi rapporti con chi è risultato beneficiario dell'aggiudicazione illegittima.
Riguardo alla quantificazione dei danni: la perdita di *chance*

va rapportata in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara ed esecuzione dell'appalto: utile che, secondo un consolidato criterio, va presuntivamente stimato nel 10% dell'importo posto a base d'asta, ribassato dall'offerta presentata (Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115; Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796).
Tale quantificazione va poi congruamente ridotta, sia perché si tratta di risarcire una mera *chance* (seppure consistente) di aggiudicazione, sia perché l'interessata non ha dimostrato di essere stata nell'impossibilità di utilizzare, durante il tempo di esecuzione del servizio per cui è giudizio, mezzi e maestranze per l'espletamento di altri e diversi servizi (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607; Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860).
Come di recente rilevato (Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681), ad evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa locupletare un effetto finanziario addirittura migliore rispetto a quello in cui si sarebbe trovato in assenza dell'illecito, dal decimo dell'importo così stimato va detratto quanto percepito dall'impresa grazie allo svolgimento di attività lucrative diverse, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione.
L'onere di provare (l'assenza del) l'*aliunde perceptum vel percipiendum* grava non sulla P.a., ma sull'impresa: e ciò in ragione della presunzione, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che l'imprenditore normalmente diligente (v. art. 1227 c.c.) non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma persegue occasioni contrattuali alternative, dalla cui esecuzione trae il relativo utile.
Non può, invece, darsi luogo alla riduzione per mancato assolvimento all'onere dell'informativa *ex* art. 243-*bis* D.Lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 6 D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, richiamato dalla P.a. appellata, attesa l'inapplicabilità *ratione temporis* della citata disposizione alla presente causa, iniziata prima della sua entrata in vigore.
È stato riconosciuto alla appellante, a titolo di utile mancato, la somma corrispondente al 5% dell'offerta presentata in gara dall'appellante.
Il Collegio, nel contenere l'entità del risarcimento da lucro cessante, ha tenuto conto del fatto che l'appellante non ha eseguito il servizio e che non ha dato prova di essere rimasta inerte nel tempo che avrebbe dovuto impiegare, ove ne fosse rimasta aggiudicataria, per la esecuzione del contratto d'appalto. Da ciò la mancata liquidazione in favore della appellante delle ulteriori voci risarcitorie; in particolare del danno curriculare.
Infine, non può spettare alcunché a titolo di imprevisti e spese generali di partecipazioni, dato che si tratta di poste insite nel rischio imprenditoriale di chi partecipa alle commesse pubbliche e che non ricevono autonoma considerazione neppure in confronto dell'aggiudicatario (che si remunera soltanto con gli utili di impresa).
Per quanto nessuna richiesta di condanna sia stata articolata nei confronti della a.t.i. aggiudicataria (pur evocata in giudizio quale controinteressata, costituita in primo grado, ma non nel giudizio d'appello), in conformità a un recente orientamento (v. Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115), il Consiglio di Stato ha affermato che la responsabilità civile da illegittima aggiudicazione e stipula del contratto, nel caso che ne occupa, ha natura solidale.
È emerso che l'errore (pur ascrivibile alla condotta colposa della stazione appaltante) è stato principalmente indotto dal comportamento omissivo e consapevole della a.t.i. aggiudicataria.
I giudici hanno ritenuto che: a) con riferimento alla posizione dell'appellante, la domanda vada accolta, con il vincolo di solidarietà tra la P.a. e il beneficiario dell'atto illegittimo, in applicazione dell'art. 41, comma 2, ultimo periodo, del cod. proc. amm.; b) con riferimento ai rapporti interni tra la P.a. e il beneficiario dell'atto illegittimo, e ciò ai fini dell'eventuale azione di regresso che la stazione appaltante potrà intraprendere per rivalersi, nel concorso di tutte le ulteriori condizioni legittimanti, la responsabilità vada ripartita: b1) in ragione dei quattro quinti, a carico del medesimo beneficiario, in considerazione della sua condotta omissiva e consapevole, volta a ottenere un vantaggio patrimoniale, poi effettivamente conseguito; b2) in ragione di un quinto, a carico della P.a. soccombente, in considerazione della sua condotta colposa in quanto negligente, perché avrebbe dovuto attivare i procedimenti consentiti dal sistema, per il ripristino della legalità, una volta emerse le circostanze ostative alla stipula del contratto d'appalto.
I giudici precisano che sotto il profilo processuale, l'accertamento della responsabilità concorrente dell'a.t.i. aggiudicataria e delle quote concorsuali di riparto interno tra quest'ultima e la P.a. deve ritenersi 'coperto' non solo dai principi fondanti la giustizia amministrativa (in base ai quali la controversia va decisa con l'esercizio di poteri decisori e conformativi), e dal sopra richiamato art. 41, comma 2 (il quale ha previsto il litisconsorzio necessario del beneficiario dell'atto, in ragione dei peculiari poteri concernenti le statuizioni da adottare anche nei confronti del beneficiario dell'atto illegittimo), ma anche dalle domande, eccezioni e difese versate in giudizio, con il conseguente rispetto del generale principio processuale della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; ciò, sulla base di un'interpretazione sostanzialistica degli atti processuali di parte, formulati in modo onnicomprensivo e idoneo a ricomprendere nelle richieste e difese formulate dalle parti anche gli evidenziati momenti di accertamento.
Tuttavia, giustamente, nel dispositivo non vi è traccia né dell'accertamento della solidarietà, né della condanna in solido.

I precedenti

Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2011, n. 373, in *Foro amm. CDS*, 2011, 247 ha precisato che ove una società concorrente, pur avendo come socio un ente fiduciario, partecipi ad una gara pubblica in totale trasparenza e in sede di presentazione dell'offerta presenti la documentazione relativa al socio che effettivamente detiene la partecipazione intestata fiduciariamente, non ci sono motivi per disporne l'esclusione, essendo stato raggiunto lo scopo perseguito dalla norma sul divieto di intestazione fiduciaria. Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115, in *Foro amm. CDS*, 2012, 138. Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681, *ivi*, 2011, 971.

La dottrina

V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 436.

Osservatorio di merito

a cura di **Paolo L. Carbone** (*)

Danni punitivi

Separazione dei coniugi e condotta impeditiva della conservazione del rapporto padre e figlio

Tribunale di Messina, sez. I, 8 ottobre 2012, decr. - Pres. Orifici - Rel. Cusolito

L'art. 709 *ter* c.p.c., nella parte in cui prevede la possibilità per il Tribunale di ammonire un genitore e disporre il risarcimento, in favore dell'altro genitore o del figlio, e la condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende, risponde ad una funzione sanzionatoria deterrente della condotta del genitore per evitare che in futuro lo stesso continui a rendersi inadempiente tanto in relazione ai propri obblighi nei confronti della prole quanto in merito al contenuto dei provvedimenti. Di conseguenza, per la sanzione del risarcimento e del pagamento alla Cassa delle ammende, la somma viene individuata in via equitativa senza essere corredata all'eventuale danno del minore.

Il caso

M., con ricorso depositato in data 2 ottobre 2010, chiedeva al Tribunale di Messina la modifica del provvedimento precedentemente emesso in sede di separazione dei coniugi; in particolare, fermo restando l'affido condiviso, chiedeva la domiciliazione del figlio minore presso di sé, con la condanna della L., ex coniuge, al risarcimento del danno *ex* art. 709 *ter* c.p.c. n. 2 e n. 3, nonché l'ammonizione di quest'ultima, con condanna al pagamento di una somma alla Cassa delle Ammende.
L., costituitasi in giudizio, chiedeva l'affido esclusivo del minore, la sospensione o la limitazione del diritto di visita del padre e l'obbligo a carico di quest'ultimo di corrispondere una somma a titolo di mantenimento del minore pari ad euro 1.200.
Il Collegio, in data 12 gennaio 2012, statuiva la revoca del provvedimento che aveva imposto che gli incontri tra il padre ed il minore avvenissero presso strutture protette, nonché le nuove modalità di visita del padre, stante l'avvenuto trasferimento del minore e della madre presso un'altra città, delegando gli assistenti sociali divenuti territorialmente competenti ad accertare le nuove condizioni di vita del minore e compiere l'indagine sulla capacità genitoriale della madre. I Servizi Sociali relazionavano sulle attuali condizioni di vita del minore, valutando positivamente l'inserimento dello stesso sia nel nuovo contesto sociale che scolastico.

La decisione

Il Tribunale di Messina ha ritenuto opportuno lasciare inalterato l'affido condiviso ad entrambi i genitori con domiciliazione privilegiata del minore presso la madre, rilevato che dalla relazione dei Servizi Sociali delegati sia emerso il positivo inserimento del bambino nel nuovo ambiente familiare e scolastico. Pertanto, a modifica delle condizioni previste nel decreto di omologa della separazione consensuale, il giudicante ha disposto nuove modalità di visita del minore da parte del padre, stante il trasferimento del bambino e della madre in un'altra città.
Quanto alla domanda di condanna *ex* art. 709 *ter* c.p.c., avanzata da M., il Tribunale ha disposto a carico della L. il pagamento di una sanzione pecuniaria di euro 2.500 in favore della Cassa delle ammende, oltre al pagamento della somma di euro 4.000, a titolo di risarcimento del danno, in favore del figlio minore, da versare in un libretto bancario intestato al bambino, con amministrazione regolata come per legge in relazione all'esercizio della potestà genitoriale.
Detta condanna è stata dettata dal comportamento assunto dalla L., la quale ha prima trasferito il minore in un'altra città, senza comunicarlo al padre e, successivamente, solo su sollecitazione del Tribunale, ha fornito il recapito telefonico del minore e, solo da ultimo, ha indicato la nuova scuola frequentata dal minore.
Il Tribunale, richiamando l'orientamento interpretativo pacificamente riconosciuto nella giurisprudenza di merito, ha osservato che la condanna al risarcimento del danno prevista dall'art. 709 *ter* c.p.c. non sarebbe diretta a compensare la lesione del bene protetto subita dal soggetto passivo, ma a dissuadere il genitore dal tenere una condotta pregiudizievole per i figli.
Così argomentando, il Tribunale ha posto l'attenzione sul problema interpretativo derivante dall'introduzione, nel nostro codice di procedura civile, dell'art. 709 *ter*, ovvero se il legislatore, nel prevedere una condanna al risarcimento dei danni in favore del figlio minore o dell'altro genitore nei casi di gravi inadempienze, di violazione dei doveri genitoriali o di comportamenti ostacolanti le modalità del'affidamento, abbia inteso introdurre un'ipotesi di danno c.d. punitivo, oppure abbia semplicemente fatto richiamo alla disciplina sostanziale del codice civile *ex* art. 2043 c.c., nonché al danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c.
Il Giudicante, confermando l'interpretazione della norma secondo il primo orientamento, ha osservato che la finalità dell'art. 709 *ter* è quella di garantire l'attuazione dei provvedimenti di affidamento esercitando una coazione indiretta (pressione psicologica) sul soggetto obbligato; dunque, ai fini dell'*an debeatur*, si deve attribuire rilievo all'elemento soggettivo o alla gravità della condotta, mentre per il *quantum* solo al patrimonio del danneggiante, non rilevando invece, secondo questa interpretazione, la prova del danno subito e la sua quantificazione. Infine, in relazione alla richiesta di modifica dell'assegno di mantenimento avanzata dalla L., il Tribunale ha ritenuto di non dover disporre alcuna modifica, non

Nota:

(*) Con la collaborazione di: Tania Bortolu, Giuseppe Catiniello, Alessandro Mignacca, Andrea Nuvoli.

essendo intervenuti rilevanti mutamenti nella sfera patrimoniale del soggetto obbligato.

I precedenti
Cass. 3 aprile 2007, n. 8362; App. Firenze 29 agosto 2007; Trib. Novara 21 luglio 2001; Trib. Pisa 20 dicembre 2006.

Responsabilità contrattuale

Dell'istituto scolastico

Tribunale di Lecce, sez. un. civ., 11 settembre 2012 - Giud. De Lecce

In tema di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale.

Il caso
Tizia, studentessa dell'Istituto di Istruzione Secondaria Superiore Alfa, durante una lezione di educazione fisica in cui il docente faceva eseguire l'esercizio della cavallina, riportava, nell'esecuzione dell'esercizio, una frattura bimalleolare esposta con lussazione esposta tibiotarsica destra. Tizia conveniva il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro p.t., e l'Istituto di Istruzione Secondaria Superiore Alfa, nella persona del Dirigente scolastico, proponendo domanda di risarcimento presso Tribunale di Lecce per responsabilità contrattuale nella causazione dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti dall'attrice, ed in particolare per aver fatto eseguire l'esercizio senza il preventivo riscaldamento muscolare e la necessaria preparazione. Si costituivano i convenuti contestando le avverse deduzioni e pretese e chiedendo il rigetto della domanda. I convenuti, altresì, chidevano ed ottenevano di chiamare in causa la Beta Assicurazioni s.p.a., a fini di manleva, la quale si costituiva a sua volta.

La decisione
Il Giudice adito accoglieva la domanda attorea e, per l'effetto, dichiarava i convenuti obbligati, condannandoli al pagamento, in favore di Tizia, della complessiva somma di euro 49.327,82, oltre rivalutazione mondaria ed interessi legali nei termini di cui in motivazione; il Giudice adito condannava la Generali s.p.a., in persona del l.r.p.t., a tenere indenni i convenuti delle somme dovute a Tizia. Per ciò che concerne l'accoglimento della domanda nell'*an*, il Giudice adito richiamava la Cass. S.D. n. 9346/2002 la quale afferma che l'ammissione dell'allievo alla scuola determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni; quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico, tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume uno specifico obbligo di protezione e vigilanza. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c.: mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sul convenuto incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante. Nel caso di specie la prospettazione in fatto della vicenda era identica, ciò ha reso possibile una riqualificazione giuridica della pretesa attorea, riconducendola all'ambito della responsabilità contrattuale dei convenuti. Questi ultimi avrebbero dovuto provare l'asserito carattere fortuito ma il Ministero e l'Istituto si sono limitati a dedurre la riferibilità al fortuito della caduta di Tizia e le sue conseguenze, non adempiendo, così, in maniera efficace all'onere probatorio. In riferimento al *quantum*, invece, il profilo patrimoniale si presentava pacifico in quanto Tizia produceva documentazione attestante le spese mediche sostenute. Sotto il profilo non patrimoniale, invece, la domanda veniva articolata nelle due classiche voci del danno alla persona, costituite dal c.d. danno biologico e danno morale. La prima voce, ossia danno biologico, considerato come lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, veniva accertata, nella fattispecie, da Tizia, la quale riscontrava effettivamente una lesione dell'integrità psico-fisica, medicalmente riscontrabile ed in effetti riscontrata, oltre che dalla documentazione prodotta, anche dalla c.t.u. espletata. Non veniva accertato, al contrario, il c.d. danno morale, in quanto non veniva presentato qualsivoglia riscontro probatorio, né, per la concreta entità del pregiudizio in oggetto, era possibile riscontrarne l'esistenza in via logico-presuntiva.

I precedenti
Cass., sez. II, n. 24456/2005; Trib. Salerno 4 gennaio 2007; Trib. Milano 3 aprile 2008; Trib. Milano 18 marzo 2009; Trib. Bari 24 aprile 2009.

La dottrina
G. Alpa, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Alpa*, Milano, 1999; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006; F. D. Busnelli-S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, II ed., Torino, 2003.

Risarcimento del danno

Sospensione del servizio telefonico

Tribunale di Varese 2 ottobre 2012 - Giud. Buffone

Il gestore telefonico che eroghi la prestazione in favore dell'utente/consumatore non può giammai sospendere unilateralmente il servizio se non in presenza di una condotta inadempiente del cliente che non sia "di scarsa rilevanza" nella complessiva economia del negozio, posto che l'intera trama dei contratti è retta dal principio di buona fede, quale grimaldello che richiama direttamente il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Il caso
G.P. è titolare del contratto di telefonia fissa, stipulato con T., da settembre del 2009, e con pagamento mediante addebito diretto sul c/c bancario della cliente (odierna ricorrente). T. sollecitava alla G.P., in data 24 maggio 2011, il pagamento della fattura con scadenza il 5 maggio 2011, dell'importo di euro 81,56; T. rivolgeva alla ricorrente un nuovo sollecito in

data 25 luglio 2011, relativo alla fattura con scadenza 5 luglio 2011, dell'importo di euro 81,56. In entrambi i casi, la G.P., meravigliatasi del mancato addebito delle fatture in c/c, provvedeva al saldo delle stesse con pagamento mediante bollettino postale. Nel mese di agosto 2011, l'utenza telefonica della G.P. veniva interrotta senza alcun avviso e l'interruzione perdurava per circa un mese in ragione del mancato pagamento della fattura con scadenza 5 marzo 2011, di importo pari ad euro 81,01 e che veniva immediatamente saldato dalla ricorrente mediante bollettino postale una volta avutane conoscenza. Interpellato il proprio istituto di credito, la ricorrente scopriva che T. aveva richiesto il pagamento solo due volte e peraltro per importi regolarmente pagati dalla mandataria. La ricorrente attivava procedura conciliativa dinanzi al Corecom che si consumava senza alcun esito. Proponeva, quindi, domanda giudiziale perché fosse accertata l'illegittimità del comportamento tenuto da T. con risarcimento del danno. T., costituitosi ritualmente, chiedeva il rigetto della domanda.

La decisione

Secondo il Giudice, «il gestore telefonico che eroghi la prestazione in favore dell'utente/consumatore non può giammai sospendere unilateralmente il servizio se non in presenza di una condotta inadempiente del cliente che non sia "di scarsa rilevanza" nella complessiva economia del negozio, posto che l'intera trama dei contratti è retta dal principio di buona fede, quale grimaldello che richiama direttamente il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.». T. avrebbe dovuto rendersi conto della assoluta illiceità dell'eventuale interruzione del servizio in quanto: a) aveva dichiarato, in favore della cliente, che non sussistevano debiti quanto al mese di febbraio 2011; b) aveva ricevuto le tempestive richieste di chiarimenti della G.P. che, appena informata dell'impasse, provvedeva a saldare il dovuto; c) conosceva benissimo il minimo importo impagato: euro 81,01. Nella società odierna il telefono rappresenta un veicolo imprescindibile per la fruizione di diritti fondamentali e per la realizzazione di situazioni giuridiche soggettive di primaria importanza; attraverso la rete telefonica si disvelano le comunicazioni del rapporto di lavoro o degli affetti familiari e, comunque, si può accedere, con celerità, ai servizi pubblici (es. ospedali). L'uso del telefono, per gli italiani, ha raggiunto livelli qualitativi e quantitativi tali da avere modificato la stessa struttura sociale e comportamentale(v. ISTAT, Statistiche). Tali dati, secondo il Giudice, possono essere utilizzati in questo processo, in quanto 'notori' (Cass., sez. II, sent. 19 agosto 2010, n. 18748). Secondo il Tribunale mediante gli elementi di giudizio in atti, corroborati dalle valutazioni rese *ex* art. 116 ed *ex* art. 115 c.p.c., può ritenersi raggiunta la prova circa l'*an* del pregiudizio. L'interruzione del servizio telefonico per 16 giorni consecutivi ha arrecato un pregiudizio non al patrimonio, ma alla persona del consumatore, in quanto la condotta illecita e inadempiente ha intaccato il diritto dell'individuo - in questo caso la G.P. - al rispetto della sua vita familiare, personale e lavorativa, come anche tutelato non solo dalla Costituzione ma anche dalle Carte internazionali (v. art. 8 CEDU). Il Giudice ha quindi condannato T. a titolo di risarcimento del danno al pagamento in favore di G.P. di euro 2.592,00, somma maggiorata degli interessi di mora al saggio legale oltre alle spese di lite. Il Giudice, inoltre, tenuto conto della qualità soggettiva della ricorrente (consumatore) e della durata del giudizio ha liquidato in favore della ricorrente l'importo di euro 1.500,00 ritenendo ingiusto il processo perché retto da abuso, e per questo suscettibile di ristoro, al pari di quello che dura oltre ragionevole durata.

I precedenti

Cass. n. 18748/2010, in www.tribunale.varese.it; Cass. n. 17485/2011; Cass., sez. un., n. 3057/2009; Cass. n. 24645/2007; Trib. Roma, sex. XII, 7 aprile 2012, in www.ilcaso.it.

La dottrina

F. Logoluso, *Tutela del consumatore e azioni collettive di classe*, Roma, 2010; V. Cuffaro, *Codice del consumo*, Milano, 2008; Alpa, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Alpa*, Milano, 1999; F. Caringella-G. De Marzo, *I contratti del consumatore*, Milano, 2007.

Tutela della privacy

Indebita intrusione nella sfera privata altrui

Tribunale di Milano, sez. X, 3 settembre 2012 - G.U. Spera - X c. Y e Z

Nel caso di attività di controllo sullo stile di vita e, conseguentemente, sulla professionalità dei propri dipendenti, l'indebita intrusione nella sfera privata altrui da parte del realizzatore materiale di detta attività, non rappresenta elemento esimente della responsabilità aquiliana del committente. In particolare, il nesso di causalità intercorrente tra la commissione delle investigazioni e l'evento dannoso non può considerarsi interrotto, in tutti quei casi in cui, avuto debito riguardo alle circostanze concrete, operazioni quali il controllo del traffico telefonico non possono ritenersi impreviste ed imprevedibili.

Il caso

Con atto di citazione ritualmente notificato, X., famoso calciatore, conveniva in giudizio la società Y., autrice di una serie di intercettazioni delle proprie utenze telefoniche, e Z., società sportiva, in quanto presunta committente di tale attività, al fine di ottenerne la condanna al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, patiti dallo stesso X.
Una volta riunite le due cause in un unico giudizio, i convenuti Y. e Z., costituitisi in giudizio, contestavano *in toto* la pretesa attorea, in base, per quanto riguarda Y., ad asserita prescrizione di eventuali diritti risarcitori, e al difetto di legittimazione passiva, in quanto l'autore materiale delle intercettazioni non risultava dipendente della società Y. al momento della realizzazione della condotta in esame. Per quanto riguarda la società Z., invece, oltre alla prescrizione, veniva eccepita la liceità, ai sensi dell'art. 8 l. n. 300/1970 e dell'art. 13 D.Lgs. n. 196/2003, dell'attività commissionata.
All'esito dell'istruttoria, il G.U. tratteneva la causa in decisione, previa concessione dei termini *ex* art. 190 c.p.c. per il deposito di memorie conclusionali, per poi trattenere la causa in decisione ai sensi dell'art. 281 *quinquies* c.p.c.

La decisione

Il Giudice ha ritenuto parzialmente fondata la pretesa risarcitoria attorea, ritenendola, *in primis*, non prescritta, alla luce di quanto disposto dall'art. 24 Cost., ed alla lettura giurisprudenziale della garanzie correlatevi, che impone di considerare la decorrenza della prescrizione dal momento della manifestazione dell'evento e non da quello della determinazione ontologica del danno (Cass. n. 576/2008, Cass. n. 12699/2010).

Inoltre, riguardo alla responsabilità di Y. e Z., il Giudice ritiene sussistenti entrambe, ai sensi dell'art. 2055 c.c., rispettivamente sulla base del dettato dell'art. 2049 c.c. e di quanto disposto dall'art. 2043 c.c.
In relazione alla prima ipotesi, e analizzate le istanze della società Y., il Giudice ritiene sufficiente, ai fini della configurazione della responsabilità *ex* art. 2049 c.c., la sussistenza di un rapporto di occasionalità necessaria tra le mansioni affidate al dipendente (o collaboratore) e l'evento, essendo, perciò, sufficiente che le funzioni esercitate abbiano determinato o soltanto agevolato la realizzazione del fatto lesivo. A tal riguardo, si evidenzia, è irrilevante che il dipendente abbia superato i limiti delle mansioni affidategli (Cass. n. 17836/2007).
Riguardo alla responsabilità della società Z., tale ipotesi viene confermata in virtù dell'art. 2043 c.c., in quanto detto convenuto, avuta debita considerazione delle modalità dell'affidamento dell'incarico di consulenza, non poteva ritenere ragionevolmente imprevedibile il compimento di indebite attività di invasione della sfera privata di X. In tal modo, il nesso di causalità tra tale intrusione e la condotta di Z. si ritiene sussistente, alla luce della reiterata giurisprudenza inerente al principio della *conditio sine qua non.*
In base a quanto premesso, perciò, il Giudice, ritenuta l'insussistenza e l'accertamento di danni patrimoniali sofferti da X., ha condannato in solido Y. e Z. al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto alla *privacy*, richiamando univoche letture giurisprudenziali di quanto disposto dall'art. 2059 c.c.

I precedenti

Cass. 12 settembre 2005, n. 18094, in questa *Rivista*, 2006, 520; Cass. 6 aprile 2006, n. 8096, in *Foro it.*, Rep. 2007; Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, 134, con nota di Ponzanelli.

La dottrina

C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Tr. Iudica-Zatti*, Milano, 1998; F. D. Busnelli-S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, II ed., Torino, 2003; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

PROCESSO CIVILE
Formulario commentato
Il processo di cognizione
Edizione II
a cura di Consolo Claudio, Mariconda Vincenzo, Pototschnig Paolo

Aggiornato con la **conversione del c.d. "decreto crescita"**.
L'opera, raccoglie tutte le **formule relative agli atti e ai provvedimenti relativi al processo di cognizione**: atti giudiziali e stragiudiziali riguardanti il Libro I; Disposizioni generali; il procedimento davanti al tribunale; il procedimento davanti al Giudice di pace; le impugnazioni; il rito del lavoro.
Ogni formula è corredata da: un **inquadramento funzionale d'autore**, sintetico ma completo, con suggerimenti e indicazioni di carattere pratico; la **formula in senso stretto**; una rassegna della **giurisprudenza** più significativa, di legittimità e di merito, articolata nelle medesime voci dell'inquadramento funzionale.

L'**originalità** dell'opera è data, in particolare, dalla presenza di **due "casi guida"**:
– uno relativo alla **totalità delle formule del processo di cognizione**;
– l'altro, specifico, relativo agli **articoli del processo del lavoro**.
Ciascun "caso" delinea una situazione di fatto che costituisce il filo conduttore di tutte le formule che caratterizzano il processo di cognizione (atti, comparse, ricorsi, verbali, provvedimenti del giudice ecc.)
L'elaborazione dei due casi guida ha come fine quello di **garantire** ai singoli professionisti, utilizzatori di quest'opera, una **maggiore chiarezza su come si esplica un processo di cognizione** lasciandoli, ovviamente, liberi di adeguare tali formule, per quanto complete e aggiornate, alle peculiarità del singolo caso concreto.

CD-ROM:
Il cd-rom contiene **364 formule**, utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura ed **adattabili** al caso specifico.

Il volume è disponibile in:
versione **carta**, volume + Cd-rom; versione **onCloud**, gratis con l'acquisto della versione carta.

Ipsoa 2012, pagg. 1900, € 150,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

INDICE DEGLI AUTORI

Baldassarre Camilla

Danno non patrimoniale non biologico: immissioni intollerabili e pignoramento illegittimo - Immissioni intollerabili: quando Mozart fa male alla salute **1190**

Batà Antonella

Osservatorio di legittimità **1254**

Carbone Paolo L.

Osservatorio di merito **1261**

Dimattia Marina

"Cocco di mamma" anche se ammazza. Figli minori e responsabilità dei genitori **1219**

Frata Laura

L'art. 140 *bis* Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito **1248**

Gioia Gina

Osservatorio sulla giustizia amministrativa **1257**

Laghezza Paolo

Responsabilità precontrattuale e obbligo d'informazione **1212**

Lazari Antonio

Il giudice complesso e la responsabilità dello Stato . **1228**

Pardolesi Roberto

Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale **1165**

Ponzanelli Giulio

Danno non patrimoniale non biologico: immissioni intollerabili e pignoramento illegittimo - Danno non patrimoniale da pianoforte troppo rumoroso e da pignoramento illegittimo **1188**

Spirito Angelo

Osservatorio di legittimità **1254**

Zorzit Daniela

La Cassazione "dimentica" il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio? **1202**

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte di cassazione

Civile

17 maggio 2011, n. 10813, sez. III **1225**
20 marzo 2012, n. 4395, sez. III **1218**
26 aprile 2012, n. 6526, sez. II **1210**
8 maggio 2012, n. 6914, sez. III **1201**
9 maggio 2012, n. 7048, sez. III **1179**
11 giugno 2012, n. 9434, sez. III **1180**
11 giugno 2012, n. 9445, sez. III **1182**
8 ottobre 2012, n. 17092, sez. lav. **1254**
9 ottobre 2012, n. 17167, sez. III **1254**
12 ottobre 2012, n. 17408, sez. III **1255**

Corte d'appello

23 settembre 2011, Torino, sez. I, ord. **1236**

Tribunale

19 dicembre 2011, Brindisi, sez. Ostuni **1184**
27 aprile 2012, Roma, sez. XIII, ord. **1239**
27 aprile 2012, Roma, ord. **1243**
3 settembre 2012, Milano, sez. X **1263**
11 settembre 2012, Lecce, sez. un. civ. **1262**
2 ottobre 2012, Varese **1262**
8 ottobre 2012, Messina, sez. I, decr. **1261**

Consiglio di Stato

15 ottobre 2012, n. 5279, sez. VI **1258**

Tribunale amministrativo regionale

25 settembre 2012, n. 3923, Campania-Napoli, sez. VIII **1257**

INDICE ANALITICO

Danni punitivi

Separazione dei coniugi e condotta impeditiva della conservazione del rapporto padre e figlio (*Tribunale di Messina, sez. I, 8 ottobre 2012, decr.*), in *Osservatorio di merito* **1261**

Danno non patrimoniale

Danno non patrimoniale non biologico: immissioni intollerabili e pignoramento illegittimo - Danno non patrimoniale da pianoforte troppo rumoroso e da pignoramento illegittimo (*Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7048; Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9434; Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9445; Tribunale di Brindisi, sez. Ostuni, 19 dicembre 2011*), con commento di *Giulio Ponzanelli* **1188**

Danno non patrimoniale non biologico: immissioni intollerabili e pignoramento illegittimo - Immissioni intollerabili: quando Mozart fa male alla salute (*Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7048; Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9434; Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9445; Tribunale di Brindisi, sez. Ostuni, 19 dicembre 2011*), con commento di *Camilla Baldassarre* **1190**

Obbligazioni e contratti

Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale, di *Roberto Pardolesi* **1165**

La Cassazione "dimentica" il contratto con effetti protettivi a favore del terzo: vero oblio o consapevole ripudio? (*Cassazione civile, sez. III, 8 maggio 2012, n. 6914*), con commento di *Daniela Zorzit* **1201**

Responsabilità contrattuale

Dell'istituto scolastico (*Tribunale di Lecce, sez. un. civ., 11 settembre 2012*), in *Osservatorio di merito* . **1262**

Responsabilità dei genitori

"Cocco di mamma" anche se ammazza. Figli minori e responsabilità dei genitori (*Cassazione civile, sez. III, 20 marzo 2012, n. 4395*), con commento di *Marina Dimattia* **1218**

Responsabilità dello Stato

Il giudice complesso e la responsabilità dello Stato (*Cassazione civile, sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813*), con commento di *Antonio Lazari* **1225**

Responsabilità precontrattuale

Responsabilità precontrattuale e obbligo d'informazione (*Cassazione civile, sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526*), con commento di *Paolo Laghezza* **1210**

Responsabilità precontrattuale della P.A.

Illegittimo annullamento di ufficio di una gara di appalto (*T.a.r. Campania-Napoli, sez. VIII, 25 settembre 2012, n. 3923*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* **1257**

Risarcimento del danno

Danno patrimoniale della casalinga (*Cassazione civile, sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17167*), in *Osservatorio di legittimità* **1254**

Danno terminale (*Cassazione civile, sez. lav., 8 ottobre 2012, n. 17092*), in *Osservatorio di legittimità* ... **1254**

Occultamento di società fiduciaria (*Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* **1258**

Sospensione del servizio telefonico (*Tribunale di Varese 2 ottobre 2012*), in *Osservatorio di merito* **1262**

Tutela dei consumatori

L'art. 140 *bis* Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito (*Corte d'Appello di Torino, sez. I, 23 settembre 2011, ord.; Tribunale di Roma, sez. XIII, 27 aprile 2012, ord.; Tribunale di Roma, 27 aprile 2012, ord.*), con commento di *Laura Frata* . **1236**

Tutela della *privacy*

Trattamento dei dati personali (*Cassazione civile, sez. III, 12 ottobre 2012, n. 17408*), in *Osservatorio di legittimità* **1255**

Indebita intrusione nella sfera privata altrui (*Tribunale di Milano, sez. X, 3 settembre 2012*), in *Osservatorio di merito* **1263**

SHOPWKI.it

IL NEGOZIO ON LINE DI WOLTERS KLUWER ITALIA

www.shopwki.it.

solo qui commercialisti, avvocati, notai, consulenti del lavoro, manager, architetti, ingegneri possono **scoprire, provare e acquistare a condizioni sempre vantaggiose** i prodotti dei più autorevoli marchi dell'editoria specializzata.

IPSOA Gruppo Wolters Kluwer
CEDAM
INDICITALIA Gruppo Wolters Kluwer
IPSOA FRANCIS LEFEBVRE
UTET GIURIDICA
il fisco Gruppo Wolters Kluwer
UTET SCIENZE TECNICHE

TI GARANTIAMO:

- CONSEGNA SEMPRE **GRATIS** CON CORRIERE
- **BUONO SCONTO DI 20 €** A TUTTI I NUOVI ISCRITTI
- **SCONTO FEDELTÀ** PER I CLIENTI PIÙ ASSIDUI
- **PROVA GRATUITA** DEI PRODOTTI ON LINE
- PAGAMENTI CON CARTA DI CREDITO, **BONIFICO** O IN **CONTRASSEGNO**

FI ZD0EY

CAMPAGNA RINNOVO RIVISTE 2013

Tutti i privilegi di essere primi a rinnovare l'abbonamento.

DICEMBRE 21 2012

Prezzo bloccato 2012
il costo dell'abbonamento non subisce aumenti

Versione tablet
GRATIS
per iPad e tablet Samsung e Android, compresa nel prezzo dell'abbonamento

Crediti formativi
GRATIS
sui moduli della Formazione Online IPSOA

OMAGGI dedicati
A SCELTA
per la sua attività professionale e per il suo tempo libero

SCONTO su libri
fino al 25%
delle collane Itinera e Guide e Soluzioni

Promozione speciale
a soli € 80
su tutte le versioni tablet delle riviste del Catalogo IPSOA

VERSIONI TABLET

Y07DZ - LE

Approfitti subito di queste opportunità
e rinnovi oggi stesso all'indirizzo:

www.ipsoa.it/rinnoviriviste

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer