

Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

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

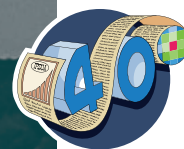
8-9 2012

www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita

**Private enforcement
della disciplina antitrust
in Italia**

**Ambo della Cassazione
in materia di danno intrafamiliare**

Il danno da bocciatura



Ipsoa,
una tradizione
di innovazione.
Da 40 anni.

DIREZIONE SCIENTIFICA

Vincenzo Carbone
Pier Giuseppe Monateri
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli



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 riconconsultabile **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



OPINIONI

Danno non patrimoniale	DELLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO NON PATRIMONIALE E DEI SUOI LIMITI di <i>Mario Barcellona</i>	817
Tutela della concorrenza	PRIVATE ENFORCEMENT DELLA DISCIPLINA ANTITRUST IN ITALIA: SI PUÒ FARE? di <i>Luciano Vasques</i>	824

GIURISPRUDENZA

Comunitaria

Tutela del consumatore	INADEMPIMENTO DELL'ORGANIZZATORE DI VIAGGI, ATTUAZIONE DELLA FINALITÀ TURISTICA E TUTELA DEL CONSUMATORE <i>Corte di Giustizia, sez. IV, 16 febbraio 2012, C-134/11</i> <i>Cassazione civile, sez. III, 20 marzo 2012, n. 4372</i> <i>Cassazione civile, sez. III, 2 marzo 2012, n. 3256</i> commento di <i>Luca Caputi</i>	845 846 848 850
-------------------------------	---	--

Amministrativa

Responsabilità della P.A.	IL DANNO DA BOCCIATURA <i>T.a.r. Toscana, sez. I, 24 novembre 2011, n. 1807</i> <i>Consiglio di Stato, sez. VI, 16 aprile 2012, n. 2138</i> commento di <i>Roberto Foffa</i>	857 858 861
----------------------------------	---	--

Legittimità

Danno non patrimoniale	AMBO DELLA CASSAZIONE IN MATERIA DI DANNO INTRAFAMILIARE <i>Cassazione civile, sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 610</i> <i>Cassazione civile, sez. I, 10 aprile 2012, n. 5652</i> commento di <i>Denise Amram</i> commento di <i>Sara Oliari</i>	867 868 870 873
-------------------------------	--	--

Assicurazioni	FONDO DI GARANZIA PER LE VITTIME DELLA STRADA: L'IMPRESA È "DESIGNATA" ANCHE PER L'ESECUZIONE FORZATA <i>Cassazione civile, sez. III, 30 novembre 2011, n. 25587</i> commento di <i>Giovanni Grasselli</i>	877 878
----------------------	--	--------------------------

Responsabilità medica	ONERE DI ALLEGAZIONE E PROVA LIBERATORIA NELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA <i>Cassazione civile, sez. III, 11 novembre 2011, n. 23564</i> commento di <i>Arianna Barbarisi</i>	882 883
------------------------------	---	--------------------------

Merito

Prova	DANNO CAGIONATO DALL'ALUNNO A SE STESSO: IL PROBLEMA DEL REGIME DELLA PROVA <i>Tribunale di Treviso, sez. Castelfranco Veneto, 18 gennaio 2012</i> commento di <i>Massimo Foglia</i>	889 892
--------------	--	--------------------------

Osservatorio di legittimità

a cura di <i>Antonella Batà</i> e <i>Angelo Spirito</i>	898
---	------------

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di <i>Gina Gioia</i>	901
-----------------------------	------------

Osservatorio di merito

a cura di <i>Paolo L. Carbone</i>	904
-----------------------------------	------------

Osservatorio di giustizia penale

a cura di *Carlo Piergallini*

908

INTERVENTI

**Danno
da mobbing**

IL DANNO BIOLOGICO DA MOBBING
di *Elisabetta Ceppi Ratti e Francesco De Ambrogi*

913

INDICE

INDICE DEGLI AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO

925

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/dannoeresponsabilita>

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.

PUBBLICITÀ:

db Consulting srl
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

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) 82476.1 - telefax (02) 82476.799

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

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 2012: € 199,00
Abbonamento annuale + monografia € 235,00

ESTERO

Abbonamento annuale 2012: € 398,00

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.

MODALITÀ 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
Annate arretrate rilegate: € 199,00

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.

Risarcibilità e limiti

Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti

di **Mario Barcellona** (*)

Un esame disincantato dell'argomento, con cui la giurisprudenza ha superato il disposto normativo a proposito del danno non patrimoniale, mostra l'incontenibilità costituzionale del suo risarcimento e la necessità di prender atto dell'esaurimento della funzione selettiva dell'art. 2059. E tuttavia questo non implica che sia venuto meno ogni limite alla generale risarcibilità del danno alla persona: limiti permangono ma discendono dall'incrocio di tale generale risarcibilità con altri principi sistemici dell'ordinamento, che occorre, perciò, mettere a fuoco ed implementare in modo adeguato chiarendo ove non ne ricorrano le *rationes*.

1. Un'importante operazione della giurisprudenza di legittimità: il ritorno del danno non patrimoniale sotto la regola dell'art. 2059 e il limite dei diritti costituzionalmente protetti

L'operazione avviata dalle c.d. sentenze gemelle del 2003 e precisata dalle Sezioni unite nel 2008 ha il grande merito di avere posto la questione del risarcimento del danno non patrimoniale nei suoi giusti termini: il risarcimento di questo danno non passa affatto attraverso manipolazioni del contenuto normativo dell'art. 2043, ma dipende esclusivamente dall'interpretazione, che si opera, dell'art. 2059.

Con questa corretta impostazione, la via per superare l'ostacolo frapposto dal dettato di questa norma è stata indicata dalla Corte Suprema nella sua interpretazione costituzionalmente orientata: il dispositivo della tutela minima dei diritti costituzionali fondamentali integra il requisito della espressa previsione normativa richiesto dall'art. 2059 e conserva al danno non patrimoniale il carattere tipico che questa norma gli aveva conferito.

Bisogna riconoscere che quest'argomento costituzionale presenta un tasso di persuasività molto elevato. E tuttavia a me sembra possa suscitare perplessità, che investono il dispositivo dogmatico su cui si fonda, il modo nel quale dovrebbe funzionare e il regime di tipicità cui dovrebbe metter capo.

2. L'incontenibilità costituzionale del danno non patrimoniale: di alcune riserve sul dispositivo limitativo immaginato dalla giurisprudenza

Proverò ad esporre brevemente queste perplessità, che si possono sistemare attorno a tre questioni fondamentali.

In primo luogo, non mi sembra che il dispositivo della tutela minima, costruito attraverso la combinazione del "contenuto minimo" dei diritti costituzionali e della loro "efficacia orizzontale", sia in grado di reggere la "disattivazione" selettiva del limite dell'art. 2059 che si propone.

E ciò per due ragioni alquanto diverse tra loro.

La prima ragione si può riassumere nei termini che seguono.

Questo dispositivo si regge sul presupposto dell'assenza di ogni altra tutela: esso, infatti, fa scattare la tutela minima risarcitoria solo quando il diritto leso non trovi nell'ordinamento altra protezione.

Ma Cass. civ. n. 7632 del 2003 aveva già ricordato che - cito - «il sistema risarcitorio non è l'unico mezzo di tutela e che nel nostro ordinamento il diritto alla vita è ampiamente tutelato in sede penale e la

Nota:

(*) Relazione al convegno su *Funzione "normativa" della giurisprudenza di legittimità e commisurazione del danno non patrimoniale*, svoltosi a Roma il 23 maggio 2012 presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione. Per indicazioni bibliografiche e approfondimenti si rinvia a M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.

sanzione penale è la massima forma di reazione dell'ordinamento ad un illecito».

Poiché è tutt'altro che facile trovare un diritto costituzionale fondamentale che non abbia già nell'ordinamento una qualche altra forma di tutela, l'attivazione del dispositivo del risarcimento come sua tutela minima appare, in pratica, tutt'altro che agevole da implementare.

La seconda ragione si può riepilogare nei seguenti passaggi.

Il principio di irrisarcibilità del danno non patrimoniale si fondava su una vecchia e nobile ragione, quella che il valori personali e spirituali non tollerano di essere ponderati e tramutati in denaro: di questo principio era, appunto, attuazione l'art. 2059.

L'argomento costituzionale che varrebbe a disattivare tale principio, perciò, potrebbe essere costituito solo da un principio costituzionale di segno opposto, il quale, cioè, disponesse che la conversione in denaro dei valori personali e spirituali non subisce di queste remore etiche.

Ma di una norma costituzionale, espressa o implicita, la quale sancisca l'incostituzionalità del principio di intramutabilità in denaro dei valori personali e spirituali non sembra facile trovare traccia nella Carta del '48.

In secondo luogo, non sembra sicuro che questo dispositivo sia sempre fatto funzionare e possa sempre funzionare nei termini in cui si vorrebbe che funzionasse.

Si legge che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 istituisce una "ingiustizia costituzionalmente qualificata".

L'ingiustizia, però, è un requisito deputato a discernere gli interessi, il rischio della cui lesione avrebbe dovuto indurre l'agente ad astenersi dal comportamento dannoso, ossia è un criterio che esaurisce il compito suo proprio nell'operare come filtro dell'accesso di un bene/interesse alla tutela aquiliana e che non investe, invece, la diversa questione della trasposizione della sua lesione nel relativo equivalente pecuniario.

Così intesa, allora, l'"ingiustizia costituzionalmente qualificata" dovrebbe operare limitando la risarcibilità del danno non patrimoniale a quelle fattispecie in cui un tal danno proviene da un "fatto dannoso" che si qualifica ingiusto perché incorpora la lesione di un diritto costituzionalmente protetto: il limite, che l'art. 2059 pone alla trasposizione del pregiudizio personale in un equivalente pecuniario, non opera solo quando la fattispecie aquiliana si dà a partire dalla lesione di un diritto costituzionalmente protetto.

E d'altronde, questo è il modo in cui funziona l'ipotesi dell'art. 185 c.p. e, soprattutto, questo è il senso di quell'orientamento che intendeva il danno esistenziale come "proiezione dinamica" del danno biologico e che ha contribuito all'adozione di quella formulazione restrittiva delle Sezioni Unite che assume la tipicità del danno non patrimoniale.

Solo che non è questo il modo in cui l'art. 2059 costituzionalmente interpretato vien fatto funzionare, ad es., quando viene riferito al danno non patrimoniale da inadempimento: nella responsabilità contrattuale, infatti, si dice sia scontato che il risarcimento del danno non sia subordinato alla sua ingiustizia, sicché non si dà neanche un giudizio di ingiustizia che si possa volere costituzionalmente qualificata.

Ciò significa, allora, che il riferimento costituzionale non opera integrando il giudizio di ingiustizia e conferendole carattere di tipicità, bensì introducendo un regime generale della convertibilità in denaro del pregiudizio personale: il danno non patrimoniale è risarcibile solo quando - quale che sia il "fatto" che ha dato origine alla responsabilità e quale che sia l'interesse la cui lesione consente di predicarne l'ingiustizia - si tratti di convertire in denaro un pregiudizio che attiene ad una dimensione della persona costituzionalmente protetta.

Così intesa, però, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 regge, sì, l'estensione di questa norma al danno da inadempimento, ma rende inspiegabile perché si debba negare il risarcimento del danno non patrimoniale scaturente, ad es., dall'uccisione di un animale d'affezione, visto che l'oggetto del pregiudizio personale che si deduce (e cioè la qualità della vita o le condizioni di esistenza) non è qualitativamente diverso (e talvolta non lo è neanche quantitativamente: si ricordi quel vecchio film di Vittorio De Sica: Umberto D) da quello che fa valere la vittima secondaria dell'uccisione di una persona.

In terzo luogo, e soprattutto, non sembra affatto sicuro che questo dispositivo permetta effettivamente la chiusura del danno alla persona entro un regime di reale tipicità.

Da tempo, infatti, la migliore dottrina costituzionalistica ha avvertito:

– che l'art. 2 Cost. costituisce - cito - una «clausola aperta» e che ad esso va ascritta «natura generativa di nuovi infiniti diritti»;

– e che, se mai qualche dubbio si dovesse in proposito nutrire, questo verrebbe dalla considerazione che «le potenzialità normative [dei diritti fondamentali enumerati] sono talmente ampie ed elastiche da ri-

comprendere qualsiasi ulteriore ipotesi che lo sviluppo della coscienza sociale o della civiltà o, come altri preferisce dire, la costituzione materiale propongano come nuovi diritti».

Ma, evidentemente, un regime di tipicità non può costruirsi su di una “clausola aperta” o su di un tessuto normativo che si alimenta della “coscienza sociale” o dello “sviluppo della civiltà”.

Se queste considerazioni hanno un qualche fondamento, allora, da esse debbono farsi discendere due conseguenze:

– la prima conseguenza è che l’ambito di rilevanza del danno non patrimoniale coincide tendenzialmente con l’intero raggio del pregiudizio alla sfera materiale e spirituale della persona: tutto il danno alla persona, quale che ne sia l’origine, può virtualmente ambire al risarcimento;

– la seconda conseguenza è che il superamento del limite dell’art. 2059 non può farsi discendere dall’esterno, neanche dal dettato costituzionale, ma si origina al suo interno, ossia muove dal carattere intrinsecamente evolutivo del criterio di patrimonialità e dalla costitutiva deperibilità della barriera che esso istituisce.

3. Il carattere socialmente evolutivo del principio di patrimonialità e l’esaurimento dell’efficacia selettiva dell’art. 2059

Questa tesi può essere qui solo accennata in poche e non so fino a che punto comprensibili - battute:

L’art. 2059 sanciva le conclusioni raggiunte da dottrina e giurisprudenza nella vigenza dell’art. 1151 c.c. ab., per le quali la irrisarcibilità del c.d. danno morale (che in quel tempo designava tutto l’odierno danno non patrimoniale) non dipendeva affatto da una sua intrinseca refrattarietà alla tecnica risarcitoria, bensì da una ragione etica: l’inconvertibilità “morale” dei valori personali in denaro.

La non-patrimonialità, con cui l’art. 2059 ha tradotto questo limite artificiale, designa, perciò, il limite “morale” della trasponibilità di un *quid* in denaro, nella matrice monetaria.

Questa non-patrimonialità, pertanto, finisce dove comincia la patrimonialità, ossia giunge fin dove si ammette che un *quid* possa tramutarsi in denaro.

Come da sempre insegna la dottrina, negli artt. 814, 1174 e 1321, dove fondamentalmente viene contemplata, la patrimonialità coincide con la scambiabilità: è patrimoniale tutto ciò che può essere immaginato come scambiabile, ossia che può essere immaginato come ponderabile e virtualmente sottoponibile al mercato.

La scambiabilità, dunque, è un limite non solo artificiale (= creato dal diritto), ma anche socialmente evolutivo, in quanto con esso il diritto rimette alla società di decidere ciò che è ponderabile e che, perciò, può essere proposto al mercato ed assumere la forma di merce.

La ponderabilità, che costituisce, perciò, il senso primario della scambiabilità, dipende, allora, dalla concepibilità sociale che un *quid* sia trasformato in denaro, la quale a sua volta, proprio per essere sociale, muta con il mutare della società.

Ciò comporta che - quello che sociologicamente è definito - il c.d. “imperialismo della matrice economica” può giungere, ed è ora giunto, fino ad universalizzare la ponderabilità: non c’è più *quid* di cui non si ammetta la tramutabilità in denaro, la commisurabilità pecuniaria.

Questa universalizzazione, appunto, abroga “fisiologicamente” il limite, socialmente evolutivo e quindi socialmente deperibile, dell’art. 2059.

L’attuale estensione della risarcibilità a tutto il danno alla persona rappresenta, dunque, l’abrogazione sociale di un limite *positivamente* costruito come deperibile: l’interpretazione ha, perciò, coerentemente abrogato l’art. 2059 nel nome del dispositivo istituito dallo stesso art. 2059 (che, già in origine, si concepiva come un limite mobile, perciò deperibile e, dunque, virtualmente estinguibile, quando l’intrinseca espansività della “matrice economica” avesse travolto ogni remora alla convertibilità in denaro di quel che si iscrive nella sfera spirituale).

Capisco bene che una simile comprensione, forse, non si addice molto all’argomentare di una sentenza e alle forme comunicative che essa esige (ancorché la Cassazione ci abbia ormai abituato a ragionamenti sofisticati).

E tuttavia, la comprensione del processo, in forza del quale si è giunti all’odierna risarcibilità del danno non patrimoniale, serve a governarne adeguatamente l’estensione e a trovare le reali ragioni dei suoi limiti.

La generale risarcibilità del danno alla persona, cui questo processo - bisogna riconoscerlo - ha condotto, non significa, infatti, che il danno non patrimoniale non abbia limiti.

Significa, piuttosto, che questi limiti gli vengono dall’esterno, e cioè da altri principi del sistema giuridico.

Il problema di questi limiti si dà, perciò, come composizione dell’antinomia tra il principio della virtuale rilevanza risarcitoria del pregiudizio personale ed i diversi principi sistemici che in altri campi ne ingiungono l’irrilevanza.

4. I limiti sistemici alla risarcibilità del danno alla persona

Questi principi sono, essenzialmente, tre:

4.1. Il primo di questi principi è il principio di necessaria latenza del valore personale/spirituale delle "cose"

Le fattispecie nelle quali questo problema è venuto in considerazione sono, soprattutto, quelle della risarcibilità del danno esistenziale per la perdita di un "animale di affezione".

Ma evidentemente il problema ha una portata ben più generale.

Nel 2002 una sentenza del Tribunale di Roma ha ritenuto che «l'interruzione della relazione affettiva con l'animale ucciso può avere rilevanza sul piano della tutela aquiliana ove sia in concreto allegato e provato un peggioramento della qualità della vita».

Dopo qualche anno, nel 2005, lo stesso Tribunale di Roma ha sconfessato tale principio sull'argomento che «tra i diritti della persona di rango costituzionale non rientra l'affezione pur intensa che si possa provare per un animale».

Cass. civ. n. 14846, nel 2007, ha confermato tale principio sulla considerazione che «la perdita di un animale di affezione non è qualificabile come danno esistenziale consequenziale alla protezione di un interesse della persona alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente tutelata».

Queste argomentazioni negative non sembrano, però, molto convincenti.

Quel che in simili ipotesi si deduce è, in fondo, il dolore e/o il deterioramento della qualità della vita, e cioè una dimensione del tutto inerente alla persona della quale non può dirsi *in sé* che non abbia dignità costituzionale.

E, se così è, non sembra appropriato far dipendere la tutela di una tale dimensione della persona dalla "causa" che ne abbia procurato la lesione.

Ciò che, invece, giustifica tale conclusione è altro. È il principio sistemico che le "cose" valgono per quel che il mercato dice che valgono.

Questo principio dice che la soggettività del personale valore attribuito dal danneggiato al bene o alla prestazione non può scalzare l'oggettiva universalità della sua misura mercantile: il valore d'uso rilevante delle "cose" è solo quello che si oggettivizza nel loro valore di scambio.

Il dolore e/o il deterioramento della qualità della vita, che la perdita di un bene possono procurare, invece, darebbe rilevanza alla relazione affettiva tra il

bene ed il suo titolare, e cioè al valore soggettivo che questi gli attribuiva.

La risarcibilità del valore di affezione e del danno c.d. esistenziale, che - si badi - di questo valore è semplicemente il rovescio manifestato dalla sua perdita, perciò, renderebbe visibile quel valore spirituale che il mercato vuole, invece, rimanga latente.

Ma questa *ratio* mostra anche i suoi limiti, e dunque le condizioni alle quali essa non ricorre e, perciò, un tal danno può riacquisire rilevanza.

Queste condizioni, grosso modo, si danno nei tre casi che seguono.

Il primo è il caso in cui il valore d'uso sociale del bene includa la dimensione personale dell'esistere: così si spiega, ad es., una decisione del Tribunale di Milano, che, nel 2003, ha ritenuto risarcibile «il danno alla vita di relazione subito dai proprietari di un appartamento afflitto da gravi infiltrazioni d'umido sotto il profilo del disagio di abitare».

Il secondo è il caso in cui il pregiudizio del valore d'uso personale trabocca in una reale patologia, e cioè in cui il mero "malvivere" giunge ad assumere il carattere, ad es., di una vera sindrome depressiva e si configura, perciò, come un "danno ulteriore" che non sottostà alla logica economica prima illustrata: al quale caso può ritenersi si riferisca, ad es., l'implicita riserva di Cass. civ. n. 14846 del 2007, quando, per giustificare l'irrisarcibilità del danno esistenziale dovuto alla perdita di un cavallo, avverte la necessità di aggiungere che «non può essere sufficiente a tale fine la deduzione di un danno *in re ipsa* con il generico riferimento alla perdita della qualità della vita»; la qual motivazione lascia intendere che la conclusione potrebbe essere diversa ove quello dedotto non venisse configurato come "un danno *in re ipsa*" e non si risolvesse in un "generico riferimento" alla qualità della vita.

Il terzo è il caso in cui il pregiudizio alla "cosa" è intenzionalmente strumentale al pregiudizio spirituale del suo titolare (come suggerisce l'ipotesi dell'uccisione dell'animale d'affezione per vendetta o ritorsione): così si spiegano (anche se qui si verte propriamente nel danno da inadempimento di un'obbligazione legale), ad es., Cass. civ. n. 7713 del 2000, che ha ritenuto risarcibile il danno esistenziale subito da un figlio naturale per l'accanito rifiuto del genitore di corrispondergli i dovuti mezzi di sussistenza, e la più recente Cass. civ. n. 25691 del 2011, che ha ritenuto virtualmente risarcibile il danno non patrimoniale determinato dal comportamento ostruzionistico di chi costringa ad un'azione legale. Dunque, tanto il principio che, in linea di massima, fa escludere la risarcibilità del danno non patrimo-

niale da perdita delle “cose”, che le *rationes* che richiedono di superarlo non sembra interpellino i valori costituzionali ma richiedono piuttosto di interrogare, di volta in volta, o il valore d'uso della “cosa” perduta o i termini concreti in cui si è sviluppato il fatto dannoso (dal punto di vista della natura delle conseguenze subite dalla vittima e dal punto di vista della qualità del comportamento di chi vi ha dato causa).

4.2. Il secondo di questi principi è il principio di patrimonialità/calcolabilità delle relazioni negoziali

Le fattispecie nelle quali questo problema è venuto in considerazione sono, soprattutto, quelle della risarcibilità del danno personale/esistenziale dipendente dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale.

Quello che, non sempre rendendosene conto, ha spinto dottrina e giurisprudenza ad escludere la risarcibilità di un tal danno, prim'ancora che la previsione dell'art. 2059 (ossia anche quando - come nel codice del 1865 - questa norma non c'era), è stato il combinato disposto di due principi cruciali del sistema dell'autonomia privata.

Da un lato, il principio che deve rimanere estraneo alle relazioni negoziali l'imponderabile, ossia tutto ciò che costituisce un rischio non calcolabile e, perciò, non previamente monetizzabile (= principio della necessaria patrimonialità della prestazione dell'art. 1174 e principio della circoscrizione del potere di autonomia ai rapporti patrimoniali dell'art. 1321).

Dall'altro, e soprattutto, il principio che, in ogni caso, le ragioni di scambio fissate nel contratto segnano anche i limiti del rischio posto a carico dei contraenti (= principio della risarcibilità del solo danno prevedibile dell'art. 1225).

La somma di questi due principi, infatti, comporta che l'ambito di rilevanza delle aspettative contrattuali sia strettamente limitato al valore d'uso dedotto nello scambio e che, perciò, il “soffrire” della loro delusione o l'averne stravolte le “abitudini di vita” fuoriesca dal rischio contrattualizzato, ossia da ciò di cui soltanto l'inadempimento ed il suo risarcimento si possono occupare.

In questa logica, che è quella logica del contratto per cui non si ha da mettere di mezzo il *pathos* nelle questioni di denaro, la “sofferenza” per l'inadempimento appartiene all'imponderabile soggettività del contraente che la subisce, semmai denota l'inadeguatezza di chi entra nel mercato senza averne la tempra e, proprio per questo, si situa nell'area del

rischio incalcolabile e non monetizzato nello scambio.

Ma anche in tal caso questa *ratio* mostra i suoi stessi limiti, e dunque le condizioni ove essa non ricorre.

Anche qui queste condizioni, grosso modo, si danno in due casi che, però, sono sintomatici di due generali *rationes* alternative.

Il primo caso è quello in cui il cattivo esercizio un potere contrattuale costituisce solo l'occasione, il mero veicolo di un pregiudizio che in realtà concerne beni rimasti esterni al contratto, estranei al suo contenuto ed ai poteri che esso istituisce: questo, ad es., è il senso di quella risalente giurisprudenza della Sezione Lavoro che ha argomentato il risarcimento del danno non patrimoniale nelle fattispecie di *mobbing*, demansionamento, ecc., sulla considerazione del disposto dell'art. 2087; il quale argomento, perciò, non concerne tanto uno specifico “contenuto protettivo” del contratto di lavoro, ma consiste propriamente in ciò, che integrità fisica e personalità morale del lavoratore rimangono fuori dallo scambio contrattuale e che, perciò, i poteri del datore di lavoro, che il contratto istituisce, non possono essere esercitati in modo da ledere ciò che non ne costituisce oggetto.

Il secondo caso è quello in cui, al contrario, l'oggetto del contratto investe proprio la stessa integrità psico-fisica del contraente: questo, ad es., è il senso della scontata responsabilità del medico per il danno non patrimoniale subito dal cliente a causa della sua negligente prestazione professionale.

Ma in questo secondo caso rientrano anche i contratti in cui lo scambio concerne le condizioni di un valore d'uso che interessa, per l'appunto, la sfera esistenziale: come nelle fattispecie di responsabilità per c.d. vacanza rovinata, dove ciò che si risarcisce è proprio ciò che con il contratto tipicamente si acquista e che il suo inadempimento fa mancare, e cioè le condizioni di una temporanea dimensione ludica dell'esistenza.

Ma la logica che presiede alla comprensione di questi casi può ricorrere anche al di fuori di essi.

Vi ricorre quando la negligente esecuzione delle obbligazioni contrattuali eccede il mero rischio della mancanza della prestazione principale e coinvolge le “esterne” condizioni esistenziali dei contraenti: come, ad es., può avvenire nel caso in cui i passeggeri di una compagnia aerea siano lasciati per ore e ore senza informazioni puntuali ed assistenza; dove, allora, il *discrimen* si dà tra “rischio contrattuale” del ritardo del volo e modalità di gestione della “condizione esistenziale” del cliente quando l'attesa ecceda tale “rischio contrattuale”.

E vi ricorre anche quando l'oggetto stesso della prestazione intrinsecamente investe la dimensione esistenziale di un contraente: non ha senso giuridico, infatti, ammettere il risarcimento per l'inadempimento che abbia rovinato una vacanza e negarlo per l'inadempimento che, consistendo ad es. nella mancata consegna dell'abito di nozze, abbia rovinato una cerimonia nuziale.

Dunque, tanto il principio che, in linea di massima, fa escludere la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, che le *rationes* che richiedono di superarlo non sembra interpellino i valori costituzionali ma richiedono piuttosto di interrogare il contratto e il suo oggetto.

4.3. Il terzo di questi principi è il principio di indifferenza giuridica delle interazioni personali affettive

Le fattispecie nelle quali questo problema viene in considerazione sono, essenzialmente, quelle della risarcibilità del danno non patrimoniale subito dalle c.d. vittime secondarie.

Le questioni che tali fattispecie sollevano sono di due ordini.

La prima questione è quella di una "cerchia" delle vittime secondarie che non sembra si possa determinare soltanto sulla base del rapporto coniugale e di quello parentale: e perché non si sa fino a che punto si spinga la rilevanza di quest'ultimo, e perché il primo appare oltrepassato dalle c.d. unioni di fatto.

Esemplificativa di queste difficoltà è, da un lato, Cass. civ. n. 14019 del 2005, che non si sente di limitare la tutela ai "parenti conviventi" e che si affida al criterio della - cito - «sussistenza di un legame basato sulla frequentazione in atto»: non avvertendo, però, che il dar così rilievo al "fatto" soffre, poi, come arbitrario il limite del rapporto parentale, a misura che un legame siffatto può darsi, con la stessa e a volte maggiore intensità, anche in dipendenza di un rapporto amicale.

E, dall'altro, Cass. civ. n. 12278 del 2011, che ammette la tutela del/la convivente *more uxorio* quando la relazione di convivenza abbia le stesse caratteristiche del vincolo coniugale: non avvertendo, però, che così si pone un limite che è comprensibile, ma che non si può certo mutuare dalla Costituzione (alla quale la considerazione delle unioni di fatto si potrebbe imputare non dal punto di vista della tutela della famiglia, ma da quello della tutela delle libertà) e che, proprio per questo, presenta carattere discriminatorio ove, ad es., non ricomprenda anche le unioni omosessuali.

Queste difficoltà, dunque, non si sciolgono aggrappandosi al parametro costituzionale e si tematizzano, piuttosto, nella seguente questione:

come può darsi che la stessa cosa sia per taluno (ad es., congiunti prossimi e conviventi) danno risarcibile e per altri (ad es., congiunti non conviventi e amici anche fraterni) sia, invece, fato/disgrazia, ossia qual è la logica che consente di discernere quel che, a prima vista, sembra eguale.

La seconda questione è quella della soglia che una modificazione peggiorativa delle condizioni di esistenza deve attingere per conseguire la consistenza di un danno risarcibile.

In proposito, infatti, la giurisprudenza sembra oscillare tra un'idea del danno c.d. esistenziale che è fatto consistere - cito - nel «deterioramento del *modus vivendi* essenziale per l'espressione e lo sviluppo della persona» e l'idea che esso consista piuttosto - cito - nello «stravolgimento di scelte di vita consolidate», che è, evidentemente, una cosa affatto diversa e ben più pesante.

Un esame delle fattispecie concrete mostra che, in linea di massima, il parametro più permissivo è adottato quando un tal danno è dedotto dalla c.d. vittima primaria e che, invece, il parametro più restrittivo è utilizzato quando si tratta di apprezzare le domande delle c.d. vittime secondarie.

Ma questo mostra che il riferimento al parametro costituzionale non è risolutivo, visto che un valore costituzionale è tale ed è sempre lo stesso in capo a chiunque sia leso. E mostra che, invece, queste difficoltà si tematizzano nella seguente questione:

come si può dare che quel che è danno per taluno (= vittima primaria) non lo è per altri (= vittime secondarie), ossia quale sia la logica che consente di adottare due pesi e due misure.

Le due questioni, che si sono così tematizzate, cominciano a lasciarsi comprendere se si muove da due principi del sistema giuridico.

Il primo principio consiste in ciò, che il risarcimento del danno attua uno spostamento di ricchezza, che il sistema giuridico non consente trasferimenti di ricchezza che non siano giustificati e che il danno, di per sé, non è una giustificazione sufficiente, finché non si dimostri una qualche "spettanza" di quel che si è perduto.

Il secondo principio consiste in ciò che le interazioni personali affettive, in linea di massima, sono estranee al sistema giuridico e rimangono assegnate ad altri sistemi parziali della società che governano l'affettività, quali, ad es., i sistemi delle relazioni domestiche, delle relazioni amorose, delle relazioni amicali, ecc.

In tali altri sistemi non solo l'organizzazione ma anche la nascita e la fine di una relazione affettiva rimangono, di norma, confinate nella dimensione dell'imponderabile, del destino/fatalità.

L'indifferenza giuridica di queste interazioni e la dimensione "fatalistica" in cui sono socialmente comprese le loro vicende determinano l'irrilevanza del pregiudizio dipendente dalla fine, anche traumatica, di una relazione personale, e perciò il suo darsi come causa insufficiente di uno spostamento di ricchezza. Ciò, in qualche modo, fa capire perché sia diverso, e più indulgente, il parametro di pregiudizio che si adotta verso le c.d. vittime primarie rispetto a quello, più restrittivo, utilizzato per le c.d. vittime secondarie: nel primo caso, infatti, non si dà quel problema di conferire rilevanza ad una relazione interpersonale che, invece, si dà nel secondo caso, e dunque il risarcimento non soffre il limite generale della irrilevanza delle interazioni personali.

Ma questo può spiegare anche come si può discernere tra danno e fatalità.

Dal principio di generale irrilevanza dei legami affettivi fuoriescono quelle interazioni personali che superano la soglia dell'indifferenza giuridica.

Superano questa soglia le "interazioni obbligate".

Si possono definire interazioni obbligate quelle che il diritto considera "giusta causa" di spostamenti di ricchezza indipendentemente dalla presenza di un'obbligazione coercibile.

Il paradigma di queste interazioni obbligate è offerto, per l'appunto, dall'art. 2034.

Per tale norma il "dovere morale o sociale" è il criterio di accesso ad una rilevanza giuridica non solo extra-negoziale, ma anche extra-legale, nel duplice senso che opera *ex post* giacché non è preceduta dalla coercibilità e che dipende da una fonte, da una misura che si dà fuori dal diritto, nella socialità, e che, perciò, è anche intrinsecamente mutevole.

Fanno, perciò, eccezione al principio di indifferenza delle interazioni sociali i rapporti produttivi di una "doverosità non coercibile", che si colloca all'esterno del diritto e si conforma al mutamento sociale.

La rilevanza attributiva di questa "doverosità incoercibile" rileva, per l'appunto, sul piano risarcitorio, rendendo "giustificato" il trasferimento di ricchezza che l'obbligo risarcitorio determina: in sua presenza il risarcimento può operare in rapporto ad una dimensione che legittima spostamenti di ricchezza.

Segnatamente, questa rilevanza risarcitoria di una tal "doverosità incoercibile" si dà in due direzioni:

La prima direzione è quella della perdita di un fare moralmente o socialmente dovuto dalla vittima primaria: la vittima secondaria, qui, deduce il venir

meno di un modo di esistere che dipendeva dalla vittima primaria e corrispondeva ad un'aspettativa (verso di essa) moralmente o socialmente fondata; ed a questa condizione, per l'appunto, soddisfa il requisito giurisprudenziale della "*delusione di una scelta di vita consolidata*".

La seconda direzione è quella della perdita di un fare gratificante impedito dall'adempimento di un dovere morale o sociale (verso la vittima primaria): la vittima secondaria deduce, qui, il radicale deterioramento del suo modo di esistere che dipende dalla cura della vittima primaria a cui la costringe un debito moralmente o socialmente riconosciuto; ed a questa condizione, per l'appunto, soddisfa il requisito giurisprudenziale del "*radicale cambiamento dello stile di vita*".

Il parametro che decide queste questioni non è, dunque, costituzionale, e neanche giuridico: è intrinsecamente sociale, dipende da come gli uomini si concepiscono e concepiscono i loro rapporti con gli altri e, così, l'ambito e la misura dei vincoli reciproci che ne scaturiscono; e proprio per questo può mutare nel tempo dando rilevanza a quel che prima sembrava inconcepibile.

Intese restrittive, azione civile antitrust

Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?

di Luciano Vasques (*)

Il presente articolo si propone l'obiettivo di svolgere una rassegna non sistematica delle principali problematiche giuridiche che sorgono allorché si intenda agire in sede civile per il risarcimento di un danno collegato alla violazione della normativa posta a tutela della concorrenza. Si perviene alla conclusione della concreta utilizzabilità del rimedio, specie in presenza di una intesa accertata da una autorità antitrust, fattore che agevola gli oneri probatori dell'attore; l'unico punto ancora critico è rappresentato dalla prova dello specifico danno subito dall'attore e collegabile all'illecito anticompetitivo, anche se la Cassazione sembra indicare la strada per facilitare tale onere probatorio.

Premessa

In ambito europeo e nazionale ormai da diversi anni si discute in modo serrato sulla necessità di affiancare il c.d. *private enforcement* alle tradizionali forme di tutela della concorrenza (1).

L'antitrust presso i tribunali civili, per opinione oggi largamente condivisa (2), rappresenterebbe, infatti, un ulteriore deterrente da affiancare ai poteri di accertamento e sanzione degli organi direttamente posti a presidio della concorrenza (3). Il dibattito nazionale è stato originato anche dalle recenti iniziative della Commissione Europea, tra queste la redazione del c.d. Libro Bianco, documento che passa in rassegna le principali problematiche che a oggi non consentono un più ampio ricorso al *private enforcement*; strumento, si rileva, impiegato in un numero ancora troppo esiguo di casi (4).

Lo scopo del presente lavoro consiste nello svolgere una prima panoramica dei problemi di natura operativa volta a verificare la concreta fattibilità di un'azione civile finalizzata a richiedere il risarcimento di un danno collegato a un illecito di natura competitiva. Per ragioni di semplicità, restringeremo il campo di analisi alla violazione più classica del diritto della concorrenza, ovverossia la realizzazione di un'intesa restrittiva della concorrenza già accertata ed eventualmente sanzionata da un'autorità antitrust.

In sintesi, si passeranno in rassegna le possibili soluzioni pratiche da proporre a un soggetto che, nel-

l'ordinamento nazionale, intenda oggi avviare un'azione civile avverso chi sia stato condannato per aver realizzato una intesa da una autorità posta a tutela della concorrenza; ciò al fine di ottenere il

Note:

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

(1) Le sentenze *Courage* Corte di Giustizia, C-453/1999, *Courage e Crehan*, in *Racc.* 2001, pag. I, e *Manfredi* Corte di Giustizia, Cause riunite C-295, 298/04, *Manfredi*, in *Racc.* 2006, pag. I-6619, hanno confermato l'applicabilità dell'art. 101 (allora art. 81 CE) del TFUE ai fini dell'ottenimento di un risarcimento collegato alla violazione delle norme di cui al citato articolo, in particolare la Corte ha affermato che: "... deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica concordata vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno, di chiedere il risarcimento di tale danno».

(2) Si rinvia a Sabbatini, *Interesse privato e interesse pubblico al risarcimento del danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010.

(3) La Commissione nel libro verde ha salutato con favore l'efficacia deterrente di possibili azioni private che, affiancandosi all'attività di *public enforcement*, renda nei fatti ancora meno conveniente la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza (*Libro Verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM 2005 672, 19 dicembre 2005). Si rinvia a Bastianon, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006.

(4) Il *private enforcement* italiano nell'ultimo quinquennio è consistito in 18 azioni intentate dinanzi al Tribunale o alla Corte d'Appello. Il fenomeno ha riguardato prevalentemente il mercato delle telecomunicazioni.

risarcimento dei danni provocati da tale illecito. Si analizzeranno l'attuale disciplina normativa applicabile e gli interessanti orientamenti che emergono da una giurisprudenza, specie della Cassazione, sempre più orientata a favorire le azioni civili proposte per risarcire danni prodotti da comportamenti anti-competitivi.

Nel presente lavoro non affronteremo le tematiche relative all'applicazione della *class action* dei consumatori in ambito antitrust (5), ma approfondiremo l'ipotesi nella quale siano delle imprese che agiscono per il risarcimento dei danni prodotti da una intesa nell'ambito delle relazioni verticali; dunque, un produttore che, ad esempio, subisca un cartello relativo a forniture di beni e/o servizi che utilizza nel proprio processo produttivo (6).

Si affronteranno in prima battuta le tematiche relative alla competenza, verificando l'operatività di meccanismi di riunione di varie azioni riferibili al medesimo illecito anticompetitivo. Si tratteranno dunque i problemi riferibili alla prova dell'illecito e del danno e le connesse questioni dell'acquisizione delle prove (tema afferente all'accesso al fascicolo dei procedimenti antitrust correlati all'azione intentata presso il giudice civile) e all'esercizio dei poteri istruttori di un giudice chiamato a valutare un'azione riferibile a un illecito anticompetitivo.

Si perviene alla conclusione che, in caso di cartelli acclarati dalla Commissione e dall'Autorità, l'ordinamento mette a disposizione una serie di strumenti processuali che rendono concretamente possibili azioni di *private enforcement* dell'antitrust da parte delle imprese.

Utilizzandosi i meccanismi della solidarietà, del litisconsorzio, della connessione e soprattutto del successivo intervento, più imprese possono riunire le proprie forze per avviare un procedimento giudiziario che possa raccogliere le richieste risarcitorie di più danneggiati.

Con riferimento alla prova, pur sussistendo molte incertezze, la stessa Cassazione ha comunque indicato la strada per agevolare gli oneri probatori in tema soprattutto di quantificazione dei danni; si sta, inoltre, finalmente prendendo coscienza dell'importanza dell'accesso dei terzi ai fascicoli di Autorità e Commissione, grazie anche agli interventi censori del Tribunale Generale UE, della Corte di Giustizia, del TAR e del Consiglio di Stato.

Anche in tema di accesso a documenti relativi a procedimenti avviati a seguito di programmi di clemenza si è trovato un punto di equilibrio; ciò grazie all'importante sentenza *Pfleiderer* tramite la quale la Corte di Giustizia, seppure in modo non chiarissi-

mo, ha comunque affermato che la Commissione non deve tutelare il *leniency applicant* da eventuali azioni civili, rendendo nei fatti più difficile ai terzi danneggiati l'accesso al fascicolo del procedimento originato dal 'pentimento' di quest'ultimo.

Meritano altresì menzione i meccanismi processuali della ripartizione dell'onere della prova e gli autonomi poteri di accertamento del giudice che possono agevolare le parti nella prova dell'illecito e del danno.

Le autorità poste a presidio della concorrenza hanno e avranno un ruolo fondamentale nel rendere effettivo il *private enforcement*. In particolare, diviene essenziale che le decisioni dell'Autorità o della Commissione:

- a) ricostruiscano in modo più preciso possibile il luogo di perpetrazione dell'illecito (per la definizione della competenza territoriale);
- b) effettuino sempre un *market test* e una stima dei danni quanto più accurata possibile;
- c) forniscano dati specifici sul ruolo di tutti gli aderenti all'intesa, definendo il loro specifico coinvolgimento al cartello. Tale dettagliata descrizione deve riguardare anche chi ha beneficiato dei programmi di clemenza;
- d) consentano l'accesso in modo mirato a chi agisca per i danni dell'intesa restrittiva; a livello operativo

Note:

(5) Afferni, *Azione di classe e danno antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010. Lo strumento dell'azione di classe in ambito antitrust appare oggi non adeguato dato che non consente l'operatività di meccanismi di *opt out*. Per intuire come nella realtà sui temi della tutela d'interessi collettivi non vi sia un'uniformità di vedute basta forse ripercorrere il complesso iter che ha caratterizzato l'ingresso nel nostro ordinamento della azione di classe, occasione forse mancata, dato che, malgrado le nuove disposizioni di recente introdotte dal decreto Salva Italia, (l. 22 dicembre 2011, n. 214, G.U. 27 dicembre 2011), permane in concreto la difficoltà a incentivare consumatori che abbiano sofferto danni di piccola e media entità ad adire un giudice o a partecipare ad una azione di classe; in breve lo strumento ora esiste, ma nasce già come arma spuntata. La *class action*, infatti, funzionerebbe se fosse consentito il recupero dell'intero danno collettivo e dei meccanismi di ripartizione del risarcimento ottenuto ai consumatori e, in mancanza, magari allo Stato; questo meccanismo non lo si è voluto introdurre nel nostro ordinamento; non si entra nel merito della questione, sta di fatto che il *private enforcement* dell'antitrust per mezzo di azioni dei consumatori rimane un'interessante arena per dibattiti teorici ma non un effettivo ulteriore strumento di dissuasione dalla violazione della normativa posta a tutela della concorrenza, stando almeno ai pochi e sparuti casi giudiziari in materia.

(6) In tali circostanze, le imprese, tenute a oneri contabili più stringenti rispetto alle persone fisiche, possono con maggiore facilità provare quantomeno la relazione contrattuale che ha condotto all'acquisto del bene o del servizio il cui prezzo è stato negativamente alterato dalla pratica anti-competitiva; di regola, peraltro, tali acquisti potrebbero non essere bagattellari e dunque giustificare i costi e gli oneri di un'azione civile.

si potrebbe consigliare che i funzionari preparino specificamente un separato fascicolo del procedimento che contenga i dati accessibili per chi voglia agire per un risarcimento del danno, fascicolo che verrà realizzato soppesando *ex ante* le istanze di riservatezza con il diritto dei terzi ad ottenere un giusto risarcimento per i danni provocati dall'illecito accertato.

Appare, peraltro, opportuno che anche l'autorità giudiziaria consolidi una cultura della concorrenza e soprattutto agisca per favorire forme di riunione processuale in capo a medesime sezioni che si specializzino in materia antitrust, creandosi centri di eccellenza che possano dialogare alla pari con Autorità e Commissione.

Nel presente lavoro emerge come il vero tallone d'Achille del sistema del *private enforcement* dell'antitrust in Italia è rappresentato dalla prova del nesso causale tra l'intesa illecita e lo *specifico* danno subito dal terzo. Se per legge si prevedesse la nullità di tutti i contratti pregiudicati da un'intesa anti-competitiva, il meccanismo della ripetizione dell'indebito (e dell'arricchimento senza causa) sposterebbe sul convenuto l'onere della prova dell'assenza (o minor gravità) del danno; con tale meccanismo, il legislatore consentirebbe di superare la principale criticità dell'*enforcement antitrust* nel nostro ordinamento.

Un medesimo giudice per tutte le richieste di risarcimento relative al medesimo cartello

Uno dei problemi che si possono sollevare qualora si decida di avviare un'azione civile per risarcimento del danno da intesa *antitrust* è l'elevato numero di soggetti coinvolti e l'opportunità, per motivi di economia processuale, di trattare tutte le richieste risarcitorie nell'ambito di un medesimo procedimento.

Per quel che concerne i consumatori, la novella dell'art. 140-*bis* del Codice del Consumo prevede un meccanismo (di natura facoltativa) di adesione dei consumatori danneggiati dalla pratica scorretta (e dunque eventualmente danneggiati da un comportamento anti-competitivo) che segue una fase di ammissibilità della domanda e pubblicizzazione del procedimento che consente a chi interessato di aderire all'azione di classe.

L'azione di classe non è esperibile dalle imprese; fatta tale premessa, va rilevato che potrebbe essere utile cercare di utilizzare anche per le imprese meccanismi di raggruppamento tra vari soggetti danneggiati simili al meccanismo dell'azione di classe. L'organo di raccordo delle richieste risarcitorie potrebbe essere, ad esempio, una o più associazioni d'impres

che ritengano che i propri associati abbiano subito un danno da uno specifico illecito antitrust. Dunque si propone uno scenario ove un soggetto (ad esempio una associazione) decida di raccogliere quante più adesioni possibili per agire contro gli aderenti di un cartello che abbia provocato un incremento dei costi di alcuni dei membri di tale associazione.

Un primo tema da risolvere è l'individuazione sia del tribunale competente, sia degli strumenti processuali che consentano di individuare un unico organo giudicante, in modo da far confluire le varie pretese in un unico giudizio; ciò con evidenti vantaggi in termini di economia processuale e dunque di costi. Tale aspetto è di notevole interesse soprattutto perché alcuni studi legali, magari utilizzando patti di quota lite (oggi ammessi anche nel nostro ordinamento), potrebbero specializzarsi in azioni di *private enforcement*, adottando accorgimenti volti a ottimizzare i costi processuali, magari riunendo diverse richieste risarcitorie per la stessa infrazione alla disciplina antitrust in un medesimo procedimento.

Posto che il problema della differente disciplina prevista per le violazioni della normativa italiana e comunitaria sulla concorrenza è stato di recente risolto dal legislatore, riunendosi in un unico giudice specializzato le competenze per le questioni antitrust, con un procedimento che prevede sempre un doppio grado di giudizio (7), una prima questione da analizzare consiste nella individuazione del tribunale territorialmente competente.

Il giudice territorialmente competente

In tema di intese restrittive della concorrenza, siamo in presenza di un illecito extracontrattuale; si applica, pertanto, per definire la competenza territoriale,

Nota:

(7) Il secondo comma dell'art. 33 l. 287 del 1990, così come modificato dal D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (attuazione dell'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo. (Allegato 4, art. 3) dall'art. 2, comma 2, d.l. n. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), dispone che: «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni». Dunque con questa riforma è stato eliminato il problema sollevato dal precedente testo del citato art. 33 che prevedeva un giudizio in unico grado (con competenza della corte di appello) solo per le violazioni delle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 l. n. 287/1990, mentre per le violazioni delle corrispondenti fattispecie comunitarie si applicava il principio generale del doppio grado.

l'art. 20 c.p.c. che individua la competenza territoriale nel «... luogo ove è sorta ... l'obbligazione». Secondo una giurisprudenza consolidata, la competenza per territorio per controversie concernenti la commissione di atti di concorrenza sleale (fattispecie affine a quella oggetto di trattazione) è riservata al giudice del luogo dove è stato commesso l'illecito; la Cassazione ha precisato che tale luogo, nel caso di concorrenza sleale, non coincide con quello in cui l'attore ha la sua sede, ma deve essere individuato nel luogo in cui si sono materialmente verificati: a) gli atti che si assumono lesivi; b) ovvero i conseguenti effetti sul mercato (8).

Riteniamo che tale criterio possa essere adottato anche per gli illeciti antitrust. Pertanto, nel caso d'intese illecite realizzate tramite riunioni, sarà il luogo ove si sono tenute le riunioni a individuare il luogo di commissione dell'illecito; nel caso di più riunioni in luoghi diversi, ciascun luogo ove si è realizzato anche parzialmente l'illecito rileverà ai fini della determinazione della competenza territoriale.

Più complessa è la questione nel caso d'intese che, per quanto realizzate, non siano state eseguite tramite incontri in luoghi definiti, ma tramite contatti tra concorrenti, scambi d'informazioni ovvero tramite comunicazioni non esattamente localizzabili o comunque non localizzate in sede d'indagine (fattore ipotizzabile tenuto conto delle più moderne forme di comunicazione). In tale ipotesi, soccorre il secondo criterio degli effetti dell'illecito che riteniamo debba tener conto, per quel che concerne le intese, dell'ambito del mercato geografico interessato dall'illecito anticompetitivo. Pertanto, stando al prevalente orientamento espresso dalla Cassazione, in caso d'intese riferibili a mercati che definiscano un'area geografica all'interno del territorio nazionale, sarà competente qualunque sezione specializzata all'interno di tale area. Se il mercato geografico rilevante dell'intesa è di estensione nazionale ovvero riguarda un'area sovranazionale che comprende l'intero territorio nazionale, qualunque sezione specializzata dovrebbe a rigori considerarsi competente, giacché gli effetti del cartello riguardano indifferentemente l'intero territorio italiano (9). Tale criterio, dunque, favorisce la riunione nell'ambito di un medesimo giudice di più domande risarcitorie riferibili alla medesima intesa.

I contratti stipulati dai clienti (consumatori e imprese) condizionati dall'intesa restrittiva (che per semplicità definiremo anche "contratti condizionati") potrebbero prevedere clausole che fissino un foro competente esclusivo per le controversie di natura contrattuale o anche extracontrattuale connesse

al contratto. Il problema non riguarda eventuali azioni promosse dai consumatori, dato che clausole del genere (se inserite, come di solito accade, in condizioni generali di contratto) sono nulle, nullità che può essere fatta valere solo dal consumatore e non dall'impresa predisponente le condizioni. In breve, tale previsione contrattuale non inciderebbe sulle tematiche della competenza territoriale. Più complessa è la questione se il contratto (stipulato ad esempio a un prezzo più alto in virtù di un cartello), sia stato sottoscritto tra due imprese.

Occorre chiedersi se sia ammissibile l'eccezione di incompetenza territoriale da parte del convenuto in presenza di una clausola derogatoria, in particolare, se espressamente affermata come clausola derogatoria esclusiva nel contratto condizionato. Per rispondere a tale quesito va innanzitutto osservato che l'intesa (e non il contratto condizionato) ha un ruolo centrale nel *petitum* riferibile alla citata tipologia di azione. Tale relazione tra il contratto condizionato dall'intesa e l'intesa medesima non riteniamo possa favorire un'attrazione della competenza territoriale in relazione ad una eventuale clausola prevista nel contratto condizionato, in quanto il focus della controversia è sempre e comunque un'azione per responsabilità extracontrattuale da fatto illecito e il relativo diritto al risarcimento del danno va riferito all'accordo illecito che illegittimamente ha inciso sulle dinamiche concorrenziali e non, in via diretta, alla stipula del singolo contratto condizionato dall'illecito, il quale può semmai assumere rilievo come evidenza probatoria ai fini dell'esatta quantificazione del danno risarcibile. In conclusione, il fatto generatore del danno ingiusto non consisterebbe nella stipula dei contratti condizionati "a valle", bensì nell'esistenza di un'intesa illecita "a monte" a seguito della quale tali contratti sono stati conclusi. Ai fini della determinazione della competenza territoriale, riteniamo si debba, dunque, fare riferimento alle norme di cui all'art. 20 c.p.c. (luogo in cui è sorta l'obbligazione), il quale «si applica a tutte le obbligazioni da qualsiasi fonte esse provengano» (10),

Note:

(8) Cass. 13 luglio 2004, n. 12974, Trib. Bologna 13 gennaio 2005.

(9) Dunque è possibile una competenza concorrente; secondo Cass. n. 6381/1991 per l'individuazione del luogo di commissione di un illecito relativo a una fattispecie di concorrenza sleale a mezzo di propalazione di notizie menzognere nel corso di una trasmissione televisiva, la competenza spetta ad uno dei giudici del territorio in cui si è prodotto l'effetto dell'illecito.

(10) Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2002, n. 8590; vedi anche Cass. civ. n. 6893/2001 e n. 15908/2000.

criterio che, pertanto, riteniamo prevalga su eventuali fissazioni di foro competente previste nei contratti condizionati.

Le conclusioni alle quali siamo pervenuti non mutano anche se si volesse dare rilievo all'eventuale clausola contrattuale derogatoria della competenza territoriale nei contratti condizionati. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti: «... il foro stabilito dalle parti dà luogo a un'ipotesi di competenza derogata per effetto di convenzione e non già ad una competenza inderogabile e che tale foro, anche quando sia stabilito come esclusivo ex art. 29 c.p.c., non impedisce, al pari di ogni altro criterio di competenza, che questa sia modificata per ragioni di connessione» (11). Anche il foro convenzionale esclusivo, quindi, è superabile per ragioni di connessione sulla base dell'art. 33 c.p.c. La connessione che viene in rilievo è la c.d. connessione oggettiva, la quale opera nell'ipotesi in cui le varie domande siano tra loro collegate per il titolo e/o per l'oggetto. Nel nostro caso, qualora una prima causa sia stata già radicata presso il luogo di commissione dell'illecito (nel caso di specie ove ha avuto luogo l'intesa restrittiva per la prima volta) possiamo ravvisare una connessione per titolo che legittimamente può consentire la deroga a eventuali clausole di foro competente pattiziamente definite nei contratti condizionati.

Un giudice per tutti i danneggiati?

Ipotizziamo che un'associazione imprenditoriale e alcuni associati avviano un'azione civile contro delle imprese che hanno preso parte a un cartello. Ovviamente i costi della procedura sono elevati, ragion per cui, a un più elevato numero di attori corrisponderà un più basso costo della procedura; infatti, salvi i profili del calcolo del danno dei singoli attori (comprovabile alla fine con la documentazione contabile che prova gli acquisti di beni e servizi condizionati dall'intesa), la parte di ricostruzione dei fatti, l'analisi economica del mercato, in breve, la prova del cartello è sostanzialmente identica per tutti. Dunque la valutazione nei fatti verte sul medesimo oggetto (l'accertamento dell'illecito e conseguente risarcimento del relativo danno). È, pertanto possibile che tutti gli attori agiscano congiuntamente nell'ambito di un medesimo procedimento ai sensi dell'art. 33 c.p.c.

Potrebbe tuttavia essere più agevole avviare un procedimento e, via via che il caso giudiziario assume rinomanza, consentire alle varie imprese di intervenire nel procedimento, ai sensi dell'art. 105 c.p.c.,

richiedendo l'accertamento dell'illecito e il risarcimento del danno subito e teleologicamente collegato all'illecito contestato. Tale strumento consentirebbe, quantomeno fino a prima della data fissata per i termini della produzione delle istanze istruttorie, l'intervento di altri danneggiati che, accertato l'illecito, potranno richiedere a tutti i convenuti (tenuti da vincolo di solidarietà) il risarcimento dei singoli danni subiti.

Le parti da citare, il cliente o anche tutti gli aderenti al cartello: sussiste un litisconsorzio necessario?

Viene fatto di chiedersi se il soggetto che ha subito un danno da intesa debba citare tutti gli aderenti al cartello ovvero solo il soggetto che ha preso parte all'intesa con il quale ha direttamente contrattato (subendo, dunque, tramite quel contratto un aggravamento di condizioni contrattuali che in assenza del cartello non avrebbe subito).

È ormai pacifico che nel caso di specie ricorra la responsabilità solidale (12) di tutti gli aderenti al cartello, ai sensi dell'art. 2055 c.c., norma che, peraltro, legittima il soggetto danneggiato a richiedere a qualunque soggetto parte del cartello il risarcimento, salvo poi le successive azioni di regresso (13) tra i membri del cartello; ciò per ripartire in modo più accurato le responsabilità in ordine al grado della colpa e dell'entità delle conseguenze. Pertanto, ciascun soggetto che ha subito gli effetti di un cartello può anche citare in giudizio gli altri aderenti all'intesa e valersi del vincolo di solidarietà che lega ciascun aderente al patto illecito, dato che a ciascuno di

Note:

(11) Cfr., *ex multis*, Cass. n. 20635/2004, n. 5030/2000, n. 8316/1998, n. 12212/1996, n. 159/1990.

(12) L'intesa non può produrre effetti se non con il contributo causale di tutti gli aderenti, basta solo un soggetto che "scartella" per attuare in maniera rilevante gli effetti anti-competitivi della collusione illecita. Trattasi dunque di un illecito che necessariamente deve avere almeno due soggetti attori. Se un'impresa che ha preso parte a un cartello è nelle condizioni di imporre peggiori condizioni contrattuali ai propri clienti, tale danno è eziologicamente collegato all'esistenza del cartello perpetrato con il comportamento illecito di tutti gli aderenti a quest'ultimo. Dunque, anche se poi il danno subito da tali clienti va a vantaggio anche di uno solo dei soggetti aderenti al cartello, tale danno è stato possibile solo con il contributo causale di tutti i soggetti partecipanti all'intesa.

(13) In sede di regresso, peraltro, potrebbero non rilevare per ipotesi (per definire la responsabilità di ciascun aderente al cartello) il fatturato in più realizzato con i contratti stipulati e condizionati dal cartello, ma, per esempio, se il soggetto si è fatto promotore del cartello (*ring leader*) ovvero lo ha subito, se ha messo in piedi sistemi di sanzione per il mantenimento del cartello più di altri ecc.

questi è imputabile il comportamento illecito complessivamente adottato e le conseguenze che da tale illecito derivano ai sensi dell'art. 2055 c.c.

Sarà poi il giudice a valutare, caso per caso, se sussiste un litisconsorzio necessario o facoltativo; tenuto conto anche delle specifiche richieste risarcitorie e dell'effettivo rischio che il convenuto, una volta condannato, possa ragionevolmente agire in regresso avverso gli altri aderenti del cartello per ottenere parte del risarcimento al quale potrà essere condannato. Da rilevare come lo stesso convenuto possa chiamare in giudizio gli altri aderenti al cartello, prima di eventuali successive azioni di regresso.

Probabilmente è, comunque, preferibile citare tutti gli aderenti al cartello, ciò anche al fine di evitare eventuali profili di preclusione dell'effetto del giudicato (ad esempio un accertamento dell'illecito con conseguente condanna) ai sensi dell'art. 1306 c.c.

Il vincolo di solidarietà dell'illecito incide anche sul tema della prescrizione dell'illecito antitrust, nel senso che il momento della prescrizione dell'illecito riguarda tutti gli aderenti all'illecito a prescindere dal fatto che alcuno di essi abbia partecipato solo ad alcuni momenti dell'illecito.

Nel caso di una intesa restrittiva della concorrenza, l'illecito viene meno quando sono cessati i contatti illeciti tra le imprese (scambi di informazioni e riunioni) e l'intesa non produce alcun effetto (14). La Cassazione (15) ha, comunque, esplicitamente affermato che il termine prescrizionale di 5 anni di cui all'art. 2947 c.c. decorre dal momento in cui il danneggiato ha avuto piena conoscenza dell'illecito, momento individuato dal Supremo Collegio quantomeno nella data di pubblicazione della decisione finale dell'Autorità (o, possiamo dedurre, della Commissione).

Data l'unicità dell'illecito, il fatto che uno degli aderenti all'intesa non abbia partecipato ad alcune delle ultime riunioni o persino sia stata sanzionata da un'autorità antitrust per alcuni anni ma non per altri nei quali l'intesa ha prodotto effetti, non consentirà a quest'ultima di beneficiare di un diverso momento dal quale far decorrere la prescrizione; la natura solidale della responsabilità e unitaria dell'illecito conduce, infatti, a considerare per tutti gli aderenti all'intesa, un medesimo momento di conoscenza dell'illecito da parte dei potenziali danneggiati. Ad esempio, se a un'impresa viene irrogata una sanzione per un'intesa illecita della durata di tre anni per avere partecipato a tre riunioni dal 2004 al 2007 con alcuni concorrenti, se, tuttavia, l'intesa è continuata fino al 2010 e viene sanzionata nel 2011 considerata l'unicità dell'illecito riteniamo, nel-

l'ipotesi esemplificata, che sia la data del 2011 che vada considerata per conteggiare la prescrizione dell'illecito imputabile anche a tale impresa. Essa, infatti, pur non partecipando materialmente alle collusioni dopo il 2007, con il suo comportamento ha comunque facilitato da un punto di vista causale un unico illecito accertato dall'Autorità nel 2011.

La prova dell'illecito, la raccolta delle prove dell'intesa

Un importante problema nel quale si imbatte il *private enforcement* è la prova dell'illecito. Il tema verrà solo parzialmente affrontato nel presente lavoro; non si analizzeranno, infatti, le tematiche relative alla ricostruzione di una intesa o di una pratica concertata in assenza di un previo intervento investigativo dell'Autorità o della Commissione (le azioni c.d. *stand alone*); infatti, mentre per un abuso di posizione dominante a danno di un concorrente, quest'ultimo, in linea teorica, potrà con maggiore facilità rispetto ai cartelli provare l'illecito (dunque la posizione dominante e l'abuso), pensare, per converso, che delle imprese in Italia possano oggi avviare *ex novo* privatamente una indagine per ricostruire un cartello segreto di fornitori è ipotesi che appare (anche tenuto conto della scarsa coscienza collettiva con riferimento ai principi antitrust in Italia) di difficilissima realizzazione pratica.

Se le stesse Autorità e Commissione sono dovute ricorrere al meccanismo della *leniency* per scardinare il muro di omertà che copre i cartelli segreti e ciò malgrado tali organi dispongano di vigorosi poteri investigativi, pensare che delle imprese (o peggio dei consumatori) possano nei fatti sostituirsi all'Autorità o alla Commissione per scoprire un cartello illecito è scenario allo stato dei fatti di difficile ipotizzabilità.

In breve, il profilo della prova dei cartelli, se si vuol rimanere nei limiti del fattibile (spero nel futuro di

Note:

(14) È consolidato l'orientamento della giurisprudenza comunitaria secondo il quale l'illecito antitrust viene meno quando lo stesso non produce più effetti sul mercato (cause C-243/83; T-327/94; T-14/89).

(15) Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26188, in *Foro it.*, 2012, I, 799, con nota di Palmieri, ha affermato che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da un'intesa restrittiva della concorrenza decorre dal giorno della pubblicazione del provvedimento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sanziona l'impresa partecipante all'intesa, salvo che il danneggiato possa dedurre e dimostrare di non aver potuto acquisire conoscenza dell'illecito neppure in tale data, in forza di circostanze a lui non imputabili, oggettivamente idonee a giustificare lo slittamento della decorrenza del termine.

essere smentito), passa attraverso una previa investigazione dell'Autorità o della Commissione ove tali organi accertino (e di regola sanzionino) un cartello o una pratica concertata (le c.d. *follow-on actions*). Dunque, con un provvedimento pubblicato ove si accerti e/o condanni un illecito sarà più facile chiedere i danni connessi a quest'ultimo. È pertanto cruciale verificare il valore probatorio da attribuire a tali decisioni nell'ambito di un correlato procedimento per risarcimento danni.

Il valore probatorio della decisione di chiusura istruttoria

La prima questione di notevole rilievo pratico, nel caso di azioni *follow-on*, è, dunque, il valore probatorio da assegnare ai provvedimenti di chiusura istruttoria per l'accertamento dell'illecito e per la quantificazione del danno.

La norma dalla quale partire è quella di cui all'art. 16 del Reg. comunitario 1/2003, la quale dispone che: «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine, le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato».

Un autore (16) afferma che l'art. 16 Reg. 1/2003 legittima la tesi secondo la quale le decisioni della Commissione (ma non quelle delle autorità di altri stati membri) in tema di violazioni della disciplina antitrust debbano ritenersi vincolanti per un giudice chiamato a decidere sui danni di un illecito antitrust accertato dal citato organo comunitario (17). Tale opinione non resiste, quantomeno nel nostro ordinamento, a un rigoroso vaglio di legittimità costituzionale (18) (19). Riteniamo, in particolare, che si

sioni sono state emesse, ma persino con effetto *cross-border*. Secondo la Commissione, tale vincolatività garantirebbe l'applicazione più coerente dei suddetti articoli da parte dei diversi organi nazionali, aumentando così la certezza del diritto ed accrescendo l'efficacia e l'efficienza del *private enforcement*.

(18) Un'autorità amministrativa, per quanto organo sovranazionale i cui poteri discendano peraltro direttamente da un Regolamento comunitario (norma dunque sovraordinata rispetto alla disciplina nazionale), non riteniamo possa vincolare le decisioni di un giudice italiano. Siamo, dunque, in presenza di un vero e proprio cortocircuito normativo che consiglierebbe un approccio ermeneutico più prudente, assegnando alle decisioni della Commissione magari valore di prova particolarmente pregnante, ma pur sempre superabile qualora, ad esempio, nuove allegazioni di parte inducano ad una diversa ricostruzione dei fatti assunti dalla Commissione a fondamento della decisione; d'altra parte il legislatore comunitario all'art. 16 citato, facendo riferimento a una nozione di "contrasto con la decisione" potrebbe riferirsi non alla necessità di un'identità di decisioni (ad esempio la sussistenza di un cartello), quanto alla coerenza dell'iter logico della decisione della Commissione con la decisione del giudice. Nella sentenza n. 183 del 1973 (ma anche nella sent. n. 170 del 1984), la Corte Costituzionale ha affermato in modo netto che le norme comunitarie non possono violare «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana». Quindi, pur riconoscendosi una diretta applicabilità della normativa comunitaria nell'ordinamento interno giustificata a livello costituzionale dalle norme di cui all'art. 11 Cost., il giudice delle leggi esclude che l'ordinamento costituzionale nazionale possa essere derogato o modificato senza alcun limite dalla normativa comunitaria. La giurisprudenza costituzionale italiana, in tema di contrasto fra norme comunitarie e principi supremi dell'ordinamento costituzionale, rinvia a un controllo di costituzionalità che si estende a qualsiasi norma del Trattato di Lisbona per come è interpretata e applicata dalle istituzioni comunitarie (Corte cost. n. 232/1989). In tale ottica, pur confermando pienamente i principi del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, la Corte costituzionale oppone delle riserve per quanto riguarda i diritti fondamentali (sentenza Frontini, Corte cost. sent. n. 183 del 27 dicembre 1973), sottolineando il carattere strumentale della protezione di tali diritti. Un decennio dopo questa prima sentenza, il Giudice delle leggi ribadiva l'esistenza di tali 'controllimiti' nel caso *Granital* (Corte cost. sent. 170 dell'8 giugno 1984), nel quadro di una ricostruzione in senso dualistico dei rapporti fra l'ordinamento comunitario e quello statale (si rinvia a Gambino, *Diritti fondamentali, fra Unione Europea e Costituzione italiana, Panoptica*, 2010, n. 18). Tali precedenti consigliano dunque di interpretare le norme comunitarie in coerenza con i principi fondamentali dell'ordinamento interno, tra questi riteniamo la rigida ripartizione di competenze tra giudice e organi amministrativi, principio di notevole importanza che garantisce l'indipendenza del potere giudiziario che l'art. 102 Cost. ha voluto esplicitamente affermare. Sul punto per una ricostruzione del rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, si rinvia a G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, VI ed. 2010, 216-227.

(19) Occorre, in particolare, chiedersi se una norma, per quanto comunitaria, possa incidere sull'assetto della ripartizione dei poteri tra organi giudiziari e altri poteri dello Stato nei termini fissati dall'art. 16 citato; una interpretazione draconiana del genere proposto da tali autori, renderebbe nei fatti la Commissione una sorta di giudice speciale dell'accertamento dell'illecito antitrust per le conseguenti azioni civili che dovessero derivare dalla decisione, con patente violazione dei principi di cui all'art. 102 Cost. oltre che degli stessi diritti di difesa, dato che chi agisce per una azione civile per danni da illecito antitrust potrebbe non essere stato parte del procedimento instaurato dinanzi la Commissione. Per sostenere la tesi da noi non condivisa, si potrebbe rilevare che lo Stato Italiano, aderendo all'Unione Europea, abbia, ai sensi dell'art. 10 e 11 della Costituzione, rinunciato a

(segue)

Note:

(16) C. Tesaurò, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, working paper presentato in occasione del Convegno "I Principali sviluppi nel Diritto della Concorrenza Comunitario e Nazionale", Sorrento, 20-21 maggio 2011

(17) Il Libro Bianco della Commissione si è espresso per la vincolatività non solo delle decisioni della Commissione ma anche delle decisioni definitive adottate ai sensi degli artt. 101 o 102 TFUE dalle autorità nazionali di concorrenza, vincolatività che riguarderebbe non solo le corti dello Stato membro ove tali deci-

debba assegnare alle decisioni della Commissione magari valore di prova particolarmente pregnante, ma pur sempre superabile (20). La norma citata potrebbe, peraltro, imporre ai giudici di tener conto di una decisione della Commissione (che afferisce all'illecito oggetto di valutazione da parte del giudice) anche quando non specificamente allegata dalle parti (art. 115 c.p.c.). Una cosa è comunque certa, una decisione della Commissione assegna in fatto all'attore, che lamenta il danno dall'illecito accertato dal citato organo comunitario, un rilevante vantaggio in ordine alla prova di quest'ultimo.

In merito al problema del valore delle decisioni delle autorità di concorrenza, la giurisprudenza italiana (non ancora chiamata a valutare il peso probatorio delle decisioni della Commissione) con riferimento a decisioni dell'Autorità per violazione di norme comunitarie o nazionali della concorrenza, considera la decisione definitiva dell'Autorità come prova particolarmente pregnante in relazione alla sussistenza dell'illecito, non escludendosi, tuttavia, che le parti possano offrire prove a sostegno ovvero contrarie alle conclusioni cui perviene la decisione dell'Autorità (21).

Ma in che cosa consiste tale prova contraria? Prima di rispondere, riteniamo utile richiamare la disciplina processuale di riferimento. I profili di prova concernono sia la prova dell'infrazione, sia soprattutto il nesso eziologico tra l'infrazione accertata e il danno di cui si chiede il risarcimento. La norma processuale dalla quale partire per verificare il peso probatorio di una decisione della Commissione o dell'Autorità, che venga allegata dalla parte attrice come prova dell'illecito e del danno subito, è l'art. 115 c.p.c. il quale dispone che: «Salvi i casi previsti dalla legge il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza».

Il citato articolo è stato recentemente riformato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, che è intervenuta su molte norme del codice di procedura civile con il dichiarato intento di snellire ed accelerare i processi civili. Secondo alcuni commentatori (22), la modifica apportata all'art. 115 c.p.c. avrebbe decretato una vera e propria rivoluzione del regime probatorio delle preclusioni, elevando i fatti non contestati dalle parti, non a semplici elementi di prova, bensì a fatti sui quali la prova è stata raggiunta. Infatti, al comma 1 dell'articolo citato (che dispone «... il giu-

dice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero»), è stata aggiunta dalla citata riforma legislativa la frase: «... nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita». Pertanto, nel momento in cui una parte, ai sensi dell'art. 2697 c.c. provi con un sufficiente grado di precisione e concordanza il fatto

Note:

(continua nota 19)

parte della propria sovranità, accettando che norme comunitarie possano anche derogare a norme costituzionali, tuttavia, a parte la tematica dei principi fondanti della costituzione (tra questi il fondamentale principio di ripartizione dei poteri e dell'indipendenza degli organi giudiziari) che si ritengono comunque immutabili (super-costituzione), una interpretazione del genere andrebbe vista anche con riferimento alle delicate tematiche della disciplina di revisione costituzionale che non sembra derogare assegnando carta bianca ad un organo sovranazionale in ordine alla deroga delle disposizioni della Costituzione.

(20) Qualora, ad esempio, nuove allegazioni di parte inducano a una diversa ricostruzione dei fatti assunti dalla Commissione a fondamento della decisione; d'altra parte il legislatore comunitario all'art. 16 citato, facendo riferimento a una nozione di "contrasto con la decisione" potrebbe riferirsi non alla necessità di un'identità di decisioni (ad esempio la sussistenza di un cartello), quanto alla coerenza dell'iter logico della decisione della Commissione con la decisione del giudice. Pertanto, se nuovi fatti vengono a corroborare una diversa conclusione in ordine al merito dell'illecito anti-competitivo o anche a parzialmente o totalmente a smentire in modo armonico i fatti ricostruiti dalla Commissione, inducendo il giudice a pervenire, in assenza di alcun salto logico, a diverse conclusioni rispetto a quelle del citato organo comunitario, possiamo sostenere non violata la previsione dell'art. 16 Reg. 1/2003. Un'eventuale decisione di un giudice logicamente in contrasto con una decisione della Commissione sarebbe dunque viziata, più che per violazione di legge, per illogicità della motivazione, non tenendosi conto di un dato fattuale essenziale (l'accertamento dei fatti operato nella decisione della Commissione). In caso di contrasto logico, per converso, avremo una sentenza caratterizzata da un vizio di motivazione. Possiamo inoltre sostenere che, nel caso in cui l'attore non allegi la decisione della Commissione a sostegno della prova dell'illecito, il giudice, stando quanto dispone il citato art. 16, potrebbe comunque essere tenuto a considerare tale decisione (in deroga al principio di allegazione delle prove a carico delle parti) al fine di impedire un contrasto logico della propria sentenza con la decisione del citato organo comunitario.

(21) Cassazione nella sentenza *Cetel e altri c. Enel*, Sez. I, 13 febbraio 2009, 3638, afferma che: «Quanto alla nota dell'A.G.C.M., correttamente la Corte territoriale afferma che un simile parere non è vincolante per l'A.G.O.; né a diverse conclusioni si perviene a seguito del Reg. 1/2003 il cui art. 16, preoccupandosi di dettare regole per l'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza, stabilisce che, allorché le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato su fattispecie che siano già oggetto di una decisione adottata dalla Commissione, non possano prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Tale vincolo, fra l'altro, riguarda le decisioni della Commissione e non delle Autorità garanti nazionali, mentre la giurisprudenza e le proposte normative di cui si sta discutendo indicano nell'eventuale decisione già intervenuta dall'A.G. uno strumento di prova privilegiato, a fronte del quale si potrebbe configurare un'inversione dell'onere della prova».

(22) Grasselli, *La modifica all'art. 115 c.p.c.: una piccola grande rivoluzione*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=46833>.

costitutivo della pretesa attorea, grava un corrispondente onere probatorio sul convenuto qualora quest'ultimo intenda contestare tale fatto; per evitare la soccombenza, il convenuto sarà, dunque, tenuto a provare i fatti su cui si fonda l'eccezione proposta.

Si ribadisce, peraltro, un orientamento consolidato in giurisprudenza ove si assegna alla non adeguata contestazione dei fatti dedotti da controparte valore probatorio atto a consolidare come verità processuale tale fatti (23). Non si attribuisce ovviamente alla mancata contestazione valore confessorio, ma comunque un peso considerevole da un punto di vista probatorio (24). Venendo alla decisione dell'Autorità o della Commissione (che accerti un'intesa restrittiva della concorrenza) che venga allegata dall'attore in una azione di danni, sicuramente tale decisione rappresenta, con riferimento all'accertamento dell'illecito, prova particolarmente pregnante, in quanto i fatti riportati nella decisione sono il frutto di una complessa attività di un organo pubblico dotato di poteri di investigazione particolarmente penetranti, oltre che di adeguata competenza tecnica. Fatta tale premessa è forse più accurato affermare che non è la decisione in sé a rappresentare la prova, quanto gli accertamenti dei fatti riportati nella decisione così come ricostruiti e interpretati nell'ambito della motivazione della decisione.

È proprio la complessità dei fatti ricostruiti nella decisione allegata che sposta sul convenuto un onere probatorio particolarmente complesso, ovvero sia quello di provare, con nuove evidenze, con fatti noti ricostruiti in diverso modo ovvero con studi di natura economica, la non correttezza dei fatti così come ricostruiti dall'organo posto a presidio della concorrenza (25) (26).

Dunque, i fatti ricostruiti da una decisione di un'autorità antitrust, con specifico riferimento alla dimostrazione dell'illecito, assumono nel caso di specie un forte valore probatorio, giacché il convenuto ha l'oneroso compito di dedurre fatti nuovi (o ricostruire in modo maggiormente credibile fatti già noti) e peraltro non analizzati (o non analizzati in modo adeguato) dall'Autorità o dalla Commissione; queste nuove allegazioni devono poter convincere il giudice a pervenire a una conclusione diversa rispetto a quella cui è giunta l'autorità di concorrenza.

Ovviamente tale prova è meno onerosa se la ricostruzione dei fatti operata dall'Autorità non passi indenne la fase di revisione giurisdizionale proprio sul profilo della ricostruzione dei fatti. La Cassazione comunque non conferisce alla decisione dell'Autorità effetti preclusivi di alcun genere (27), il Supremo Collegio non fa altro che applicare le normali

regole in tema di prove (28). A tal proposito, gioca

Note:

(23) Il principio di acquisizione, consacrato dalla giurisprudenza della Suprema Corte nella sentenza 3 aprile 1992 n° 4118, va dunque letto tenendo conto del consolidato orientamento della Cassazione secondo la quale, «... i fatti allegati da una parte possono considerarsi pacifici, sì da poter essere posti a base della decisione, non solo quando siano stati esplicitamente ammessi dalla controparte, ma anche quando questa non li contesti specificamente ed imponi altrimenti il proprio sistema difensivo» (Cass. 20 maggio 1993, n. 5733, in *Giust. civ.*, Mass. 1993, 895). Si rinvia a Grasselli, *La modifica all'art. 115 c.p.c.: una piccola grande rivoluzione*, cit.).

(24) L'art. 115 c.p.c. così come novellato, porta a dare maggior valore probatorio al fatto non contestato che si ha per riconosciuto, con effetti, non sostanziali - come nel caso della confessione o del giuramento - ma processuali; la parte che allega un fatto non specificatamente contestato dalla controparte, è dispensata dall'onere di darne prova, e il giudice può porre quel fatto a fondamento della propria decisione in forza del principio di acquisizione; in questi termini Grasselli, *La modifica all'art. 115 c.p.c.: una piccola grande rivoluzione*, cit.

(25) La Cassazione ha di recente affermato in linea di principio la possibilità per il convenuto di produrre prova contraria rispetto alla decisione dell'Autorità (Cass. civ. n. 2305/2007); conforme Cass. n. 10211/2011 che, nel caso RC auto, ha affermato che «... la compagnia assicuratrice convenuta in risarcimento dei danni deve essere sempre ammessa a fornire la prova contraria alla suddetta presunzione di responsabilità, per quanto concerne sia la sussistenza del nesso causale fra l'illecito concorrenziale e il danno, sia l'entità del danno medesimo».

(26) Tuttavia la Suprema Corte ha affermato che alcuni fatti già analizzati dall'Autorità e valutati da quest'ultima come non sufficienti a dimostrare la liceità della condotta delle imprese investigate non possono essere considerati dal giudice come prova a favore del convenuto. Tuttavia la Cassazione non sembra dire che l'iter argomentativo dell'Autorità, cristallizzato nelle motivazioni della decisione finale, ha valore preclusivo, nel senso che non si possono riproporre in sede civile le difese già svolte nel corso del procedimento dinanzi all'Autorità; la Cassazione infatti, nella motivazione, si sforza di dimostrare il perché tale iter logico dell'Autorità va preferito, utilizzando, come ulteriore controprova della correttezza del processo motivazionale adottato dall'Autorità, il fatto che la decisione abbia passato indenne il vaglio del TAR e del Consiglio di Stato. La Cassazione, nel caso di specie, ha ritenuto di non ammettere come adeguata prova contraria dell'illecito alcuni fatti che avrebbero potuto giustificare, in chiave di comportamento alternativo lecito, significativi incrementi di prezzo delle polizze RC che l'Autorità ha collegato all'illecito anti-competitivo grazie all'analisi di dati economici e fattuali. È molto interessante rilevare che la Cassazione non ha ammesso questi fatti come controprova dato che questi erano stati specificamente già considerati come non esimenti nell'istruttoria culminata con la decisione che ha accertato l'illecito anti-competitivo (aumento del prezzo collegato alle truffe, l'esistenza di un parere dell'ISVAP che perveniva a conclusioni diverse rispetto a quelle dell'Autorità (Cass. n. 10211/2011).

(27) C. Tesauro, *op. cit.*

(28) Vero è che, in concreto, la prova rappresentata dalla decisione è particolarmente pregnante per la dimostrazione dell'illecito, giacché, per superare quest'ultima, il convenuto deve dedurre nuovi fatti non considerati nella decisione ovvero ricostruire in modo diverso i fatti già analizzati dall'autorità di concorrenza per pervenire, secondo una diversa ricostruzione dei fatti che sia credibile agli occhi dell'organo giudicante, ad una conclusione diversa rispetto a quella stigmatizzata nella decisione; opera, pertanto, assai onerosa, dato che il tribunale potrebbe non essere adeguatamente attrezzato per apprezzare attività istruttorie così complesse da un punto di vista economico.

un ruolo importante lo strumento della consulenza tecnica a cui le parti e il tribunale si possono affidare. Tale conclusione vale per la prova dell'illecito ma non, come vedremo nei paragrafi successivi, per la prova del danno alla sfera giuridica del danneggiato, onere probatorio, quest'ultimo, che richiede uno sforzo supplementare di natura probatoria il cui risultato va affiancato ai fatti desumibili dalla decisione dell'Autorità o della Commissione.

La decisione finale dell'Autorità e della Commissione è, dunque, tecnicamente una prova pregnante ma superabile; qualunque interpretazione che assegni a tale prova valore preclusivo per il libero accertamento del giudice è palesemente in contrasto con le regole del processo civile e con diversi principi costituzionali. Tale conclusione risolve anche un altro problema, ossia il peso da attribuire a provvedimenti non definitivi di avvio istruttoria (o provvedimenti cautelari) o alle contestazioni delle risultanze istruttorie; anche tali documenti, alla pari delle decisioni finali, sono prova di fatti soggetti comunque al libero apprezzamento del giudice, secondo le ordinarie regole processuali relative alla ripartizione dell'onere della prova.

Occorre chiedersi, in via incidentale, se le valutazioni in ordine al valore probatorio attribuibile ad una decisione dell'Autorità possa mutare qualora tale decisione abbia passato indenne la fase di revisione giurisdizionale presso il giudice amministrativo, sussistendo una sentenza passata in giudicato del Consiglio di Stato (o del TAR) che confermi l'impianto accusatorio dell'Autorità in ordine a un illecito anti-competitivo. In dottrina (29) si è affermato che, dinanzi ad una decisione confermata in ultimo grado dal Consiglio di Stato, è difficile immaginare nel concreto motivazioni adeguate che possano portare il giudice a discostarsi dall'accertamento dei fatti ivi contenuto. Riteniamo che tale valutazione abbia valore fattuale ma non giuridico. L'ambito di valutazione dei giudici amministrativi sulle decisioni dell'Autorità riguarda la legittimità del provvedimento adottato, dunque, la conformità di quest'ultimo alla legge e la verifica della legittimità dei poteri di accertamento e sanzione dei fatti posti a fondamento della decisione dell'Autorità nell'ottica dei vizi sintomatici dell'eccesso di potere. Il giudice amministrativo non è, in prima battuta, chiamato direttamente a verificare *tout court* la verità oggettiva dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata, ma ad accertare che questi ultimi siano stati ricostruiti e valutati dall'Autorità in modo coerente e logico, tenuto conto delle prove acquisite nella fase istruttoria e, pertanto, riferibili alla documenta-

zione acquisita nel fascicolo del procedimento dell'Autorità durante la fase istruttoria.

Dunque il giudice amministrativo non svolge una valutazione diretta sulla verità assoluta dei fatti, ma sottopone al proprio vaglio la coerenza logica dei fatti ricostruiti dall'Autorità (o dei fatti che l'Autorità avrebbe dovuto tenere in considerazione) sulla base delle prove dedotte nel corso del procedimento istruttoria. La ricostruzione dei fatti viene, dunque, valutata per individuare e valutare eventuali vizi logici della motivazione del provvedimento dell'Autorità che possano essere considerati come sintomatici di eccesso di potere.

Il giudice civile, pur dovendo ragionevolmente assegnare valore di prova ai fatti ricostruiti dall'Autorità in un provvedimento passato indenne dalla verifica giurisdizionale, riteniamo rimanga comunque libero di valutare ad esempio fatti non acquisiti in fase istruttoria e/o non considerati nel provvedimento dell'Autorità (si pensi, tanto per esemplificare, a fatti emersi o ricostruiti dopo la chiusura istruttoria) e dedotti dal convenuto a difesa delle proprie ragioni; non sussiste in una sentenza del Consiglio di Stato che confermi una decisione dell'Autorità, un giudicato sulla ricostruzione dei fatti dedotti dall'Autorità a fondamento della propria decisione, ma, più semplicemente, un giudicato in ordine alla annullabilità del provvedimento per violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere (30).

Note:

(29) C. Tesauro, cit. L'autore, peraltro, afferma che attribuire valore vincolante alle decisioni di autorità di concorrenza di altri Stati membri potrebbe invece costituire una forzatura del nostro sistema processuale, poiché le garanzie offerte da tali autorità possono essere anche molto inferiori rispetto a quelle offerte dall'Autorità. Da quanto descritto, emerge l'esistenza, in Italia come in altri Stati membri, di un doppio binario. Da un lato, le decisioni dell'Autorità assurgono, al più, al valore di prova privilegiata, dall'altro, quelle della Commissione sono vincolanti per i giudici nazionali. Per quel che concerne una decisione dell'Autorità confermata dal Consiglio di Stato con sentenza passata in giudicato, dunque, l'autore sembrerebbe implicitamente postulare in concreto una maggiore difficoltà nel discostarsi dalle conclusioni cui l'Autorità è giunta in sede di ricostruzione dei fatti, assegnandosi alla decisione un più elevato grado di vincolatività nei confronti del giudice.

(30) Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 5156, ha affermato che: «... il giudice amministrativo può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato ed istruito ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità perché queste scelte sono riservate all'Autorità». Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, III, 6, con nota di S. Bastianon, ha puntualizzato che: «si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzio-
(segue)

In definitiva, la conferma di una decisione dell'Autorità in sede di revisione giurisdizionale non attribuisce un valore giuridico diverso di tale decisione in sede di prova.

La prova del nesso di causalità tra il cartello e il danno

Un punto delicato è rappresentato dalla prova del nesso causale tra la condotta illecita accertata e il danno patito dal convenuto. Posto che la nostra riflessione si appunta sulle intese restrittive (31), siamo in presenza di un atto doloso volto a favorire l'acquisizione, da parte degli aderenti all'intesa, di un profitto che, data l'antigiuridicità della condotta, è illecito. I membri del cartello, infatti, coordinando le politiche di prezzo, l'output o le condizioni contrattuali (sconti, dilazioni di pagamento ecc.) o scambiandosi informazioni sensibili, perseguono il precipuo scopo di mantenere artificiosamente alto il prezzo di vendita a danno dei propri clienti (siano questi imprese o consumatori finali). Siamo, dunque, in presenza di un atto illecito doloso che dà luogo ad un peggioramento delle condizioni contrattuali dei clienti, dato che questi ultimi si troveranno dinanzi ad un mercato che offre minori alternative (32) (33). Il *market test* invocato sovente è già stato effettuato dall'Autorità o dalla Commissione nei cartelli sanzionati; quindi, nell'ipotesi realistica di azioni di danno relative a cartelli già accertati e sanzionati, esiste di regola già un importante indizio di prova del danno.

Note:

(continua nota 30)

nate e attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere» (si veda sul punto anche T.a.r. Lazio, 7 marzo 2006, n. 6629, che ribadisce l'insindacabilità della decisione dell'Autorità quando le censure dedotte, «sorrette da argomentazioni economiche e tecniche», involgono «scelte di merito dell'Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica»). D'interesse una decisione della Sezione VI del Consiglio di Stato, n. 29 del 10 gennaio 2007, ove le censure del ricorrente relative a un provvedimento dell'Autorità repressivo di un abuso di posizione dominante erano state respinte perché il dato da questa dedotto «...in sede giudiziale e non fatto evidentemente presente in sede di istruttoria procedimentale, pur caratterizzata da un alto grado di contraddittorio» non consentiva al G.A. di procedere ad un confronto con quanto assunto dall'Autorità nel provvedimento contestato, che mantiene così intatto il suo valore indiziante pieno, ma non sostitutivo rispetto agli oneri di allegazione spettanti alle parti processuali. Di rilievo anche la decisione dei giudici di Palazzo Spada n. 515, 8 febbraio 2007 ove si è affermato che il sindacato sui fatti va concertato sulle deduzioni che l'Autorità ne fa derivare nell'ambito del processo logico valutativo da essa seguito. In breve, da tali orientamenti emerge come la valutazione in sede di revisione delle decisioni presso TAR e Consiglio di Stato, proprio per le caratteristiche loro proprie, non possono attribuire giuridicamente la forza di verità

“passata in giudicato” alle decisioni dell'Autorità che passino indenni il vaglio della revisione dei giudici amministrativi.

(31) Secondo un autore (C. Tesauro, cit.) l'attore, a valle dell'accertamento di un'intesa illecita volta a fissare artificialmente i prezzi di rivendita di un dato bene o servizio, ben potrebbe avere interesse ad invocare non solo il risarcimento del danno, ma anche, in via subordinata, in ragione del *quantum* ingiustamente versato a causa dell'innalzamento dei prezzi dovuto all'intesa illecita, la restituzione dell'indebito ex art. 2033 c.c., oppure l'arricchimento senza giusta causa ex art. 2041 c.c. L'art. 1223 c.c. dispone che il risarcimento del danno patrimoniale deve comprendere il *danno emergente* e il *lucro cessante*, *conseguenza immediata e diretta* dell'illecito. Semplificando con la fattispecie delle intese, il danno sarebbe rappresentato dalla differenza tra le condizioni economiche accettate dai clienti (imprese o consumatori) vigente il cartello, con le condizioni che si sarebbero ottenute in assenza della collusione anti-competitiva. Questa tesi ha un impatto sulla prescrizione, dato che l'azione di accertamento della nullità è imprescrittibile.

(32) La Cassazione nel caso RC Auto (Cass. n. 10211/2011) ha chiarito che: «... colui che subisca danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione, l'azione di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990».

(33) La conclusione è semplice, il criterio è invece molto complesso, poiché occorre svolgere un complesso *market test* le cui conclusioni, di carattere evidentemente ipotetico (dato che si basano su un fatto non verificato nella realtà, l'assenza del cartello) possono divergere notevolmente in ordine alle conclusioni solo che si cambino le assunzioni dalle quali partire per l'analisi del mercato. È su tale aspetto che la Commissione nel Libro Bianco e molti autori in dottrina invocano meccanismi di semplificazione della prova del danno, invocando taluni persino meccanismi standard di quantificazione del danno utilizzati in altri settori (ci si riferisce alle tabelle utilizzate dai vari tribunali per il calcolo dei c.d. danni biologici). Le varie tesi proposte (Genovese, *Il risarcimento del danno da illecito antitrust*, 2005), tuttavia si scontrano con il problema di fondo degli effetti dell'illecito antitrust; questi effetti, infatti, dipendono da una enormità di variabili economiche e di contesto nel quale si inseriscono; deriva pertanto che qualunque standardizzazione, per quanto ingegnosa, risulterà nei fatti non adeguata a calcolare un giusto risarcimento. Tale valutazione vale anche per i cartelli, ma è ancora più vera per altre fattispecie anti-competitive come le pratiche eludenti negli abusi di posizione dominante ove il danno diventa una perdita di chance che, se inserita in rigidi schemi di calcolo, potrebbe snaturare il sistema stesso della responsabilità civile basato sul risarcimento di un danno effettivamente subito. Nella disciplina europea non si ritrovano indicazioni specifiche circa lo *standard* richiesto ai fini della prova del nesso di causalità. La Corte di Giustizia, nel caso *Manfredi*, ha statuito che spetta allo Stato membro stabilire le modalità di esercizio dell'azione di risarcimento «comprese quelle relative all'applicazione della nozione di “nesso di causalità”, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati», cfr. sentenza *Manfredi*, cit., 64. Il Libro Bianco accenna soltanto al nesso causale nella parte dedicata al *passing-on* (553, cfr. Libro Bianco, cit., punto 2.6 3), mentre il Documento di Lavoro della Commissione Europea, *Staff Working Paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, 2 aprile 2008, contiene vari riferimenti alla causalità, ma neppure in questa sede vengono fornite indicazioni aggiuntive. Dunque, se si vuole favorire il fenomeno del *private enforcement* dell'antitrust occorre che il legislatore introduca dei meccanismi che favoriscono la determinazione del danno consentendo anche risarcimenti non effettivamente allineati ad un effettivo danno patito (ad esempio, prevedendo meccanismi per eccesso che diano al risarcimento anche un valore punitivo). L'esperienza d'oltre oceano in materia è vasta e di grande ispirazione.

Invadendo per un momento il campo degli economisti (34), i dati da considerare in un'intesa sono la quota combinata di mercato degli aderenti all'intesa, la durata, l'effettività dei meccanismi adottati per imporre il rispetto dell'accordo, l'andamento del livello dei prezzi prima, durante e dopo la vigenza del cartello, la politica di prezzo o, in generale, delle condizioni contrattuali adottate prima, durante e dopo il cartello. Questi dati, di regola già raccolti da Autorità o Commissione durante l'investigazione, se adeguatamente incrociati, consentono con una ragionevole certezza di determinare il margine sovra-competitivo che il cartello è stato in grado di produrre. Ovviamente, se il cartello non ha prodotto effetti, non credo che il nostro ordinamento possa legittimare alcun tipo di presunzioni sul *quantum* del danno.

Autorità e Commissione svolgono valutazioni sul danno che, di regola, non si spingono fino a individuare danni a singoli soggetti; ad esempio, l'Autorità potrà sostenere, dall'analisi dei dati di mercato, che la condotta illecita ha provocato un determinato incremento medio del prezzo dei prodotti riferiti al mercato ove l'infrazione si è perpetrata; tuttavia tale stima non può che riferirsi al danno del mercato nel suo complesso, ma non al danno dei singoli. La Cassazione ha affermato che la decisione dell'Autorità che determini e, in particolare, quantifichi sulla base dell'analisi dedotta in motivazione, il nesso causale tra l'intesa illecita e un peggioramento delle condizioni contrattuali subite dai consumatori, è indizio pregnante della sussistenza di un danno al consumatore (35). Secondo la Cassazione, pertanto, se l'attore prova un peggioramento delle proprie condizioni contrattuali (nel caso RC auto, aumento del costo della polizza) e una correlazione di tale peggioramento con il danno al mercato nel suo insieme provocato dall'intesa illecita, vi è un indizio di prova del danno al singolo (36), salvo che il convenuto allegi fatti che interrompano il nesso causale tra l'intesa illecita e il danno che si assume sofferto (37).

Pertanto, in presenza di un market test nel provvedimento dell'Autorità o della Commissione (38), ove si provi che l'illecito ha provocato un danno al mercato, vi è un indizio che tale danno si sia prodotto nella sfera giuridica degli acquirenti dei beni o servizi interessati dalla pratica anti-competitiva se sussiste evidenza di un correlabile peggioramento delle condizio-

zazione e dell'approccio economico, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010; Prosperetti, *Prova e valutazione del danno antitrust: una prospettiva economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008.

(35) La Cassazione, in particolare, ha recentemente affermato che dall'accertamento dell'intesa «è lecito desumere - salvo prova contraria - l'esistenza di un danno per tutti gli assicurati», con ciò alleggerendosi l'onere della prova gravante sull'attore, il quale, potrà usufruire della presunzione derivante dalla decisione dell'Autorità (ricorso presentato avverso alcune pronunce della Corte d'Appello di Salerno relative alla vicenda *RC Auto*, Cass. civ., sez. III, sentenze n. 5941 e 5942 del 14 marzo 2011).

(36) La Cassazione, peraltro, afferma che le eventuali condotte specifiche dell'impresa convenuta possono essere allegare a controprova dell'assenza del nesso causale tra la propria specifica condotta ed il danno lamentato dal attore, sussistendo dunque a carico del convenuto una inversione dell'onere di prova. Dunque, secondo la Cassazione, tornando al caso delle polizze RC auto, una volta dedotta dall'attore la prova che il cartello ha peggiorato le condizioni generali del mercato (aumento dei prezzi) e che la sua polizza, nel periodo sotto investigazione, è corrispondentemente aumentata in modo correlato, sussisterà una prova pregnante del nesso causale tra l'illecito e il danno; sarà l'impresa convenuta a questo punto a dover provare un comportamento alternativo lecito che dimostri come l'aumento del prezzo della specifica polizza non è collegata eziologicamente all'intesa restrittiva; dunque che, ad esempio, il convenuto non ha seguito le indicazioni dell'intesa o ha comunque adottato una politica di prezzi frutto di un comportamento competitivo e non collusivo. In sintesi, secondo la Cassazione, dedotta la prova del nesso causale tra il comportamento collettivamente illecito e un aggravamento generale delle condizioni contrattuali, tenuto conto del vincolo di solidarietà che lega ai sensi dell'art. 2055 c.c., gli aderenti all'intesa, l'aggravamento delle condizioni del singolo contratto (che nel caso di specie del caso RC auto era provato da un significativo ed anomalo incremento del costo della polizza) può rappresentare prova del danno risarcibile dal contraente che ha preso parte all'intesa (così come di qualunque membro dell'accordo illecito). Quest'ultimo, per escludere la propria responsabilità, potrà a propria discolpa dimostrare che l'illecito non ha influito sulle specifiche condizioni contrattuali stipulate con l'attore.

(37) Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, ha da tempo riconosciuto il nesso di causalità come uno degli elementi costitutivi dell'illecito; inoltre, a partire dalla nota sentenza n. 2305/2007, la Cassazione ha stabilito che «il giudice può desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso le presunzioni probabilistiche che si fondino su un rapporto di conseguenza costante tra antecedente e dato consequenziale». Nella medesima pronuncia, la Corte ha tuttavia chiarito che il giudice non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dalla società convenuta «... per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, per accertare che quei fatti, insieme con l'intesa illecita, abbiano assunto il carattere di equivalenti (e, dunque, concorrenti) causali nella produzione del danno».

(38) Va rilevato che i meccanismi presuntivi sopra esemplificati non possano operare in totale o parziale assenza di un market test svolto dall'Autorità (si pensi ad un cartello sanzionato solo in quanto con solo oggetto restitutivo), in tale ipotesi sarà l'attore che dovrà interamente provare il nesso causale tra l'illecito e il danno. Tale notazione evidenzia come sia sempre più importante che le Autorità poste a presidio della concorrenza, allorché accertino e sanzionano una intesa, svolgano con accuratezza un market test sui danni al mercato; quanto maggiori saranno i dettagli di tale *market test*, tanto più agevole sarà per i soggetti passivi dell'intesa provare il nesso causale tra l'illecito e i danni.

Note:

(34) Si rinvia a Bruzzone, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della moderniz-*

ni contrattuali riferibile all'acquisto di beni o servizi interessati dall'illecito anti-competitivo accertato. Ad esempio, nel caso di un cartello che, per ipotesi, abbia innalzato del 20% il livello dei prezzi in un dato mercato, si ha un indizio, ma non una prova, che ciascun acquirente di tale bene o servizio rientrante nel mercato soggetto a investigazione abbia subito tale danno da tutti gli aderenti al cartello (39). Manca, tuttavia la prova piena del nesso eziologico tra l'intesa illecita e il danno specificamente subito dall'attore fin quando non si produca evidenza quantomeno di un peggioramento delle condizioni contrattuali riferibili all'attore e collegabili al danno generale al mercato. In altre parole, tornando al caso delle assicurazioni, abbiamo la prova non solo che tutte le imprese hanno favorito un generale aumento delle polizze con un illecito anti-competitivo ma che questa ha inciso nella sfera giuridica del danneggiato, fattore che emerge: a) dalla sussistenza di un contratto di assicurazione stipulato dalla compagnia con l'attore e b) dal fatto che il costo della polizza riferibile a tale contratto nel periodo soggetto a investigazione è notevolmente aumentato a seguito della produzione degli effetti dell'illecito anti-competitivo.

Ipotizziamo che l'Autorità abbia accertato che tre imprese abbiano realizzato un cartello, che abbia favorito un incremento dei prezzi del 20% in un dato anno. Uno dei clienti delle tre imprese chiede il risarcimento per i danni sofferti a causa del cartello. Da un punto di vista probatorio, l'attore ha la prova che il suo fornitore ha partecipato al cartello provocando un aumento generale dei prezzi nel mercato interessato, ma non ha ancora dimostrato che tale aumento, nella medesima percentuale, ha pregiudicato la sua sfera patrimoniale di almeno il 20% del prezzo di acquisto dei beni o servizi interessati dall'illecito nel periodo oggetto di investigazione.

L'attore deve dunque fornire una prova che colleghi il danno al mercato allo specifico pregiudizio alla propria sfera giuridica. Solo una volta che l'attore abbia probatoriamente collegato l'illecito al danno nella propria sfera giuridica soggettiva, il convenuto, per controbattere le pretese dell'attore, potrà dedurre fatti, collegati alle proprie specifiche condotte, idonei a dimostrare l'insussistenza del nesso causale tra l'illecito e il danno; ad esempio (tornando all'ipotesi da ultimo considerata) provare che le condizioni specificamente praticate all'attore erano inferiori al 20% rispetto alle condizioni praticate dai concorrenti e che l'impresa, malgrado il cartello, abbia scientemente adottato una politica opportunistica di tipo concorrenziale per acquisire quote di mercato ecc.

In breve, riteniamo che l'attore, seguendo l'orientamento tracciato dalla Cassazione, debba comunque provare a ricostruire, anche con un principio di prova, il nesso eziologico tra il danno collettivo e quello riferibile alla propria sfera giuridica soggettiva. Ma di che tipo di prova si tratta? Nel caso dei cartelli, la prova principe è da ricollegare innanzitutto al fatto che l'attore ha acquistato a titolo oneroso il bene o i servizi oggetto dell'intesa (dunque, provare tali relazioni contrattuali con fatture pagate e/o contratti stipulati) durante il periodo di vigenza dell'intesa illecita. Occorre, inoltre, provare che l'attore ha pagato di più o sofferto condizioni contrattuali deteriori a causa del cartello; ad esempio perché il prezzo dei beni e servizi è aumentato in modo anormale proprio in correlazione alla vigenza degli effetti dell'illecito, o comunque non è diminuito benché ci si sarebbe dovuto aspettare ciò a causa delle variazioni di alcuni parametri che "fanno il prezzo". È evidente che tale delicatissima prova, di natura probabilistica è estremamente scivolosa e complessa, dato che in pratica occorre fornire una stima credibile di quale sarebbe stato il prezzo del bene o del servizio in assenza dell'intesa.

Gli effetti della nullità dell'accordo illecito e i criteri di calcolo del danno

La Cassazione affronta un tema che potrebbe avere un impatto in sede di semplificazione dell'onere della prova del risarcimento. Il supremo Collegio ha affermato che l'intesa a monte e i contratti a valle, stipulati sotto l'egida dell'accordo illecito, sono collegati da un nesso funzionale: i secondi costituirebbero l'attuazione della prima. Contratti a valle e intesa a monte sarebbero, a dire della Cassazione, due elementi inscindibili. Conseguentemente, i contratti a valle non possono avere un rilievo giuridico diverso da quello dell'intesa a monte (40). Dunque, l'art. 2 l.

Note:

(39) Questo significa che l'Attore non sarà tenuto a dimostrare quale sia stata l'efficienza causale della condotta della specifica impresa convenuta nell'ambito della realizzazione del cartello, data la sussistenza di una responsabilità solidale ex art. 2055 c.c. che potrebbe rendere superflua tale indagine; la questione tuttavia pone un delicato problema di litisconsorzio. La Cassazione (Cass. n. 10211/2011, cit.), a tal punto, correttamente afferma che il singolo convenuto, per liberarsi dalla responsabilità solidale, deve provare che il suo specifico comportamento non è stato condizionato dall'intesa e che il rapporto contrattuale con l'attore non ha subito alcun pregiudizio dall'intesa restrittiva. In assenza di tale prova, si presume la responsabilità solidale per il danno collettivo al mercato.

(40) Secondo la Cassazione nel caso RC Auto (Cass. n. 10211/2011), con la declaratoria di nullità l'attore si libera dalle
(segue)

n. 287/1990 e l'art. 101 TFUE prevedono la nullità delle intese restrittive della concorrenza che, secondo la Cassazione, produrrebbe una nullità derivata dei singoli contratti stipulati con i consumatori.

La tesi appare innovativa, anche se non si comprende come la nullità di un'intesa restrittiva possa estendersi a un contratto con uno dei "cartellisti" e un consumatore intermedio o finale (41). Ma la nullità mediata del singolo contratto legittimerebbe il cliente a richiedere, magari ai sensi della disciplina sulla ripetizione dell'indebito o dell'arricchimento senza causa, l'intero prezzo del contratto nullo, salva la facoltà dell'impresa di eccepire che un servizio è stato reso o un bene comunque ceduto, il cui valore andrebbe, tuttavia, determinato ipotizzando un contesto fattuale non condizionato dall'illecito anti-competitivo. Si ritorna dunque al market test; nell'ipotesi prospettata sarà tuttavia il convenuto a dover provare il "prezzo giusto" del bene o servizio condizionato dall'intesa illecita; in assenza di tale prova avremmo nei fatti un risarcimento ben più elevato del danno effettivo (l'intero valore del bene o servizio condizionato dall'illecito anticompetitivo). Da rilevare come la nullità del contratto potrebbe essere fatta valere in qualunque momento, non operando il meccanismo della prescrizione quinquennale dell'illecito antitrust.

Se il legislatore intervenisse prevedendo espressamente la nullità parziale dei contratti condizionati dall'illecito anti-competitivo (nullità che può essere fatta valere solo dal soggetto che ha subito l'illecito), potremmo introdurre nel nostro ordinamento un meccanismo di rilevante agevolazione dell'onere della prova del danno; alla luce dell'attuale disciplina, invece, lo strumento della nullità mediata come sopra descritto, presenta seri problemi di inquadramento sistematico con la disciplina codicistica in tema di nullità ed annullabilità dei contratti.

Acquisizione delle prove. L'accesso al fascicolo del procedimento

La decisione finale (o, nel caso italiano, anche il provvedimento di avvio istruttorio) si fonda su di un fascicolo del procedimento il cui contenuto può essere essenziale per corroborare in sede civile richieste di risarcimento da danno antitrust. Pur essendo vero che la decisione è un importante strumento di prova, questa potrebbe non essere sufficiente, in punto di fatto, a corroborare in modo esaustivo le specifiche richieste risarcitorie riferibili all'illecito accertato dall'Autorità o dalla Commissione (42). Si pensi, ad esempio, a un cartello sui prezzi ove l'Au-

torità, una volta accertato l'oggetto anticoncorrenziale, ritenga superfluo investigare sugli effetti; peraltro l'Autorità nella decisione finale potrebbe accontentarsi di stigmatizzare l'oggetto anti-competitivo senza analizzare in dettaglio eventuali evidenze acquisite al fascicolo del procedimento, riguardanti gli effetti del cartello. La discrezionalità dell'Autorità nell'investigare e sanzionare potrebbe indurre quest'ultima a tralasciare alcune ipotesi accusatorie più complesse, per sanzionare quelle di più immediata accertabilità; in breve, il fascicolo del procedimento potrebbe contenere spunti in ordine alla definizione dell'illecito e agli effetti di quest'ultimo che potrebbero non emergere in tutto od in parte nella decisione finale (ad esempio, evidenze di danni a singoli utenti, non rilevanti ai fini della decisione finale ma essenziali in un giudizio civile). Dopo il provvedimento di chiusura istruttorio, il fascicolo del procedi-

Note:

(continua nota 40)

obbligazioni assunte nei confronti dell'impresa e neutralizza il contratto a valle che quindi non produrrebbe effetti giuridici. La dichiarazione di nullità è il presupposto per l'esperimento dell'azione risarcitoria con la quale il consumatore può recuperare quei vantaggi economici che avrebbe conseguito se avesse contratto in assenza del cartello. Secondo la Cassazione, l'azione risarcitoria concorre a garantire una più efficace applicazione del diritto antitrust, poiché consente di «impedire il conseguimento del frutto dell'intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria la eliminazione dei suoi effetti».

(41) È sicuramente contraria alla legge, e dunque nulla anche ai sensi dell'art. 1418 c.c., l'intesa restrittiva, ma sfugge come si possa affermare la nullità del contratto di assicurazione condizionato dal cartello, ovvero l'illecita di causa o motivi di quest'ultimo. Se ci si vuole muovere in un'ottica contrattuale, si potrebbe, semmai, invocare la disciplina dei vizi del consenso; l'assicurazione con dolo impone condizioni contrattuali sapendo che il contraente non ha alternative a causa del cartello e impone nei fatti condizioni contrattuali che in assenza del cartello il consumatore non avrebbe accettato, stante la presenza di migliori alternative nel mercato. Si potrebbe a rigori ipotizzare, nel caso di specie, la sussistenza di un contratto stipulato ed eseguito in mala fede (art. 1375 c.c.).

(42) Si rinvia alla Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, degli artt. 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, 2005/C 325/07, in GUCE C 325/7 del 22 dicembre 2005, punto 48. Nel Libro Bianco, la Commissione, basandosi sull'approccio seguito nella Direttiva 2004/48/CE - la c.d. direttiva *enforcement* in materia di proprietà intellettuale - propone l'attribuzione ai giudici nazionali, in circostanze tassative, di un potere di *discovery* relativamente a "categorie di prove rilevanti" che l'attore abbia dimostrato di non poter presentare in altro modo. Al fine di evitare l'abuso del diritto di *disclosure*, il Libro Bianco elenca diversi requisiti che l'attore è chiamato a soddisfare: (i) l'adempimento dell'onere di allegazione dei fatti e dei mezzi di prova a tutela della propria pretesa, (ii) la prova della ragionevole impossibilità di raccolta delle prove di cui si domanda l'accesso, (iii) la specificazione delle categorie di prove da divulgare, (iv) la prova della rilevanza, necessità e proporzionalità della divulgazione.

mento potrebbe rappresentare un'importantissima fonte di acquisizione delle prove dell'illecito e del nesso causale tra l'illecito e il danno.

Occorre a tal punto chiedersi entro che limiti si possa avere accesso ad un fascicolo di una procedura antitrust; la risposta va differenziata distinguendo gli accessi presso la Commissione e presso l'Autorità, stante le distinte discipline applicabili.

Accesso al fascicolo della Commissione

La disciplina comunitaria prevede, in via generale, la possibilità che terze parti possano richiedere e ottenere accesso ai fascicoli del procedimento della Commissione ai sensi del Regolamento 1049/2001 del 30 maggio 2001 (43). Malgrado tale disciplina non ponga dubbi in ordine alla accessibilità dei fascicoli, si registra una certa ritrosia della Commissione a riconoscere l'accesso al fascicolo a soggetti che non siano parti del procedimento, specie se il procedimento è stato avviato a seguito di *leniency applications*. Questa tendenza è stata controbilanciata da una giurisprudenza comunitaria che, in modo più equilibrato, tende a riconoscere il diritto di accesso con maggiore ampiezza (44).

Il Tribunale di primo grado CE, in una recente pronuncia (45), ha specificatamente sottolineato che l'interesse di una società che ha preso parte ad un cartello vietato a evitare azioni di risarcimento danni non può essere considerato come un interesse commerciale meritevole di tutela; tenuto conto dell'immanenza del principio comunitario secondo il quale ciascun soggetto ha il diritto di richiedere il risarcimento dei danni provocati da azioni idonee a restringere o distorcere la concorrenza. La Corte ha altresì chiarito che nei fatti il rimedio della *leniency* non è l'unico strumento utilizzabile per garantire il rispetto della disciplina comunitaria della concorrenza, dato che anche il *private enforcement* è strumento parimenti idoneo a perseguire tale finalità.

Pertanto, la Corte chiaramente esprime il principio secondo il quale l'accesso ai documenti di un fascicolo non può essere *tout court* negato per il sol fatto che tale accesso possa rendere meno efficace i programmi di clemenza; un diniego d'accesso, pertanto, deve essere motivato su specifiche ed effettive motivazioni collegate allo scopo dell'investigazione (46). Tale decisione è estremamente importante perché ribadisce l'esistenza di un diritto dei terzi ad avere accesso ai fascicoli della Commissione, quando questi siano utili in un procedimento civile volto ad accertare e risarcire i danni provocati da un illecito accertato e sanzionato dalla Commissione.

Sono, peraltro, pendenti altri casi ove privati chiedono l'annullamento di un diniego di accesso opposto dalla Commissione in casi di cartello (47). Uno di questi casi è particolarmente interessante in quanto il ricorrente ha fondato la propria richiesta di accesso in considerazione di gravissimi danni che quest'ultimo avrebbe subito da un cartello, danni che la Commissione, secondo il ricorrente, non avrebbe adeguatamente quantificato nella decisione finale. Pertanto, il ricorrente sostiene che la documentazione del fascicolo del procedimento contenga delle evidenze non correttamente considerate dalla Commissione che potrebbero consentire di accertare gli assunti maggiori danni invocati dal soggetto richiedente l'accesso.

Accesso al fascicolo: disciplina nazionale

Con riferimento all'Autorità, l'ordinamento nazio-

Note:

(43) Per ciò che concerne la possibilità di ottenere la *disclosure* di quanto raccolto nel fascicolo istruttorio della Commissione, si rinvia al Reg. (CE) 773/2004, in GUCE, L 123/18, del 27 aprile 2004, artt. 15 e 16. Si veda anche la *Comunicazione della Commissione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, 2005/C 325/07*, in GUCE C 325/7 del 22 dicembre 2005.

(44) Tribunale di primo grado ha annullato la decisione della Commissione con la quale è stato negato ad una associazione di consumatori austriaca (*Verein für Konsumenteninformation*) l'accesso ai documenti relativi ad un'investigazione concernente un cartello delle banche austriache (*Lombard Club*) Caso T-2/03OJ L 145/43, 31 maggio 2001.

(45) Di particolare interesse è il recente caso (Caso T-437/08, decisione del 15 dicembre 2011) di una Società (la CDC HP) che ha fatto ricorso presso il Tribunale di primo grado contestando la legittimità del rifiuto della Commissione di consentire l'accesso ai sensi del Reg. 1049/2001 ai fascicoli di un procedimento che riguardava un assunto cartello nel settore del perossido di idrogeno (Case COMP/F/38.620 - *Hydrogen peroxide and perborate*). Nella decisione oggetto d'impugnazione, la Commissione aveva fondato il proprio diniego all'accesso osservando che la segretezza del fascicolo era essenziale per preservare, in via generale, l'attrattività dei programmi di clemenza nei casi futuri. Il Tribunale di primo grado ha motivato l'annullamento della decisione della Commissione, affermando che lo scopo del Reg. n. 1049 del 2001 consiste nel dare a chiunque il più ampio diritto all'accesso alla documentazione detenuta dalle istituzioni comunitarie, ragion per cui, la deroga a tale principio rappresenta una eccezione che va applicata in modo restrittivo, così in particolare, le eccezioni disciplinate dall'art. 4 del citato regolamento.

(46) La Corte (Caso T-437/08), inoltre, ritiene che l'accesso non possa essere negato una volta conclusa l'investigazione, asserendosi che quest'ultima potrebbe essere successivamente annullata in sede di revisione giurisdizionale, perché in quel momento, in assenza di una decisione giudiziale di annullamento, la decisione della Commissione è da considerarsi pienamente valida ed efficace.

(47) Caso T-380/08, Olanda - Commissione; Caso T-344/08, EnBW Energie Baden-Württemberg - Commissione.

nale prevede due tipologie di accesso; quello strumentale alla tutela delle parti di un procedimento antitrust (tutela endo-procedimentale) e un accesso informativo riconosciuto a soggetti terzi che abbiano un interesse qualificato all'accesso al fascicolo. Secondo le regole collegate alla tutela endo-procedimentale, solo le parti del procedimento e i soggetti che hanno partecipato in qualità di intervenienti (ad esempio i denunciati) possono accedere al fascicolo (48). Ma cosa succede se chi voglia agire per i danni del cartello accertato dall'Autorità non è intervenuto nel procedimento? Sul punto la giurisprudenza riconosce un diritto di accesso al fascicolo di terzi (accesso informativo) che prescinde dai fini di tutela delle parti nel procedimento.

Come detto, la giurisprudenza amministrativa (49) ha sistematizzato la disciplina del diritto di accesso, distinguendo l'accesso nel corso del procedimento principalmente posto a tutela delle parti del procedimento (50), dall'accesso c.d. informativo ai sensi del comma 7 dell'art. 24 l. n. 241 del 1990, secondo cui «... deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici» (51).

Ovviamente l'Autorità soppeserà, nell'ambito dell'accesso informativo, le contrapposte esigenze di riservatezza che possono in tutto od in parte limitare la richiesta di accesso, emettendo una decisione a sua volta impugnabile al TAR. Vedremo nei successivi paragrafi se l'Autorità possa *tout court* negare l'accesso ai fascicoli di procedimenti che contengono *leniency applications*, motivando tale decisione con l'esigenza di non disincentivare il ricorso all'autodenuncia con correlativa richiesta d'immunità.

Un tema parallelo riguarda il fascicolo delle investigazioni non sfociate in un avvio d'istruttoria (dette impropriamente, nel gergo dell'Autorità, indagini pre-istruttorie); malgrado le ritrosie dell'Autorità nel dare accesso a tali fascicoli, i principi consolida-

più approfondita valutazione sull'opportunità di agire in giudizio a tutela della propria posizione e dall'altro, consente di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa ed a fornire lo svolgimento imparziale del procedimento (conforme T.a.r. Lazio, sentenza del 15 dicembre 2000, n. 12144).

(50) La giurisprudenza ritiene che sussista nel corso del procedimento un diritto alla 'parità delle armi' tra accusa e difesa che impone un diritto di accesso alla documentazione idonea a non mettere l'impresa investigata in una posizione sfavorevole rispetto all'Autorità (Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864). Sul piano comunitario, un definitivo riconoscimento del principio della "parità delle armi" tra accusa e difesa si è avuto con la giurisprudenza c.d. "carbonato di sodio" (cfr. Trib. CE, T-30/91, 29 giugno 1995, Solvay e Trib. CE, T-36/91, 29 giugno 1995, I.C.I.). Il T.a.r. nel caso T.a.r. Lazio 10 febbraio 2012, in particolare, rileva che ai sensi dell'art. 23 della l. n. 241/1990, il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'art. 24. L'art. 13 del d.P.R. n. 217/1998 (regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), il diritto di accesso può essere limitato bilanciando il diritto di difesa delle parti del procedimento con la tutela delle informazioni confidenziali. L'art. 12 dello stesso decreto stabilisce che le informazioni raccolte in applicazione della legge e del regolamento possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state richieste e, ai sensi dell'art. 14, comma 3, della legge, sono tutelate dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, fatti salvi gli obblighi di denuncia di cui all'art. 331 c.p.p. e quelli di collaborazione con le istituzioni delle Comunità europee di cui agli artt. 1, comma 2, e 10, comma 4, della l. n. 287/1990. Tale norma non può, tuttavia, come erroneamente in dottrina si è sostenuto (C. Tesauro cit.), rappresentare un limite all'accesso di un soggetto che intenda acquisire documentazione per un causa civile avverso le imprese condannate dall'Autorità per violazione della normativa antitrust, ma come semplice limite all'uso della documentazione acquisita dall'Autorità nel corso del procedimento, documentazione che non può essere utilizzata per scopi diversi (ad esempio una denuncia dell'Autorità all'autorità fiscale per violazioni tributarie che emergano dalla documentazione acquisita agli atti di un procedimento per l'accertamento di una intesa) con l'unico limite dell'evidenza di fatti di reato, per i quali vige l'obbligo di denuncia ex art. 331 c.p.p.

(51) La giurisprudenza chiarisce, infatti, che l'art. 13 del regolamento delle procedure istruttorie dell'Autorità disciplina la possibilità dell'accesso c.d. procedimentale, di cui agli artt. 7 ss. della l. n. 241/1990, mentre nulla stabilisce in ordine all'accesso c.d. informativo, vale a dire successivo alla conclusione del procedimento, al quale si riferiscono gli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale trova applicazione, anche nei confronti dell'Autorità, il comma 7 dell'art. 24 della l. n. 241 del 1990, secondo cui dal citato organo posto a presidio della concorrenza deve «... comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici»; in questi termini T.a.r. Lazio 10 febbraio 2012, cit., il quale in particolare afferma che: «Nell'osservare come l'art. 23 della legge 241/1990 richiami il diritto di accesso di cui all'art. 22, deve conseguentemente escludersi che per le Autorità di garanzia e di vigilanza non possa essere esercitato alcun accesso ai documenti una volta terminato il procedimento: per l'effetto trovando applicazione, con riferimento all'accesso c.d. informativo, i principi generali dettati dalla legge (e, segnatamente, il principio generale di cui all'art. 24, la cui applicazione, peraltro, è espressamente prevista dal richiamato art. 23). Trova, pertanto, applicazione nei confronti dell'Autorità il comma 7 dell'art. 24 della l. n. 241 del 1990, secondo cui deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici».

Note:

(48) L'Autorità gode di un ampio potere discrezionale nel valutare la natura confidenziale di certe informazioni che vengono temporaneamente sottratte all'accesso di terzi, salvo essere utilizzate (e rese accessibili in un secondo momento) per provare l'illecito, se prevale l'interesse pubblico all'accertamento dell'illecito rispetto alla tutela della riservatezza del dato.

(49) Da ultimo, T.a.r. Lazio 10 febbraio 2012, caso 4212/2011 *AGCM contro Alitalia*. Secondo T.a.r. Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, il diritto d'accesso ai documenti amministrativi, azionabile da chiunque possieda un qualificato interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, ha una duplice finalità in quanto consente da un lato, la conoscenza degli atti sulla cui base l'amministrazione ha formato la propria volontà ed ha assunto la conseguente determinazione, consentendo così una

ti in dottrina e giurisprudenza dovrebbero consentire l'accesso anche a tali fascicoli quando è ragionevole presumere che questi contengano dati utili per provare un illecito anti-competitivo; d'altra parte l'Autorità può non avviare istruttoria non solo perché non ha raccolto evidenze sufficienti, ma per motivi diversi. Alla stessa conclusione deve giungersi per l'accesso al fascicolo delle indagini conoscitive. Sul punto occorre svolgere alcune notazioni di carattere pratico. Di regola chi richiede l'accesso non conosce in dettaglio il contenuto dei documenti; pertanto appare utile in primo luogo chiedere l'accesso sia ai documenti esplicitamente citati nella decisione finale (52), sia all'elenco dei documenti. Una volta ottenuto l'elenco, il terzo potrà concentrare la propria richiesta sui documenti effettivamente utili, potendo orientare in modo maggiormente informato la propria richiesta di accesso che, per prassi dell'Autorità, deve essere motivata per ciascun documento o gruppo omogeneo di documenti contenuti nel fascicolo dei quali si richieda l'accesso.

L'accessibilità della *leniency application*

Come ampiamente discusso da dottrina e giurisprudenza, l'introduzione di strumenti di *disclosure* pone problemi particolari con riferimento al possibile uso delle dichiarazioni e della documentazione fornita all'autorità di concorrenza dal *leniency applicant*. È, infatti, evidente che siffatto utilizzo potrebbe disincentivare il ricorso ai programmi di clemenza, che costituiscono uno degli strumenti di *enforcement* più efficaci di cui le autorità di concorrenza dispongono. È evidente, invero, che il tema della *disclosure* in caso di *leniency* implica un delicato bilanciamento d'interessi pubblici e privati parzialmente contrastanti.

La Commissione europea, pur ammettendo in linea di principio che «la concessione dell'immunità da un'ammenda o della riduzione del suo importo non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile derivanti dalla sua partecipazione ad un'infrazione» (53), esclude che si possano inviare alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza aver previamente ottenuto il consenso di quest'ultima (54).

La questione, con riferimento alle autorità degli stati membri è meno netta ed è stata oggetto di un importante caso giudiziario. Ci si riferisce in particolare a un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (55) riguardante l'accesso al fascicolo di un procedi-

mento a conclusione del quale il *Bundeskartellamt*, in applicazione dell'art. 81 CE, ha accertato e sanzionato un'intesa nel settore delle carte decorative. L'Avvocato Generale Mazàk ha proposto ai giudici di differenziare il trattamento da riservare ai corpora-

Note:

(52) T.a.r. Lazio, sentenza 12 luglio 2000, n. 7089, ha affermato che solo le informazioni e i documenti forniti dalle imprese nel corso di formali istruttorie sono soggette al vincolo del segreto d'ufficio e alla disciplina prevista dal d.P.R. n. 217/1998 (in particolare l'art. 17), mentre per le informazioni e la documentazione acquisite dall'Autorità nel corso delle indagini conoscitive generali, si applica la disciplina generale contenuta nella l. n. 241/1990 e nei regolamenti applicativi. Dunque, stando al principio espresso dal TAR, nel caso di specie, non sussistono ragioni per escludere in linea di principio l'accesso ai fascicoli riferiti ad indagini conoscitive dell'Autorità.

(53) Cfr. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, cit. punto 39.

(54) Cfr. *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE*, cit., 26. La Commissione, nel Libro bianco, chiarisce che le misure volte a creare un sistema efficace di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE da parte dei privati «non si sostituiscono o compromettono l'applicazione di dette norme da parte delle autorità pubbliche».

(55) Causa Pfleiderer, cfr. causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*. La Corte tedesca, chiamata a valutare una richiesta di esibizione di una *leniency application*, ha investito della questione la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale. La decisione che ha accertato il cartello, aveva passato indenne la revisione giurisdizionale. Un cliente dei soggetti sanzionati dal *Bundeskartellamt* (*Pfleiderer*) ha formulato a quest'ultimo richiesta per avere accesso integrale agli atti relativi al procedimento; ciò al fine di predisporre azioni civili di risarcimento del danno. Con lettera dell'8 maggio 2008, il *Bundeskartellamt* ha risposto alla domanda di accesso agli atti comunicando in forma anonima le tre decisioni che hanno inflitto le ammende, nonché un elenco degli elementi di prova raccolti nel corso della perquisizione. Con una seconda lettera, la *Pfleiderer* ha quindi espressamente richiesto al *Bundeskartellamt* l'accesso a tutti gli atti del fascicolo, compresi i documenti relativi alle domande di trattamento favorevole volontariamente trasmessi dai richiedenti e gli elementi di prova posti sotto sequestro. Il 14 ottobre 2008 il *Bundeskartellamt* ha parzialmente respinto tale domanda ed ha limitato l'accesso al fascicolo a una versione da cui erano stati espunti i segreti aziendali, i documenti interni e i documenti di cui al punto 22 della comunicazione del *Bundeskartellamt* sulla clemenza, senza concedere neppure l'accesso agli elementi di prova posti sotto sequestro. La *Pfleiderer* ha pertanto proposto ricorso dinanzi all'*Amtsgericht* di Bonn avverso tale decisione di rinvio parziale. Il 3 febbraio 2009 l'*Amtsgericht* ha adottato una decisione con cui ha ordinato al *Bundeskartellamt* di consentire alla *Pfleiderer* l'accesso agli atti. Secondo l'*Amtsgericht*, la *Pfleiderer* disponeva di un «interesse legittimo» ad ottenere l'accesso ai documenti, poiché questi dovevano servire alla predisposizione di azioni civili di risarcimento del danno. L'*Amtsgericht* ha pertanto ordinato l'accesso agli elementi del fascicolo che il richiedente il trattamento favorevole ha volontariamente messo a disposizione dell'autorità garante della concorrenza tedesca. Quanto ai segreti aziendali e ai documenti interni, vale a dire le indicazioni del *Bundeskartellamt* e la corrispondenza redatta nell'ambito della Rete europea della concorrenza (in prosieguo: la "REC"), l'accesso ai medesimi è stato limitato. La decisione del giudice è stata sospesa in attesa dell'esito del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

te statements, da un lato, ed ai documenti preesistenti presentati dal richiedente il trattamento favorevole, dall'altro, ritenendo, in particolare, che l'accesso ai primi debba essere escluso per non incorrere nel rischio di disincentivare i programmi di clemenza; al contrario, secondo Mazàk, non concedere l'accesso ai documenti preesistenti che possano aiutare la parte che si asserisce danneggiata a soddisfare l'onere della prova, sarebbe contrario ai diritti fondamentali, ad un ricorso effettivo e ad un equo processo (56).

La posizione di buon senso dell'Avvocato Generale si rispecchia poi nella sentenza (57), la quale afferma come la normativa interna non possa essere improntata in modo da rendere «... impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione del diritto dell'Unione». Tale asserzione lascia intendere come un accesso indiscriminato ai *corporate statements* potrebbe incidere negativamente sul sistema europeo dei programmi di clemenza e sulla stessa applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE (58).

Fatta tale premessa, dunque, la Corte afferma che, in linea di principio, il regolamento n. 1/2003, non osta a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi a un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione. Spetta, tuttavia, ai giudici degli Stati membri, sulla base dei rispettivi diritti nazionali, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, ponderando gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione. Dunque, la Corte rinvia a un criterio di ragionevolezza, ponendo, tuttavia, come limite la necessità di non consentire interpretazioni che possano incidere in modo decisivo sulla disciplina comunitaria dei programmi di clemenza; la Corte dunque 'dice e non dice' e rinvia alla fine al buon senso dei giudici nazionali.

Con riferimento all'ordinamento italiano, non riteniamo che le dichiarazioni confessorie rese dai *leniency applicants* e acquisite agli atti del procedimento debbano avere diversa sorte da un qualunque altro documento del fascicolo dei procedimenti nazionali e comunitari (59); ci rendiamo conto che acquisire un documento nel quale un'impresa incolpa se stessa è forse la regina delle prove la cui utilizzabilità in sede di risarcimento del danno renderebbe meno conveniente il ricorso al rimedio della *leniency*.

Fatta tale premessa, occorre individuare due profili. Il primo riguarda i limiti entro i quali l'Autorità può opporsi a una richiesta di accesso simile a quello che ha originato il caso *Pfleiderer*. A opinione di chi scri-

ve, qualunque sforzo dell'Autorità volto a non dare comunque accesso ai *corporate statements* di un *leniency applicant* a chi voglia ottenere il risarcimento dei danni subiti da un cartello o pratica concordata sarebbe del tutto illegittimo, dato che avrebbe l'unica funzione di proteggere una impresa che ha violato una legge nazionale o comunitaria, impedendo il legittimo risarcimento del danno arrecato ai terzi da tale violazione di legge. Vero è che l'Autorità per legge deve, in tutto o in parte, rinunciare ai propri poteri sanzionatori a favore del *leniency applicant*; quest'ultima tuttavia non può nei fatti porre in essere alcun comportamento volto a impedire o rendere maggiormente difficoltoso il diritto a un giusto risarcimento del danno provocato dall'illecito autodenunciato, altrimenti ci troveremmo di fronte alla sostanziale espropriazione del diritto al risarcimento del danno riferibile non solo alla disciplina generale di cui all'art. 2043 c.c., ma alle specifiche disposizioni di cui all'art. 33 l. n. 287 del 1990 (60).

Calando la questione nel contesto del diritto inter-

Note:

(56) Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazàk, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, 44 ss.

(57) Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*.

(58) In particolare, la Corte afferma che: «Tuttavia, anche se l'adozione e l'applicazione di tali norme rientrano nella competenza degli Stati membri, questi devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 12 novembre 2009, causa C-154/08, Commissione/Spagna, punto 121 e giurisprudenza ivi citata). In particolare, essi non possono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 16 luglio 1998, causa C-298/96, *Oelmühle e Schmidt Söhne*, *Racc. pag. I-4767*, punti 23 e 24 nonché la giurisprudenza citata) e, per quanto riguarda in particolare il settore del diritto della concorrenza, essi devono assicurarsi che le norme che adottano o applicano non pregiudichino l'effettiva applicazione degli artt. 101 TFUE e 102 TFUE».

(59) Va segnalato che lo stesso Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2010, n. 4774, *L'Oreal Italia s.p.a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, sotto il profilo sostanziale, ha ammesso la facoltà per l'Autorità di consentire, nell'ambito della tutela endo-procedimentale, la mera visione delle dichiarazioni ufficiali dei richiedenti il trattamento favorevole senza l'estrazione di copia, in conformità a quanto previsto ai punti 33 e 34 della Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione dei loro importi nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11).

(60) M. Jeager, *Speech at European Litigation 2010 Conference, Bruxelles*, 5 March 2010, afferma che il diritto del singolo al risarcimento del danno subito è parte del più ampio diritto fondamentale di proprietà, il quale, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, può venire compreso soltanto sulla base di adeguate disposizioni normative. L'effettività del diritto di poter ottenere in sede risarcitoria i danni collegati alla violazione di norme antitrust viene considerato da più parti come un diritto fondamentale garantito dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo così come dalla Costituzione di diversi stati membri.

no, emergono profili anche di conformità costituzionale (art. 41, comma 3, Cost.); il limitare l'accesso alle dichiarazioni aziendali del *leniency applicant* proprio per favorire tali pentimenti sarebbe operazione incostituzionale, dato che lo Stato, oltre a limitare i propri poteri sanzionatori, renderebbe più difficile il diritto di propri cittadini ad ottenere un giusto risarcimento, operazione che oltre a limitare il diritto ad un giusto processo ex art. 24 Cost., sarebbe nei fatti azione espropriativa del diritto al risarcimento effettuata senza alcun equo indennizzo.

Va comunque rilevato che, se già dal provvedimento dell'Autorità o della Commissione è agevolmente individuabile l'identità del *leniency applicant* e il perimetro della ammissione di colpa di quest'ultimo, l'accesso a tale documento potrebbe non essere essenziale nell'ambito del procedimento civile (e in questi termini potremmo richiamare il principio di ragionevolezza richiamato dalla Corte di Giustizia nel caso *Pfleiderer*).

La tesi è confermata dalla stessa Commissione che, in un parere reso all'Alta Corte Inglese in data 3 novembre 2011, ai sensi dell'art. 15, comma 3, del Reg. 1/2003 (61), ha sostenuto che anche i *corporate statement* di un *leniency applicant* potrebbero essere accessibili quando rappresentano, tuttavia, l'unico strumento per provare il danno.

Tale conclusione, tuttavia, impone all'Autorità, in sede di stesura della decisione finale, di fornire con maggiore precisione possibile i dati sul coinvolgimento delle imprese che hanno realizzato l'illecito anticompetitivo, comprese quelle che hanno in tutto o in parte beneficiato di un'immunità; solo in tal modo sarà, nella maggior parte dei casi, non necessario procedere all'accesso o esibizione della *leniency application*; se, invece, il provvedimento dell'Autorità è magari volutamente non dettagliato proprio per coprire chi ha beneficiato del programma di clemenza, a tal punto diviene arduo affermare una non accessibilità assoluta della *leniency application* senza andare a violare diritti costituzionalmente tutelati.

Poteri istruttori del giudice di richiedere l'accesso ai documenti dell'Autorità o della Commissione

Tutte le valutazioni riguardanti l'accesso agli atti possono essere di grande ausilio anche per definire i limiti dei poteri istruttori che un giudice può esercitare pendente un procedimento civile per il risarcimento di un danno antitrust. Una parte, infatti, può chiedere al giudice l'adozione di un ordine di esibizione documentale ai sensi dell'art. 210 c.p.c. Trat-

tasi di un provvedimento discrezionale del giudice di merito (censurabile, come tale, in sede di legittimità solo per vizio di motivazione). Tale ordine, per giurisprudenza costante, può riguardare, documenti che siano specificamente indicati dalla parte che ne abbia fatto istanza, dei quali sia noto, o almeno assertivamente indicato, un preciso contenuto che sia influente per la decisione della causa. La richiesta deve peraltro riguardare documenti che risultino indispensabili al fine della prova dei fatti controversi e che concernano fatti o elementi la cui prova non sia acquisibile *aliunde* (62).

Con riferimento al fascicolo del procedimento dell'Autorità, si potrebbe formulare istanza al giudice, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., affinché quest'ultimo richieda all'Autorità l'esibizione dei documenti del fascicolo specificamente richiamati nella decisione finale sui quali l'Autorità fonda la prova di un fatto rilevante per la causa civile. Per i documenti non citati nella decisione finale, si potrebbe peraltro chiedere prima l'esibizione dell'elenco dei documenti del fascicolo del procedimento e concentrare successivamente la richiesta su specifici documenti.

Riteniamo, peraltro, che i fatti che risultano già accertati nella decisione finale (e che rappresentano una prova non contestata dal convenuto) rendano non utile l'esibizione dei documenti che provano tale asserzione; a decisione opposta deve pervenirsi se controparte contesti un'asserzione dell'Autorità contenuta nella decisione finale con produzione a controprova di documenti o altre evidenze probatorie ammesse dal giudice; in tale caso l'esibizione della documentazione posta a fondamento dell'asserzione dell'Autorità e contenuta nel fascicolo del procedimento può risultare essenziale per controbatte alle prove dedotte dal convenuto.

Per costante giurisprudenza, tale mezzo istruttorio, non può avere fini meramente esplorativi, e cioè «... non può essere richiesto ed ammesso al solo scopo di indagare se detta prova possa essere rinvenuta nei

Note:

(61) Trattasi di procedimento ove la *National Grid* britannica, ha richiesto all'Alta Corte inglese di ordinare accesso ai documenti del fascicolo del procedimento relativo a un cartello accertato dalla Commissione (Decisione della Commissione del 24 gennaio 2007 (Caso COMP/F/38.899 *Gas insulated switchgear*) che avrebbe danneggiato il richiedente, compresi i *corporate statement* del *leniency applicant*. La Corte (con decisione del 4 aprile 2012 Caso N. HC08C03243), seguendo il parere della Commissione, ha affermato che tale accesso è ammissibile purché vengano soppesate le istanze di riservatezza con l'obiettivo di acquisire adeguati elementi di prova del danno.

(62) Cass. n. 10043/2004; Cass. n. 5908/2004; Cass. n. 13072/2003; Cass. n. 12782/2003; Cass. n. 10916/2003; Cass. n. 149/2003; Cass. n. 4363/1997; Cass. n. 4907/1988.

documenti stessi, altrimenti lo stesso servirebbe a supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante» (63). L'esibizione a norma dell'art. 210 c.p.c. «... non può quindi in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante» (64). Per tale motivo non riteniamo che si possa richiedere al giudice un generico ordine di esibizione a tutto il fascicolo del procedimento dell'Autorità, dovendosi svolgere una richiesta che delimiti in modo ragionevolmente certo il perimetro dell'istanza di esibizione.

Sempre per giurisprudenza costante, l'esibizione, a norma dell'art. 210 c.p.c., non può essere ordinata allorché l'istante avrebbe potuto di propria iniziativa acquisire la documentazione in questione, acquisendone copia e producendola in causa (65). Considerato che in linea teorica un terzo può chiedere direttamente all'Autorità l'accesso ai documenti del fascicolo, la parte dovrebbe prima formulare una richiesta d'accesso all'Autorità; qualora tale istanza venga in parte o interamente respinta, la parte potrà legittimamente richiedere l'esercizio dei poteri del giudice di cui all'art. 210 c.p.c.

Potrebbero anche invocarsi i poteri del giudice d'ispezione ai sensi dell'art. 118 c.p.c.; nel caso in cui il terzo al quale si chiede l'esibizione di documenti fosse l'Autorità, questa potrebbe opporre un rifiuto solo a tutela del segreto professionale.

Da valutare infine se il giudice, in presenza di una controversia in ordine alla accessibilità di documenti in possesso dell'Autorità, possa esercitare i poteri di cui all'art. 670, n. 2, c.p.c., ordinando il sequestro dei documenti la cui accessibilità sia controversa.

Rileva, infine, la possibilità per il giudice di richiedere informazioni alla P.A. (e dunque anche all'Autorità) ai sensi dell'art. 213 c.p.c.; ove la risposta dell'Autorità non sia soddisfacente, il giudice è tenuto al compiuto esercizio del relativo potere, reiterando la richiesta stessa o ulteriormente precisando quest'ultima (66). Tale strumento potrebbe essere impiegato sia per ottenere dall'Autorità un ausilio tecnico nell'ambito dell'attività istruttoria (*amicus curiae*), sia per ottenere, anche coattivamente, documenti o informazioni che il giudice ritiene siano in possesso dell'Autorità. In caso di un ordine circostanziato e reiterato da parte del giudice, non riteniamo che l'Autorità possa legittimamente esimersi dal rispondere, salvo a impugnare tale richiesta nelle opportune sedi giudiziarie.

Occorre, infine, ricordare, con riferimento alla Commissione, che nei procedimenti relativi all'applicazione dell'art. 101 del TFUE, le corti di ciascu-

no stato membro possono chiedere alla Commissione di trasmettere le informazioni in proprio possesso utili per l'accertamento dell'illecito anti-competitivo che la Corte nazionale sta valutando (art. 15, comma 1, Reg. 1/2003) (67).

Conclusioni

Rinviando alle conclusioni anticipate nelle premesse del presente lavoro, riteniamo che in linea di principio l'ordinamento appresti una serie di strumenti che gli operatori possono utilizzare per avviare un serio processo di *private enforcement* in Italia. Ovviamente il ruolo dell'Autorità e della Commissione in questo processo è ancora centrale; in seconda battuta sarà cruciale l'approccio che il sistema giudiziario civile adotterà in materia, così come fondamentale sarà il ruolo delle imprese, almeno quelle che vedono nel diritto della concorrenza non solo un rischio d'investigazioni e sanzioni, ma anche uno strumento positivo di sviluppo ed efficienza.

Note:

(63) Cass., sez. I, 8 agosto 2006, n. 17948; Cass. n. 10043/2004; Cass. n. 5908/2004; Cass. n. 13072/2003; Cass. n. 12782/2003; Cass. n. 10916/2003; Cass. n. 149/2003; Cass. n. 4363/1997; Cass. n. 4907/1988.

(64) Cass., sez. I, 8 agosto 2006, n. 17948; Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10043; Cass. n. 149/2003; Cass., sez. I, 4 settembre 1990, n. 9126.

(65) Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, n. 19475; Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 149 e Cass. n. 9514/1999.

(66) Cass. civ. n. 4034/1984. La richiesta di informazioni alla P.A. (art. 213 c.p.c.) costituisce una facoltà rimessa alla non sindacabile discrezionalità del giudice di merito, il cui mancato esercizio (pur in presenza di una specifica istanza in tal senso formulata dalle parti) non è in alcun modo censurabile in sede di legittimità (Cass. civ. n. 5794/1998).

(67) Sul punto, la Corte di Giustizia ha sottolineato la sussistenza del principio comunitario secondo il quale sussiste un obbligo di leale collaborazione tra le istituzioni comunitarie e le corti degli stati membri che sono competenti ad applicare il diritto antitrust europeo nel contesto di ciascuna disciplina interna. Pertanto, nell'ipotesi in cui una corte nazionale richieda l'assistenza alla Commissione Europea, quest'ultima deve prestare una propria attiva assistenza fornendo la documentazione richiesta e incaricando i propri funzionari a fornire tutte le evidenze che possano essere utili nell'ambito del procedimento nazionale (Corte di Giustizia 13 luglio 1990, Case 2/88-IMM, *Zwartveld*).

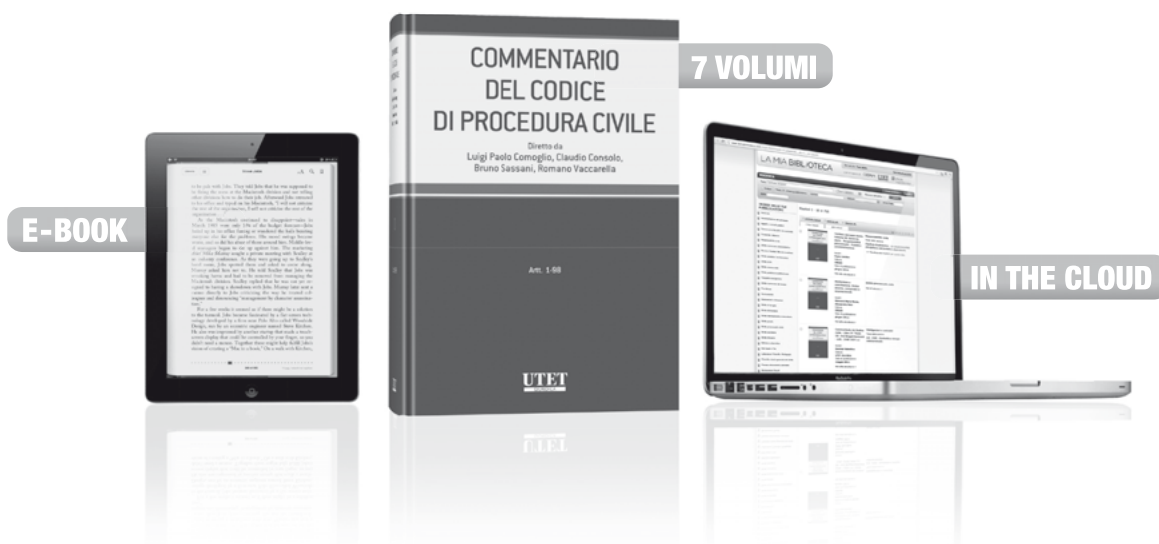
COMMENTARIO del CODICE di PROCEDURA CIVILE

diretto da

Romano Vaccarella, Bruno Sassani, Luigi Paolo Comoglio, Claudio Consolo



**Vi presentiamo un commentario davvero autorevole,
non solo sulla carta.**



Approfondisci la tua conoscenza del processo civile con la guida dei più insigni giuristi italiani. Scegli uno strumento di lavoro innovativo, completo, approfondito e - per la prima volta -

multiplatforma: il Commentario del Codice di Procedura Civile è infatti disponibile in formato cartaceo, e-book e "in the cloud", permettendoti di consultarlo ogni volta che ne hai bisogno.

www.commentariopc.it

UTET[®]
GIURIDICA

Vendita di pacchetti turistici

Inadempimento dell'organizzatore di viaggi, attuazione della finalità turistica e tutela del consumatore

CORTE DI GIUSTIZIA, Sez. V, 16 febbraio 2012, C-134/11 - Pres. Safjan - Avv. Gen. Mengozzi - B.-P. c. HanseMerkur Reiseversicherung AG.

L'articolo 7 della direttiva 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", deve essere interpretato nel senso che rientra nel suo campo di applicazione una situazione nella quale l'insolvenza dell'organizzatore del viaggio è dovuta alla condotta fraudolenta del medesimo.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Corte di Giustizia, 15 giugno 1999, C-140/97, in <i>Foro it.</i> , 1999, IV, 299; Corte di Giustizia, 1° dicembre 1998, C-410/96, in <i>Raccolta</i> , 1998, I, 7875; Corte di Giustizia, 15 maggio 1998, C-364/96, in <i>Foro it.</i> , 1998, IV, 289; Corte di Giustizia, 8 ottobre 1996, C-178, 179, 188, 189/94, in questa <i>Rivista</i> , 1997, 680, con osservazioni di S. Bastianon, G. Catalano.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

... Omissis ...

Causa principale e questione pregiudiziale

10 Il 4 agosto 2009 il sig. B.-P. prenotava, per sé e per sua moglie, un viaggio «tutto compreso» presso la Rhein Reisen GmbH (in prosieguo: la «Rhein Reisen»), che aveva stipulato, in quanto organizzatore del viaggio, un'assicurazione contro la sua insolvenza presso la HanseMerkur Reiseversicherung avente effetto dal 1° agosto 2009.

11 La Rhein Reisen presentava al sig. B.-P. due buoni di garanzia nei quali era previsto che il prezzo del viaggio gli sarebbe stato rimborsato in caso di mancata fornitura delle prestazioni di viaggio dovuta ad insolvenza dell'organizzatore del viaggio.

12 Prima che il viaggio iniziasse, la Rhein Reisen informava il sig. B.-P. di essere costretta a dichiarare la propria insolvenza.

13 Dagli atti di causa risulta che la Rhein Reisen, rappresentata da un amministratore unico, non aveva in realtà alcuna intenzione di dare esecuzione al viaggio in questione. Infatti, sia la cronologia degli eventi sia l'elenco dei movimenti del conto bancario di detto organizzatore farebbero emergere una condotta fraudolenta del medesimo.

14 Il sig. B.-P., pertanto, domandava alla HanseMerkur

Reiseversicherung il rimborso del prezzo del viaggio che aveva versato.

15 Quest'ultima, tuttavia, afferma di non essere tenuta ad effettuare un simile rimborso, dato che l'ipotesi di annullamento del viaggio imputabile esclusivamente alla condotta fraudolenta dell'organizzatore dello stesso non è contemplata dall'articolo 7 della direttiva 90/314.

16 Anche il giudice del rinvio dubita che la direttiva 90/314 sia volta a tutelare i consumatori dalle operazioni fraudolente degli organizzatori di viaggi.

17 Il Landgericht Hamburg, ritenendo che la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente dipenda dall'interpretazione della direttiva 90/314, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 7 della [direttiva 90/314] sia applicabile anche nel caso in cui l'organizzatore risulti insolvente perché fin dall'inizio ha utilizzato, in maniera fraudolenta, per altri scopi, tutto il denaro versato dai viaggiatori, senza avere mai pianificato l'effettuazione del viaggio».

Sulla questione pregiudiziale

18 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 7 della direttiva 90/314 debba essere interpretato nel senso che rientra nel suo campo di ap-

plicazione una situazione nella quale l'insolvenza dell'organizzatore del viaggio è dovuta alla condotta fraudolenta del medesimo.

19 A tale riguardo, si deve ricordare, in via preliminare, che l'articolo 7 della direttiva 90/314 pone in capo all'organizzatore del viaggio l'obbligo di disporre di garanzie idonee ad assicurare, in caso di insolvenza o di fallimento, il rimborso dei fondi depositati e il rimpatrio del consumatore; lo scopo di tali garanzie è quello di proteggere i consumatori contro i rischi economici derivanti dall'insolvenza o dal fallimento dell'organizzatore del viaggio (v. sentenza dell'8 ottobre 1996, Dillenkofer e a., C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Racc. pag. I-4845, punti 34 e 35).

20 L'obiettivo fondamentale di tale disposizione è, quindi, quello di garantire che, in caso di insolvenza o di fallimento del suddetto organizzatore, siano assicurati il rimpatrio del consumatore e il rimborso dei fondi da questo depositati (v., in tal senso, sentenza Dillenkofer e a., cit., punti 35 e 36).

21 Orbene, è necessario rilevare che il tenore letterale dell'articolo 7 della direttiva 90/314 non prevede, per la suddetta garanzia, alcuna condizione specifica relativa alle cause di insolvenza dell'organizzatore del viaggio.

22 A tale riguardo, la Corte ha dichiarato, al punto 74 della sentenza del 15 giugno 1999, Rechberger e a. (C-140/97, Racc. pag. I-3499), che l'articolo 7 della direttiva

va in esame contiene l'obbligo di risultato di conferire a coloro che partecipano a viaggi «tutto compreso» un diritto alle garanzie di rimborso delle somme versate e di rimpatrio in caso di fallimento dell'organizzatore di viaggi e che tali garanzie sono volte, per l'appunto, a tutelare il consumatore contro le conseguenze del fallimento, indipendentemente dalle cause del medesimo.

23 La Corte ne ha dedotto che circostanze quali il comportamento imprudente dell'organizzatore di viaggi o il verificarsi di eventi eccezionali o imprevedibili non possono costituire un ostacolo al rimborso dei fondi depositati e al rimpatrio dei consumatori ai sensi dell'articolo 7 della direttiva 90/314 (v. sentenza Rechberger e a., cit., punti 75 e 76).

24 Inoltre, una simile interpretazione dell'articolo 7 della direttiva 90/314 è corroborata dall'obiettivo che questa deve perseguire, che è quello di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori (v. sentenza Dillenkofer e a., cit., punto 39).

25 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla questione sottoposta che l'articolo 7 della direttiva 90/314 deve essere interpretato nel senso che rientra nel suo campo di applicazione una situazione nella quale l'insolvenza dell'organizzatore del viaggio è dovuta alla condotta fraudolenta del medesimo.

... *Omissis* ...

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4372 - Pres. Filadoro - Rel. Travaglini - P.M. Russo - M.R. c. Soc. Columbus Organizzazione Viaggi S.R.L.

Posto che la causa del contratto va intesa non già come funzione economico-sociale svincolata dalla singola fattispecie contrattuale, bensì come funzione economico-individuale del singolo, specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genetico quanto funzionale, l'obiettivazione di un motivo di cui la controparte sia resa espressamente partecipe è destinata ad integrare l'elemento causale della convenzione negoziale nella misura in cui esso risulta determinante della formazione del consenso (nella specie, in sede di vendita di pacchetto turistico era stata prevista la possibilità di immersioni subacquee, rivelatasi poi impraticabile, essendo l'attività di *diving* vietata in quel periodo nel luogo prescelto per la vacanza).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in <i>Foro it.</i> , Rep. 2009, voce <i>Contratto in genere</i> , n. 342; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in <i>Nuova giur. civ.</i> , 2008, I, 531; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in <i>Foro it.</i> , 2009, I, 214; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in <i>Corr. giur.</i> , 2006, 1718.
Difforme	Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in <i>Foro it.</i> , Rep. 2003, voce <i>Contratto in genere</i> , n. 375.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato.

Con il primo motivo, si denuncia violazione dell'art. 11 preleggi.

Il motivo è fondato.

Il tribunale di Genova ha fatto erronea applicazione dell'art. 87 e ss. D.Lgs. n. 206 del 2005, mentre la vicenda oggetto del presente giudizio, che risale all'anno 2001, resta governata, *ratione temporis*, dai principi di cui al D.Lgs. n. 111 del 1995.

Con il secondo motivo, si denuncia violazione dell'art. 8, u.c., art. 9, u.c., art. 14 D.Lgs. n. 111 del 1995, e dell'art. 1218 c.c., falsa applicazione dell'art. 81 D.Lgs. n. 206 del 2005.

Con il terzo motivo, si denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Il fatto controverso e decisivo per il giudizio viene indicato, ai sensi dell'art. 366-bis c.p.c., applicabile *ratione temporis*, nella natura di obbligazione contrattuale dell'offerta della prestazione di *diving*, natura sostenuta dal M. in atto di citazione in primo grado e in appello.

Con il quarto motivo, si denuncia violazione dell'art.

1218 c.c., art. 8, u.c., art. 9, u.c., e art. 14 D.Lgs. n. 111 del 1995, e falsa applicazione dell'art. 1337 c.c.

Con il quinto motivo, si denuncia violazione dell'art. 113 e dell'art. 112 c.p.c. (art. 360 n. 3 c.p.c.), omessa pronuncia su domanda prospettata dalla parte in relazione all'art. 112.

Con il sesto motivo, si denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio; violazione dell'art. 2059 c.c. e art. 16 D.Lgs. n. 111 del 1995.

Il fatto controverso e decisivo per il giudizio viene indicata la natura contrattuale dell'obbligazione assunta dal Tour Operator (prestazione di *diving*) nonché la sussistenza e la risarcibilità del danno da vacanza rovinata nella fattispecie *de qua*.

Con il settimo motivo, si denuncia falsa applicazione dell'art. 1337 c.c., e violazione dell'art. 8, u.c., art. 9, u.c., e art. 14 D.Lgs. n. 111 del 1995, art. 1218 c.c.; omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo del giudizio.

Per fatto controverso e decisivo del giudizio viene intesa la responsabilità contrattuale del Tour Operator per i fatti di causa.

Con l'ottavo motivo, si denuncia violazione dell'art. 115 comma 1 c.p.c.; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Il punto controverso viene così sintetizzato: se il M. avesse manifestato alla Columbus che il motivo esclusivo del viaggio fosse la pratica delle immersioni subacquee in mare e se la Columbus avesse concordato al M. la possibilità di fruire del centro *diving* sito entro un albergo diverso da quello nel quale soggiorna, che ne era invece, sprovvisto, nella specie, il centro era sito presso il vicino Hotel (*Omissis*).

Con il nono motivo, si denuncia violazione dell'art. 2697 c.c.

Con il decimo motivo, si denuncia violazione dell'art. 112 c.p.c.

Con l'undicesimo motivo, si denuncia violazione dell'art. 116 c.p.c., e art. 2702 c.c.

Con il dodicesimo motivo, si denuncia violazione dell'art. 91 c.p.c., e art. 92 comma 2 c.p.c.; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa la condanna alle spese legali.

Devono essere accolti i motivi *sub* 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, con assorbimento dei motivi 7 e 12.

Questi i principi di diritto cui il giudice del rinvio dovrà attenersi:

1) La causa del contratto, così come affermato da questa corte di legittimità con le sentenze 10490 del 2006, 16315 e 26956 del 2007, non può ulteriormente essere intesa, in senso del tutto astratto, come funzione economico-sociale del negozio, svincolata *tout court* dalla singola fattispecie contrattuale, bensì come funzione economico-individuale del singolo, specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genetico, quanto funzionale; onde la obbiettivazione (quale quella verificatasi nel caso di specie) di un motivo di cui la controparte sia resa espressamente partecipe è destinata ad inte-

grare l'elemento causale della convenzione negoziale nella misura in cui esso risulta determinante della formazione del consenso;

2) La risarcibilità del danno morale è, nella specie, prevista per legge, oltre che costantemente predicata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea;

3) La valutazione del coacervo testimoniale deve avvenire secondo un procedimento di scrutinio logico delle singole deposizioni che dia conto del loro contenuto e della loro interpretazione soprattutto sul piano obbiettivo, non potendo una valutazione di inattendibilità fondarsi sulle sole qualità soggettive del deponente;

4) L'offerta di prestazioni contenute nel pacchetto di viaggio, ovvero accessorie ad esso ma comunque garantite dall'operatore turistico, rientrano *tout court* nell'orbita del rapporto contrattuale;

5) Le omissioni di informazioni rilevanti, da parte del Tour Operator, costituiscono, a loro volta, violazioni di natura contrattuale e non precontrattuale;

6) Il catalogo informativo dell'operatore turistico costituisce prova documentale equiparabile alla scrittura privata *ex art. 2702 c.c.*, sottratta alla libera valutazione e al libero apprezzamento del giudice di merito.

Il ricorso è pertanto accolto, con conseguente cassazione dell'impugnata sentenza.

Il procedimento va rinviato al tribunale di Genova, in altra composizione, che provvederà altresì alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

... *Omissis* ...

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 2 marzo 2012, n. 3256 - Pres. Spirito - Rel. Carluccio - P.M. Apice - C.M. e altro c. ALPITOUR S.P.A.

Posto che non possono considerarsi accessori all'alloggio altri servizi, strettamente funzionali alla finalità turistica, aggiuntivi rispetto alla ospitalità e ai tradizionali accessori, nell'ipotesi di acquisto del pernottamento in un villaggio turistico presso il quale, previo acquisto di una tessera club, sono fruibili servizi turistici, sussistono tutte le condizioni richieste dall'art. 2 D.Lgs. n. 111 del 1995 per la configurabilità di un pacchetto turistico; né, ai fini dell'applicabilità della suddetta disciplina, ha alcun rilievo il mancato rispetto dell'art. 19 dello stesso decreto legislativo, trattandosi di previsioni a favore del consumatore, lontane dallo stabilire oneri e decadenze a suo carico.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315, in <i>Foro it.</i> , 2009, I, 214; Corte di Giustizia, 30 aprile 2002, C-400/00, <i>Id.</i> , 2002, IV, 329, con nota di A. Palmieri.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

1. La Corte di merito ha così motivato il rigetto della domanda. a) Alla specie non è applicabile la disciplina prevista dal D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 111, essendo stato acquistato un soggiorno in mezza pensione in una struttura alberghiera e, tramite una "tessera club", servizi che non possono qualificarsi "non accessori", ai sensi dell'art. 2 del suddetto decreto, che ne definisce l'ambito applicativo, trattandosi di mere facilitazioni accessorie al soggiorno, non autonomamente valutabili rispetto all'alloggio, essendo esclusivamente destinati al più intenso godimento del servizio alberghiero offerto nel villaggio. b) Comunque, rispetto ai disservizi lamentati, non è stata inviata alcuna comunicazione tramite raccomandata, ai sensi dell'art. 19 dello stesso decreto. Né risulta prova di reclami effettuati in loco durante la vacanza. c) Correttamente, il giudice di primo grado, in via residuale, qualificando la domanda risarcitoria per inadempimento di obbligazioni contrattuali, l'ha rigettata per mancanza di prova di inadempimenti qualitativi, tali da determinare obblighi risarcitori.

Quanto alla non usufruibilità della spiaggia: dalle foto risulta frequentata, nonostante la presenza di barche e di mezzi di traino delle stesse; non era l'unica, risultando dal depliant altra spiaggia in prossimità. Gli spazi angusti e, in genere, l'intrattenimento non professionale, si spiegano con l'essere il villaggio qualificato a tre stelle, livello non di eccellenza. Quanto all'incompetenza dello staff del mini club, collegato allo smarrimento temporaneo della minore, l'episodio risulta provato genericamente e non risulta attribuibile a tale incompetenza. In conclusione, si tratta di mera insoddisfazione commerciale e non di inadempimento contrattuale. d) Quanto al danno non patrimoniale lamentato, per mera completezza, si richiama la rigorosa delimitazione dello stesso effettuata dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972), che si condivide.

2. Con il primo motivo si deduce la violazione del D.Lgs.

n. 111 del 1995, art. 2, per non avere il giudice di merito ritenuto l'applicabilità della normativa dettata per i "pacchetti turistici" in presenza di servizi (quali spiaggia attrezzata, mini club per bambini, piscina, animazione, campi da tennis, ecc), acquistati con tessera club, da ritenersi non accessori all'alloggio in mezza pensione presso un villaggio turistico, essendo stati determinanti nella decisione di sottoscrivere il contratto.

2.1. Il motivo va accolto.

La Corte di merito erra nel non ritenere applicabile la disciplina che regola, in adempimento della direttiva n. 90/314/CEE, i "pacchetti turistici". Disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 111 del 1995, rilevante *ratione temporis*, poi riprodotta, senza modificazioni (per la parte di interesse), nel D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice di consumo) e da ultimo, in una visione d'insieme, nel D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (Codice del turismo).

Viene in rilievo la disposizione che definisce l'ambito di applicabilità della disciplina (art. 2 D.Lgs. n. 111 del 1995).

Secondo la previsione normativa, si ha "pacchetto turistico" quando:

– si vende, o si offre in vendita, il risultato della "prefissata combinazione" di almeno due, dei tre elementi individuati: trasporto, alloggio, servizi turistici "non accessori";
– i suddetti elementi sono venduti, o offerti in vendita, "a un prezzo forfettario";

– sempre che, qualora elemento che compone il pacchetto siano i servizi "non accessori", questi, individuati mediante il rinvio al successivo art. 7, lett. i) ed m), costituiscano "parte significativa" del pacchetto.

2.2. Nella specie, pacificamente concernente l'acquisto, presso un'agenzia, del pernottamento con mezza pensione in un villaggio turistico, scelto da un catalogo Alpittour; villaggio dove, previo acquisto di una "tessera club", erano fruibili servizi turistici, quali spiaggia attrezzata, miniclub bambini, animazione, piscina, campi da tennis...ecc, sussistono tutte le condizioni richieste dalla legge per la configurabilità dell'acquisto di un pacchetto turistico.

L'alloggio, combinato, al momento del contratto, con

servizi non accessori allo stesso, che costituiscono parte significativa dello stesso contratto, è stato venduto a un prezzo forfettario.

2.3. Va premesso che, ai fini della individuazione dell'ambito di applicabilità della disciplina e, quindi, delle fattispecie in essa ricomprese, costituiscono strumento ermeneutico essenziale: in generale, la *ratio* di tutela del consumatore che ispira la normativa, nell'ambito dell'obiettivo dell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri della Comunità Europea; la causa concreta del contratto, costituita dalla "finalità turistica", che qualifica il contratto "determinando l'essenzialità di tutte le attività e i servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero" (Cass. 24 luglio 2007, n. 16315); le altre disposizioni del D.Lgs. n. 111 del 1995.

2.3.1. Proprio la causa concreta del contratto impedisce di considerare "accessori" all'alloggio, al servizio alberghiero, comprensivo di pasti, i servizi - quali, nella specie, spiaggia attrezzata, miniclub bambini, animazione, piscina, campi da tennis ... ecc, - strettamente funzionali alla finalità turistica.

Finalità che il consumatore, al momento della stipulazione del contratto, persegue ed è determinante nella scelta di un albergo, strutturato come "villaggio turistico", caratterizzato dalla prestazione di servizi aggiuntivi alla ospitalità e ai suoi tradizionali e convenzionali accessori, piuttosto che un altro.

D'altra parte, la stessa lettera legislativa consente un'interpretazione estensiva dei "servizi turistici non accessori", parlando genericamente di "altri servizi" inclusi nel pacchetto (art. 7, lett. i), che siano "parte significativa" dello stesso;

precisazione che non può non leggersi come chiaro riferimento alla causa concreta del contratto. Né, in senso contrario, può avere alcun rilievo l'essere tali servizi interamente offerti e fruiti all'interno del villaggio, atteso che l'esistenza degli stessi può coincidere totalmente con la finalità di vacanza perseguita.

Tale interpretazione trova conforto, oggi, nell'art. 34 codice turismo (sostitutivo dell'art. 2 in argomento), secondo il quale, deve trattarsi di servizi "non accessori ... che costituiscano, per la soddisfazione delle esigenze ricreative del turista, parte significativa del pacchetto turistico"; dove, la significatività dei servizi non accessori è rapportata finalisticamente alla volontà del turista contraente.

2.3.2. La *ratio* di tutela del consumatore e altre disposizioni dello stesso D.Lgs. in argomento, comportano che, ai fini della "prefissata combinazione" e della vendita a un "prezzo forfettario" dell'alloggio e degli altri servizi - altre condizioni richieste dalla legge perché possa ritenersi integrato un "pacchetto turistico" - non rileva che la fruizione di tali altri servizi sia subordinata all'acquisto presso il villaggio di una tessera club, né il prezzo della stessa, quando, come nella specie, tali altri servizi siano contenuti nel depliant e l'acquisto della tessera sia obbligatorio.

Infatti, quanto acquistato presso l'agenzia si configura come il risultato della "prefissata combinazione", al momento del contratto, tra alloggio, comprensivo di mezza

pensione, presso un villaggio turistico e ulteriori servizi con finalità vacanziera offerti all'interno del villaggio, come pacificamente risultanti dal depliant dell'Alpitour. Anche secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia CE, la "prefissata combinazione" deve essere interpretata nel senso che include le combinazioni di servizi turistici effettuate al momento in cui il contratto viene stipulato tra l'agenzia e il cliente, ivi compresi gli accordi raggiunti su diretto suggerimento del turista (sentenza 30 aprile 2002, n. 400). D'altra parte, ai sensi dell'art. 9 D.Lgs. n. 111 del 1995, le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e il venditore.

Sussiste anche l'ulteriore condizione della vendita ad un "prezzo forfettario". Non rileva, in senso contrario, il pagamento presso il villaggio della tessera club. Infatti, espressamente, con la chiara finalità di tutelare il consumatore, l'art. 2, comma 2, in argomento, prevede che la fatturazione separata degli elementi di uno stesso "pacchetto turistico" non sottrae l'organizzatore o il venditore agli obblighi. Né rileva, ai fini di considerarla esclusa dal prezzo forfettario, l'eventuale sottoscrizione della tessera club presso il villaggio, stante l'obbligatorietà della sua sottoscrizione (per persona di età superiore a tre anni, prevista nel depliant). Ancora, non rileva l'importo del prezzo per tali servizi, atteso che il dover questi costituire "parte significativa" del pacchetto si collega alla causa concreta del contratto e alle finalità perseguite dal turista. D'altra parte, la ripartizione dell'importo dei prezzi tra quanto richiesto per la struttura alberghiera in senso proprio e quanto richiesto per ulteriori servizi fruibili presso il villaggio, risponde a politiche di marketing operate dall'imprenditore turistico.

3. Con il secondo motivo si deduce la violazione del D.Lgs. n. 111 del 1995, art. 19, per non avere il giudice di merito ritenuto che il reclamo in loco non necessita di alcuna formalità e che l'invio con raccomandata nel termine di dieci giorni è una possibilità non comportante decadenza.

3.1. Il motivo va accolto.

La questione all'attenzione della Corte è la funzione della previsione dell'art. 19 in argomento, in riferimento alle conseguenze della sua inosservanza.

La disposizione, ha recepito la direttiva comunitaria, secondo la quale: vanno inseriti nel contratto "i termini entro cui il consumatore deve presentare reclamo per l'inadempimento o la cattiva esecuzione del contratto" (art. 4, comma 2, lett. a), con rinvio all'allegato); "ogni mancanza nell'esecuzione del contratto rilevata in loco ... deve essere segnalata al più presto, per iscritto o in qualsiasi altra forma appropriata ..." (art. 5, comma 4); "in caso di reclamo, l'organizzatore e/o il venditore, o il suo rappresentante locale ... devono adoperarsi sollecitamente per trovare soluzioni appropriate:" (art. 6). Essa si collega alla modifica delle condizioni contrattuali, prima e dopo la partenza (D.Lgs. n. 111 del 1995, art. 12).

Si tratta, quindi, di previsioni a favore del consumatore, lontane dallo stabilire oneri e decadenze a carico dello stesso. Il reclamo in loco è volto a consentire di porre rimedio alle inadempienze; il reclamo con raccomandata è

facoltativo: è volto alla denuncia degli inadempimenti al fine di favorire la soluzione della controversia in via stragiudiziale (cfr. Cass. 10 gennaio 2011, n. 297, in motivazione).

4. In conclusione, i primi due motivi di ricorso sono accolti in applicazione del seguente principio di diritto: "Ai fini della individuazione dell'ambito di applicabilità della disciplina in tema di pacchetti turistici, costituiscono strumento ermeneutico essenziale: la *ratio* di tutela del consumatore, che ispira la normativa, nell'ambito dell'obiettivo dell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri della Comunità Europea; la causa concreta del contratto, costituita dalla finalità turistica; le altre disposizioni del D.Lgs. n. 111 del 1995. Proprio la causa concreta del contratto impedisce di considerare accessori all'alloggio, altri servizi, strettamente funzionali alla finalità turistica, aggiuntivi rispetto alla ospitalità e ai tradizionali accessori; la *ratio* di tutela del consumatore e altre disposizioni dello stesso D.Lgs. in argomento, comportano che, ai fini della prefissata combinazione e della vendita a un prezzo forfettario dell'alloggio e degli altri servizi, non rileva che la fruizione di tali altri servizi sia subordinata all'acquisto presso il villaggio di una tessera club, né il prezzo della stessa, quando, come nella specie, tali altri servizi siano contenuti nel depliant e l'acquisto della tessera sia obbligatorio. Pertanto, nell'ipotesi di acquisto, da un'agenzia, del pernottamento con mezza pensione in un villaggio turistico, scelto da un catalogo; villag-

gio presso il quale, previo acquisto di una tessera club, sono fruibili servizi turistici (quali spiaggia attrezzata, mini-club bambini, animazione, piscina, campi da tennis...ecc), sussistono tutte le condizioni richieste dalla legge (D.Lgs. n. 111 del 1995, art. 2) per la configurabilità dell'acquisto di un pacchetto turistico. Né, ai fini dell'applicabilità della suddetta disciplina, ha alcun rilievo il mancato rispetto dell'art. 19 dello stesso decreto legislativo, trattandosi di previsioni a favore del consumatore, lontane dallo stabilire oneri e decadenze a carico dello stesso".

5. Con il terzo e quarto motivo si censura la sentenza nella parte in cui non ha ritenuto provato l'inesatto adempimento e non ha riconosciuto il danno non patrimoniale chiesto, nell'ambito della generale responsabilità contrattuale. Questi motivi restano assorbiti dall'accoglimento dei primi due motivi, concernenti l'inquadrabilità della fattispecie nella disciplina del D.Lgs. n. 111 del 1995.

6. In conclusione, in accogliendo del primo e secondo motivo di ricorso, assorbiti i restanti, la sentenza della Corte di merito è cassata in relazione ai motivi accolti e la causa deve essere rinviata alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione, che deciderà la controversia in applicazione del principio di diritto enunciato (p. 4), provvedendo anche sulle spese del presente giudizio di cassazione.

... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Luca Caputi (*)

L'Autore porta in rassegna tre decisioni, una della Corte di giustizia UE e due della Corte di cassazione, le quali, pur scrutinando questioni all'apparenza eterogenee (tutte, comunque, originate dalla vendita di pacchetti turistici), risultano accomunate dallo scopo di garantire, ciascuna nel proprio ambito di intervento, lo sviluppo dell'attività turistica e la tutela dei viaggiatori in caso di mancata esecuzione del contratto di viaggio acquistato.

La sentenza della Corte di Giustizia

I giudici di Lussemburgo tornano nuovamente ad occuparsi di questioni afferenti la portata applicativa delle disposizioni contenute nella direttiva 90/314/Ce (1) concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso".

La normativa comunitaria, passati ormai oltre quattro lustri dalla sua emanazione e pur dopo ripetuti interventi da parte della Corte di Giustizia, continua evidentemente a stuzzicare l'interesse dei giudici nazionali dei singoli Stati Membri, i quali, alle prese con l'applicazione della normativa interna di recepimento, trovano spunti per ottenere in via pregiudiziale chiarimenti in merito ai profili interpretativi della disciplina applicabile al caso da dirimere (2).

Note:

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

(1) La direttiva, come si rinvia anche dalla lettura dei suoi considerando, persegue il fine - attraverso il livellamento della disciplina degli Stati Membri - di tutelare il consumatore e di dare impulso all'attività turistica, la quale, svolgendo un ruolo sempre più rilevante nell'economia degli Stati membri, riceverebbe un notevole impulso all'espansione e all'aumento di produttività.

(2) La direttiva in esame è stata recepita nel nostro ordinamento attraverso la disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 111 del 1995, poi riprodotta senza modificazioni nel D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo) e, da ultimo, nel D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (Codice del Turismo). Gli strumenti in grado di tutelare il consumatore sono costituiti dalla previsione della copertura assicurativa obbligatoria per i danni subiti dal turista e di un fondo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri per consentire, in caso di insolvenza o di fallimento del venditore o

(segue)

Il giudice del rinvio, questa volta, è di provenienza teutonica (Landgericht Hamburg) e la fattispecie concreta da cui origina la controversia concerne il caso di un turista, il quale prenota, per sé e sua moglie, un viaggio tutto compreso presso un organizzatore di viaggi (la Rhein Reisen). Quest'ultimo, che in qualità di tour operator aveva stipulato un'assicurazione contro la sua insolvenza presso la Hanse-Merkur Reiseversicherung, consegna al nostro viaggiatore due buoni di garanzia, in virtù dei quali il prezzo del viaggio sarebbe stato rimborsato in caso di mancata fornitura delle prestazioni di viaggio dovuta ad insolvenza dell'organizzatore stesso.

Prima, però, che il viaggio abbia inizio, l'organizzatore informa la controparte contrattuale di essere costretto a dichiarare la propria insolvenza.

Dagli atti di causa emerge una condotta fraudolenta da parte della Rhein Reisen, che, in realtà (in considerazione della cronologia degli eventi e della movimentazione bancaria di conto corrente) non ha mai avuto alcuna intenzione di dare esecuzione al viaggio acquistato. Pertanto, il malcapitato viaggiatore adisce il tribunale tedesco al fine di ottenere la condanna della compagnia assicurativa al rimborso del prezzo di viaggio versato.

La strategia difensiva della parte convenuta, finalizzata a scongiurare il rimborso delle somme, poggia su un'interpretazione restrittiva dell'art. 7 della direttiva 90/314, che, pur prevedendo l'obbligo per l'organizzatore di garantire in caso di insolvenza o fallimento - il rimborso dei fondi depositati e il rimpatrio del consumatore (norma recepita con l'introduzione del § 651K nel BGB), non contemplerebbe l'ipotesi di annullamento del viaggio imputabile esclusivamente alla condotta fraudolenta dell'organizzatore.

Il giudice tedesco, dal canto suo, dubitando che la direttiva in parola sia effettivamente volta a tutelare i consumatori dagli stratagemmi fraudolenti degli organizzatori di viaggi, chiede l'intervento chiarificatore della Corte di giustizia. La questione pregiudiziale verte, dunque, sulla portata applicativa dell'art. 7 della direttiva comunitaria, se cioè essa possa comprendere l'ipotesi in cui l'organizzatore di viaggi risulti insolvente perché fin dall'inizio ha utilizzato, in maniera fraudolenta e per scopi estranei alle finalità turistiche, il denaro versato dai viaggiatori, senza aver mai pianificato l'effettuazione del viaggio.

Il verdetto dei giudici comunitari, reso nel senso dell'applicabilità della norma anche alle situazioni indotte dall'insolvenza fraudolenta dell'organizzatore di viaggi, è giustificato da un triplice ordine di motivazioni.

In primo luogo, su di un piano strettamente interpretativo, si rileva come tale opzione scaturisca dal semplice tenore letterale della disposizione in parola, posto che essa non prevede, per il mantenimento della garanzia ivi prevista, alcuna condizione specifica circa le cause di insolvenza dell'organizzatore di viaggio.

In seconda battuta, la Corte richiama un suo precedente, la pronuncia Rechberger (3), nella quale si afferma che l'art. 7 della direttiva in esame contiene l'obbligo di risultato di conferire a coloro che partecipano a viaggi "tutto compreso" un diritto al rimborso delle somme versate e di rimpatrio in caso di insolvenza dell'organizzatore di viaggi e che tali garanzie mirano a tutelare il consumatore proprio in occasione di tali eventi, indipendentemente dalle cause di essi. Ne consegue che «circostanze quali il comportamento imprudente dell'organizzatore di viaggi o il verificarsi di eventi eccezionali o imprevedibili non possono costituire un ostacolo al rimborso dei fondi depositati e al rimpatrio dei consumatori ai sensi dell'art. 7 della direttiva 90/314».

Infine, la scelta interpretativa adottata mostra di essere in linea con l'obiettivo precipuo perseguito dalla direttiva, che - come reso esplicito nel ventiduesimo considerando e come, del resto, ribadito dall'orientamento precedente della Corte - è quello di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori.

Come anticipato, la direttiva sui viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso era già passata più volte al vaglio dei giudici comunitari e l'intervento in epigrafe mostra, in modo evidente e tutto sommato condivisibile, l'intenzione di confermare l'orientamento precedente. La decisione *Dillenkofer* (4), ci-

Note:

(continua nota 2)

dell'organizzatore, il rimborso del prezzo versato ed il rimpatrio del consumatore nel caso di viaggio all'estero, nonché per fornire un'immediata disponibilità economica in caso di rientro forzato di turisti da Paesi extracomunitari in occasione di emergenze, imputabili o meno al comportamento dell'organizzatore.

(3) Corte giust. 15 giugno 1999, causa C-140/97, in *Foro it.*, 1999, IV, 299; annotata da M. Fragola, *Il caso Rechberger tra problemi di trasposizione della direttiva sui viaggi «tutto compreso» e responsabilità dello Stato*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1999, 751; T. Torresi, *Appunti in materia di illecito comunitario dello Stato ed accertamento del nesso di causalità*, in *Giur. it.*, 2000, 1346; N. Coggiola, *Corte di giustizia Ce: ambito di applicazione della tutela comunitaria in materia di viaggi «tutto compreso» e responsabilità dello Stato membro per mancata corretta trasposizione di direttive comunitarie*, in *Resp. civ.*, 2000, 310.

(4) Corte giust. 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, in *Foro it.*, Rep. 1997, (segue)

tata espressamente nel corpo della sentenza annotata e resa in sede di un giudizio di responsabilità dello Stato tedesco per mancata attuazione della direttiva nel termine prescritto, chiariva l'ambito di applicazione della direttiva comunitaria. Partendo dal presupposto che l'obiettivo dell'art. 7 è quello di proteggere i consumatori contro i rischi economici indotti dall'insolvenza o dal fallimento degli organizzatori di viaggi, all'obbligo di predisporre garanzie atte ad assicurare il rimborso degli importi versati ed il rimpatrio del consumatore deve corrispondere un preciso ed effettivo diritto al rimborso o al rimpatrio. Non basta - come pur sostenuto dal governo tedesco - che l'organizzatore dia prove sufficienti di disporre di garanzie se a ciò non corrisponde un effettivo diritto del consumatore a beneficiare di tali garanzie; pertanto, è escluso che la prova dell'esistenza di tali garanzie possa ravvisarsi nella circostanza che ai viaggiatori, al momento di pagare il prezzo del viaggio, vengano rilasciati titoli che legittimano la pretesa delle prestazioni da parte dei diversi fornitori di servizi coinvolti nel viaggio. Tali titoli di credito, infatti, non sono in grado di assicurare al consumatore la protezione effettiva così come richiesta dall'art. 7 della direttiva, dal momento che i terzi non hanno alcun obbligo di dare esecuzione ai titoli e sono esposti essi stessi al rischio di fallimento. Nel passare, poi, al merito della questione sollevata, la Corte precisava che, qualora uno Stato membro consenta all'organizzatore del viaggio o al venditore di chiedere un anticipo sul prezzo del viaggio, non superiore al dieci per cento e fino ad un importo massimo determinato, l'obiettivo di protezione perseguito dall'art. 7 è raggiunto solo a condizione che venga garantito il rimborso di tale anticipo in caso di insolvenza o di fallimento.

La pronuncia *Verein für Konsumenteninformation c. Osterreichische Kreditversicherungs AG* (5) estendeva l'ambito di applicazione dell'art. 7 della direttiva, a titolo di rimborso dei fondi depositati, all'ipotesi in cui l'acquirente di un viaggio tutto compreso, che prima del viaggio abbia pagato una somma di denaro per le spese di soggiorno all'organizzatore, sia poi costretto, a seguito dell'insolvenza di quest'ultimo, a pagare la stessa somma all'albergatore, non potendo altrimenti lasciare l'albergo per effettuare il viaggio di ritorno. Il caso di specie vedeva due coniugi austriaci prenotare e anticipare il prezzo di un viaggio "tutto compreso" con destinazione Creta presso un'agenzia di viaggi di Vienna. Il giorno precedente la partenza, però, l'albergatore dell'isola greca, venuto a conoscenza dell'insolvibilità dell'organizzatore del viaggio, pretendeva il pagamento delle spese di

pernottamento dai nostri viaggiatori, impedendo loro, in mancanza, di lasciare l'albergo.

Pagato il prezzo del singolare riscatto e considerato che la legge austriaca di attuazione della direttiva pone l'obbligo della copertura assicurativa, i coniugi Hofbauer adivano il *Bezirkgericht für Handelssachen* di Vienna al fine di ottenere dalla compagnia assicuratrice dell'organizzatore del viaggio il rimborso di quanto pagato all'albergatore. La questione pregiudiziale poneva quindi il quesito se la copertura assicurativa coprisse le somme corrisposte dal turista all'albergatore cretese. La Corte, superando le obiezioni secondo le quali il rimborso doveva comprendere solo le spese che presentino un nesso di causalità diretto con il rimpatrio del consumatore, riteneva che lo scopo di protezione del consumatore, di primaria importanza nello spirito della direttiva, imponesse di far rientrare tale rischio nelle garanzie offerte dall'organizzatore al consumatore.

Con la pronuncia *Ambry* (6), la Corte di giustizia si esprimeva nel senso che l'art. 7 della direttiva 90/314 prescrive un risultato implicante l'attribuzione, all'acquirente di viaggi "tutto compreso", di diritti che garantiscano il rimborso degli importi versati e il suo rimpatrio, al fine di tutelare il consumatore; l'obbl-

Note:

(continua nota 4)

voce cit., nn. 765, 1168-1171; annotata da S. Bastianon-G. Catalano, *Nuova condanna per uno Stato inadempiente al diritto comunitario (verso una riscrittura di Francovich?)*, in questa Rivista, 1997, 680; N. Pecchioli, *La Corte di giustizia chiude il cerchio: una nuova pronuncia in materia di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 1997, 112; I. Palandri, *La mancata attuazione dei fondi di garanzia a tutela del turista e la responsabilità dello Stato per inadempimento del diritto comunitario*, in Riv. giur. circolaz. e trasp., 1997, 55; G. Della Cananea, *La Corte di giustizia e i rimedi contro le omissioni del legislatore*, in Giornale dir. amm., 1997, 822; F. Regaldo, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive comunitarie: la causa Dillenkofer*, in Giur. it., 1998, 210; P. Cassinis, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri: la mancata attuazione di una direttiva fonte di diritti per i singoli, quale violazione del diritto comunitario idonea a fare sorgere un obbligo risarcitorio da parte dello Stato*, in Rass. giur. energia elettrica, 1997, 885.

(5) Corte giust. 15 maggio 1998, causa C-364/96, in Foro it., 1998, IV, 289, con nota di R. Pardolesi; annotata altresì da A. Corrado, *Rischi di insolvibilità o fallimento dell'organizzatore e tutela del viaggiatore*, in Contratti, 1998, 628; M. Fragola, *Ancora sulla tutela prevista dall'art. 7 della direttiva 90/314/Cee che l'agente di viaggio deve garantire in caso di insolvenza o fallimento*, in Dir. comunitario scambi internaz., 1998, 421; M. Mazier, *Agenzie di viaggio. Interpretazione dell'art. 7 della direttiva 13 giugno 1990 n. 90/314 Cee*, in Dir. maritt., 1999, 474; M. Deiana, *Garanzia del consumatore-turista per l'insolvenza del «tour operator»*, in Dir. trasporti, 2000, 97.

(6) Corte giust. 1° dicembre 1998, causa C-410/96, in Raccolta, 1998, I, 7875.

go di prevedere tali garanzie costituisce, come le altre norme di tutela del consumatore contenute nella direttiva, un obbligo minimo, per cui nulla impedisce agli stati membri di prevedere che le garanzie debbano non solo essere costituite, ma anche essere immediatamente operative in caso di rimpatrio del viaggiatore laddove essi rispettino il trattato. Si affermava, inoltre, la non compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale con cui si richiede, all'atto della costituzione di garanzie finanziarie presso un istituto di credito o un'impresa di assicurazioni con sede in un altro Stato membro, che tale garante concluda un accordo supplementare con un istituto di credito o un'impresa di assicurazioni con sede nel territorio nazionale.

La tutela del consumatore mercé una lettura estensiva della direttiva 90/314/Cee trova ulteriore conferma nella pronuncia *Rechberger* (7), a cui dire l'art. 7 si applica ai viaggi che, nell'ambito di un'azione pubblicitaria illegittima sotto il profilo nazionale della concorrenza, vengono offerti in omaggio da un quotidiano ad esclusivo vantaggio dei suoi abbonati e per i quali il contraente principale paga, se viaggia da solo, le tasse aeroportuali, nonché il supplemento per camera singola, oppure, se viaggia accompagnato da una persona che paga integralmente il prezzo del viaggio, unicamente le tasse aeroportuali. Era accaduto che, a fronte delle eccessive prenotazioni provenienti dagli abbonati al *Neue Kronenzeitung*, l'agenzia di viaggi deputata all'organizzazione dei pacchetti-fedeltà, pur avendo ricevuto degli acconti sulle somme ad essa dovute, non era più in grado di far fronte alle richieste pervenute, finché, costretta da notevoli difficoltà finanziarie, richiedeva l'apertura di una procedura fallimentare. Dal momento che l'attivo fallimentare non era sufficiente a rimborsare gli abbonati, questi ultimi chiamavano in causa lo Stato austriaco per mancata attuazione della direttiva 90/314 Cee nella parte in cui non era stata prevista, per il caso di fallimento dell'organizzatore di viaggi, una copertura assicurativa generalizzata ed adeguata.

La Corte, dopo aver ribadito che scopo principe della direttiva è quello di tutelare il consumatore contro i rischi derivanti dall'insolvenza o dal fallimento dell'organizzatore turistico, conclude nel senso che "una normativa nazionale recepisce correttamente gli obblighi di cui all'art 7 della direttiva solo se, indipendentemente dalle sue modalità, ha il risultato di garantire effettivamente al consumatore il rimborso di tutte le somme depositate e il rimpatrio in caso di insolvenza dell'organizzatore di viaggi". (8) Infine, con la pronuncia *Club Tour* (9) si chiariva ul-

teriormente l'ambito della portata applicativa della direttiva (in specie, quanto alle nozioni di "pacchetto turistico" e di "prefissata combinazione"), sostenendo che la nozione di viaggi "tutto compreso" si estendesse alle ipotesi in cui le parti ritagliano liberamente il contenuto del contratto fino al momento della prenotazione della vacanza (10), dal momento che la disciplina comunitaria non esige che il servizio turistico sia frutto esclusivo di una proposta dell'agenzia al cliente né che corrisponda a uno schema rigido del servizio stesso.

Le sentenze della Corte di Cassazione

Con la più recente delle decisioni in epigrafe la Suprema Corte affronta il caso di un turista, il quale acquistava un pacchetto turistico per un soggiorno nell'isola di Creta, spinto dall'ardente desiderio di effettuare immersioni subacquee (motivo, pare, palesato al momento della stipula del contratto e la cui realizzazione era indotta dalla lettura dei cataloghi informativi), salvo poi constatare sul posto che la possibilità di praticare l'agognato *hobby* era preclusa, essendo l'attività di *diving* vietata in quel periodo nel luogo prescelto per la vacanza. Deluso per non aver potuto godere appieno della vacanza sperata, propo-

Note:

(7) Corte giust. 15 giugno 1999, causa C-140/97, in *Foro it.*, 1999, IV, 299; annotata da M. Fragola, *Il caso Rechberger tra problemi di trasposizione della direttiva sui viaggi «tutto compreso» e responsabilità dello Stato*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1999, 751; T. Torresi, *Appunti in materia di illecito comunitario dello Stato ed accertamento del nesso di causalità*, in *Giur. it.*, 2000, 1346; N. Coggiola, *Corte di giustizia Ce: ambito di applicazione della tutela comunitaria in materia di viaggi «tutto compreso» e responsabilità dello Stato membro per mancata corretta trasposizione di direttive comunitarie*, in *Resp. civ.*, 2000, 310.

(8) Pertanto, si ritiene che l'art. 7 non è stato correttamente recepito nel diritto interno allorché una normativa nazionale si limiti ad imporre, per la copertura del rischio, un contratto di assicurazione o una garanzia bancaria con un capitale assicurato pari almeno al cinque per cento del fatturato derivante dall'attività dell'organizzatore nel corrispondente trimestre dell'anno civile precedente, e prescriva ad un organizzatore esordiente di basarsi sulla stima del fatturato corrispondente alla prevista attività di organizzatore di viaggi, senza prendere in considerazione gli aumenti di fatturato dell'organizzatore che si verificano nell'anno in corso.

(9) Corte giust. 30 aprile 2002, causa C-400/00, in *Foro it.*, 2002, IV, 329, con nota di A. Palmieri; annotata, altresì, da C.S. Carrasi, *Ancora sulla definizione di «pacchetto turistico» ex art. 2.1, direttiva n. 90/314/Ce: steps definitivi?*, in questa *Rivista*, 2003, 148.

(10) Fatta salva comunque la presenza dei requisiti richiesti: combinazione di almeno due prestazioni tra viaggio, soggiorno e altri servizi turistici non marginali e non accessori ai primi, determinazione forfaitaria del prezzo e durata minima non inferiore alle ventiquattro ore o tale da comprendere almeno un pernottamento.

neva azione di danni da vacanza rovinata nei riguardi del Tour Operator, reo di aver disatteso le sue legittime aspettative in ordine all'offerta di prestazioni contenute nel pacchetto di viaggio e di aver omesso informazioni rilevanti in ordine al contenuto (effettivo) del contratto.

Mentre il giudice di primo grado accoglie in parte la domanda attorea concedendo soltanto un risarcimento di cento euro a titolo di danno morale, in secondo grado il Tour Operator è completamente assolto da ogni pretesa risarcitoria.

La Cassazione, di contro, ribalta la decisione di appello ed offre così qualche spiraglio alle pretese del turista insoddisfatto, cogliendo l'occasione - seppur attraverso rapidi cenni - per ribadire il nuovo corso del concetto di causa del contratto. Essa - recita la sentenza di legittimità - non può più essere intesa, in senso del tutto astratto, come funzione economico sociale del negozio, svincolata dalla singola fattispecie contrattuale, ma deve porsi come funzione economico-individuale dello specifico negozio, sia sotto un profilo genetico che funzionale; per cui, la previsione (come nel caso di specie) di un motivo, che abbia determinato una parte alla conclusione dell'affare (*rectius*: obiettivizzazione, secondo le parole della Corte) e di cui sia stata espressamente partecipata la controparte, è destinata ad integrare l'elemento causale della convenzione negoziale (11). Pertanto, sia l'offerta di prestazioni contenute nel pacchetto di viaggio (come la loro mancata esecuzione) sia le omissioni di informazioni rilevanti da parte del Tour Operator rientrano nell'ambito del rapporto contrattuale e come tali andrebbero considerati i rimedi corrispondenti.

La vicenda da cui scaturisce la seconda delle sentenze della Cassazione in epigrafe riguarda le doglianze di due coniugi, i quali, consultando un catalogo Alpitour, avevano optato per un soggiorno di 14 giorni presso un villaggio turistico con i due figli minori, allettati dall'offerta che, previo acquisto di una tessera club, avrebbero potuto usufruire di una serie di servizi a loro congeniali, quali la spiaggia attrezzata, il mini club per bambini, piscina, animazione, campi da tennis e simili. Le strutture reclamizzate, però, non si rivelavano all'altezza: la spiaggia pare non fosse utilizzabile per la presenza di barche e mezzi da traino; gli spazi erano angusti e gli animatori poco professionali; lo staff del mini club, frequentato dai loro bimbi, si era rivelato incompetente, tanto che uno dei due figli minori aveva lasciato perdere le sue tracce, seppur per un breve lasso di tempo. Tutte circostanze che inducevano i nostri turisti a citare per danni il Tour Operator di turno.

I due gradi di merito del giudizio in questione respingevano, però, le istanze attoree, ritenendo che: a) non fosse applicabile la disciplina prevista dal D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 111, dal momento che i servizi offerti non potevano qualificarsi "non accessori", così come richiesto dall'art. 2 del decreto, trattandosi invece di prestazioni complementari al soggiorno, non autonomamente valutabili in quanto destinate al miglior godimento del servizio alberghiero offerto; b) non fosse stata effettuata alcuna comunicazione tramite raccomandata rispetto ai disservizi lamentati; c) non vi fosse la prova degli

Nota:

(11) L'estensore della sentenza, nel consacrare il nuovo concetto di causa, dichiara apertamente di voler confermare il recente orientamento della corte di legittimità richiamando le sentenze che seguono:

- Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 531, con nota di S. Nardi, cit.; annotata altresì da F. Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2008, 921; L. Barbiera, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contratti*, 2008, 786; F. Parola, *Risoluzione del contratto turistico e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 29. Qui viene statuito che alla stregua del concetto di causa "negoziale" concreta va affermato che non soltanto la totale impossibilità sopravvenuta della prestazione integra una fattispecie di automatica estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto che ne costituisce la fonte ai sensi degli artt. 1463 e 1256, comma 1, c.c., in ragione del venir meno della relazione di interdipendenza funzionale in cui la medesima si trova con la prestazione della controparte, ma che lo stesso effetto consegue altresì alla impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore. Nel caso di specie era stato prenotato un viaggio "tutto compreso" per due persone presso un hotel, ma non aveva potuto trovare attuazione a causa del decesso di uno dei due partecipanti avvenuto il giorno prima della partenza.

- Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, 214; annotata altresì da G. Benelli, *La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza*, in *Dir. turismo*, 2007, 375; L. Delli Priscoli, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, in questa *Rivista*, 2008, 848; S. Nardi, *Contratto di viaggio «tutto compreso» e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 542; C. Cavajoni, *La «finalità turistica» come causa in concreto del contratto di viaggio*, in *Contratti*, 2008, 241; F. Parola, *Recesso dal contratto di compravendita di pacchetti turistici e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 13; B. Izzi, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Giur. it.*, 2008, 1133. In questo caso la Corte, premesso che l'impossibilità dell'esecuzione nel contratto di viaggio "tutto compreso" è da valutarsi in relazione all'interesse da soddisfare del creditore turista, è dell'avviso che l'inutilizzabilità della prestazione estingue il rapporto obbligatorio per irrealizzabilità della causa concreta. Nella specie, non era stato possibile garantire relax e svago al turista per la presenza di un'epidemia nel luogo di destinazione del viaggio.

- Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota di F. Rolfi, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, secondo cui la causa deve essere intesa come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti.

inadempimenti lamentati; *d*) non fosse ravvisabile alcuna lesione alla sfera non patrimoniale degli attori che meritasse tutela alla luce degli ultimi (rigorosi) arresti della giurisprudenza di legittimità (sentenze di San Martino e dintorni).

La Corte ribalta il verdetto puntualizzando l'ambito di applicabilità della normativa dettata per i "pacchetti turistici" (12). La motivazione, dopo aver asserito che nel caso di specie i servizi offerti devono ritenersi "non accessori" (con tanto di "applicazione dell'art. 2 D.Lgs. 111 del 1995"), muove dal presupposto che, ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicabilità della disciplina, costituiscono strumento ermeneutico essenziale, oltre alle altre disposizioni del decreto stesso, sia la *ratio* di tutela del consumatore che ispira in generale la normativa (nell'ambito della politica di avvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri) sia la causa concreta del contratto di vendita di pacchetto turistico. A questo riguardo, essendo essenzialmente costituita dalla "finalità turistica", essa "determina l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero". Pertanto, proprio la causa concreta del contratto, intesa nel senso di motivo determinante all'acquisto di quello specifico pacchetto turistico da parte del consumatore-turista, non consente di considerare "accessori" al servizio alberghiero tutti quei servizi che, come quelli di specie, appaiono strettamente funzionali alla finalità turistica. Interpretazione che, secondo la Corte, troverebbe oggi conferma nell'art. 34 del Codice del Turismo (che ha sostituito l'art. 2), secondo cui, ai fini dell'applicabilità della norma, deve trattarsi di servizi non accessori che costituiscono, per le esigenze ricreative del turista, parte significativa del pacchetto turistico.

Quanto alla ricorrenza dei requisiti della "prefissata combinazione" e del "prezzo forfetario", ulteriormente richiesti per la configurazione di un pacchetto turistico, non osterebbe la circostanza che la fruizione di tali servizi sia subordinata all'acquisto presso il villaggio di una tessera club, né il prezzo di essa, quando i servizi siano contenuti nei *depliant* e il relativo acquisto sia obbligatorio.

Infine, la Corte, passando a scrutinare le conseguenze derivanti dall'inosservanza dei termini previsti dall'art. 19 in tema di reclamo del consumatore, chiarisce che tutte le disposizioni (invocate dalla direttiva comunitaria e trasfuse poi nella normativa interna), concernenti termini e modalità attraverso cui il turista può denunciare eventuali inadempienze o modifiche che dir si voglia delle condizioni contrattuali (prima e dopo la partenza), costituiscono

previsioni a favore del consumatore, lontane dallo stabilire oneri o decadenze a suo carico (13).

Il contratto avente ad oggetto un pacchetto turistico "tutto compreso" mostra dunque tutte le sue peculiarità una volta passato al vaglio interpretativo (e creativo) del formante giurisprudenziale. Ne risulta un tipo contrattuale nuovo, nel quale la finalità turistica non costituisce un motivo irrilevante, ma si sostanzia nell'interesse che lo stesso contratto è funzionalmente volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e determinando perciò l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali al preminente fine del godimento della vacanza (14). Con la

Note:

(12) Ai sensi dell'art. 2, D.Lgs. 111 del 1995 (riprodotto, come detto, senza modifiche prima nel Codice di consumo e poi in quello del turismo), i pacchetti turistici hanno ad oggetto i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», risultanti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi di seguito indicati, venduti od offerti in vendita ad un prezzo forfetario, e di durata superiore alle ventiquattro ore ovvero estendentisi per un periodo di tempo comprendente almeno una notte: a) trasporto; b) alloggio; c) servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio di cui all'art. 7, lettere i) e m), che costituiscano parte significativa del «pacchetto turistico».

(13) Si rinviene, però, in argomento qualche decisione di merito di contrario avviso: Trib. Napoli 10 marzo 2006, in *Dir. turismo*, 2007, 245, con nota di A. Marino, *Inammissibile la domanda di risarcimento del danno oltre il termine previsto dalla legge*, secondo cui, in applicazione del combinato disposto di cui all'art. 19, comma 1 e 2, D.Lgs. n. 111/1995 e dell'art. 16 del regolamento della società convenuta, deve considerarsi inottemperante la parte che non rispetti i termini del reclamo in essi indicati; infatti detti termini, siccome tesi a mettere l'organizzatore in grado di rimediare immediatamente ad eventuali manchevolezze o inconvenienti o almeno a porlo tempestivamente in condizioni di avere conoscenza di quanto lamentato, al fine di permettergli adeguate risposte, devono essere, stante la chiara lettera della legge («senza ritardo» e «entro e non oltre i dieci giorni lavorativi dalla data di rientro presso la località di partenza» cfr. cit. art. 19 D.Lgs. n. 111/1995) ritenuti di carattere perentorio e hanno natura giuridica di decadenza. V. pure: Giudice di pace di Caserta 28 maggio 2002, in *Dir. trasporti*, 2003, 229, con nota di L. Tullio, *La qualificazione del termine per la presentazione del reclamo nel contratto di viaggio*, e in *Dir. turismo*, 2003, 35, con nota di A. Botti, *La decadenza dal diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 17 marzo 1995 n. 111*, nonché Giudice di pace di Roma 27 settembre 2001, in *Dir. maritt.*, 2003, 574, con nota di R. Abbate, *Pacchetto turistico» e tutela del consumatore*, dove, ritenendosi non vessatoria la clausola (contenuta nel contratto di viaggio) che nel disciplinare i termini per sporgere reclamo rinvia all'art. 19, comma 2, D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 111, si attribuisce a detti termini natura decadenziale.

(14) In questo senso si esprime Cass. 24 aprile 2008, n. 10651, in *Foro it.*, 2009, I, 213; annota altresì da M. Laghezza, *Se il mare è calmo come l'olio*, in questa *Rivista*, 2009, 661, a cui dire, però, il *tour operator* non è tenuto a garantire anche la soddisfazione spirituale o estetica che il consumatore si prefigura di trarre dalla vacanza, restando a suo carico l'obbligo di garantire al medesimo i servizi che, almeno teoricamente, possono attribuire quel piacere del viaggio e del soggiorno che lo stesso consumatore ha percepito come il valore specifico e determinante dell'offerta commerciale dell'organizzatore; questi, pertanto, è te-
(segue)

sottoscrizione del contratto di viaggio l'organizzatore sembra assumere su di sé un'obbligazione di risultato, costituita da specifici obblighi contrattuali, soprattutto di tipo qualitativo, inerenti le prestazioni che comunemente il turista si aspetta vengano adempiute o che hanno formato oggetto dell'assetto negoziale tra le parti (15).

La causa contrattuale in ambito turistico, inoltre, sembra assumere connotazioni (singolari e per certi versi) diverse da quelle tradizionali, volte ad identificarne ora la funzione economico-sociale tipica del singolo negozio ora la valenza di indice rivelatore della serietà dell'intento di vincolarsi per le parti (16). Essa, in quanto funzionalmente collegata all'attuazione della finalità turistica e alla preminente soddisfazione dell'interesse creditorio del turista-consumatore, in alcuni casi (come quello affrontato dalla prima delle sentenze della Suprema Corte in epigrafe) pare piuttosto fare il paio con l'oggetto del contratto. Se, venendo più nel dettaglio, una certa prestazione o un determinato servizio è garantito attraverso la sua reclamizzazione negli opuscoli pubblicitari o diventa parte integrante dell'affare mercé la sua inclusione nel singolo contratto di viaggio per volontà delle parti, è l'oggetto del contratto a venire in gioco come effetto dell'aggiunta di nuove obbligazioni a carico della parte promittente.

Che la causa del contratto costituisca (e abbia costituito) in quasi tutti gli ordinamenti un terreno scivoloso è noto. Resta da verificare se anche nel nostro ordinamento sia in atto un processo evolutivo del concetto simile a quello manifestatosi sul versante nordamericano in tema di *consideration*, che, dapprima avviluppato nelle rigide strettoie della teoria classica (17), ha finito per allargare i propri orizzonti sino ad approdare alla *doctrine* del *promissory estoppel*. Ma questa è un'altra storia ...

Note:

(continua nota 14)

nuto ad attivarsi nell'ipotesi in cui il presupposto di utilizzabilità dei servizi sia venuto a mancare anche per caso fortuito, forza maggiore o fatto ascrivibile al comportamento di un terzo. Il caso di specie riguardava due turisti che, dopo aver prenotato un viaggio presso una località balneare nordafricana nota per le sue spiagge cristalline, rimanevano delusi dalla circostanza che il mare fosse tutt'altro che limpido per lo scarico abusivo di una petroliera al largo della costa.

(15) Sulla responsabilità contrattuale dell'organizzatore di viaggi, quanto alla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. 6 luglio 2009, n. 15798, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1957, con nota di C. Conforto, *Se il turista si ammala in viaggio, che vacanza è*, nonché in *La responsabilità civile*, 2011, 35, con nota di G. Amore, *Negligenza informativa e danno da vacanza rovinata*, a cui dire l'organizzatore di viaggi turistici, in base ai principi contenuti nella convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 relativa al contratto di viaggio (Ccv), ratificata dall'Italia dalla l. 27 dicembre 1977, n. 1084, deve adot-

tare tutte le misure idonee a evitare danni a coloro che vi partecipano; a tal fine è sufficiente che egli tenga una condotta adeguata, la quale, tuttavia non deve necessariamente superare il livello medio di diligenza; in particolare, per adempiere agli obblighi informativi, è sufficiente che l'organizzatore informi il viaggiatore delle prestazioni promesse (trasporto, alloggio, attività sportive, escursioni) e che metta a sua disposizione l'opuscolo informativo previsto dall'art. 9 D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 111 (ora trasfuso nell'art. 88 D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante il codice del consumo), il quale contempla le notizie (per lo più di carattere amministrativo) necessarie per recarsi all'estero, i servizi forniti e le condizioni atte a giustificare l'annullamento del pacchetto turistico; nulla più incombe al detto organizzatore per dimostrare di aver adempiuto con la dovuta diligenza ai suoi obblighi (nella fattispecie, la suprema corte ha confermato la sentenza della corte d'appello che aveva rigettato la richiesta di risarcimento dei danni patrimoniali e non, avanzata da una cliente, ritenendo che non rientrasse tra gli obblighi del *tour operator* quello di informare il turista della presenza, nel tratto di mare antistante al villaggio turistico, di una particolare alga ustionante che, favorita dal fenomeno della bassa marea, le avrebbe impedito il normale godimento della vacanza causandole una patologia dermatologica); Cass. 4 marzo 2010, n. 5189, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Turismo*, n. 32, e, per esteso, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1337 (rinvenibile altresì in *Dir. maritt.*, 2011, 487, nonché in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2011, 310), secondo cui l'organizzatore si libera provando la non imputabilità dell'inadempimento, derivante da eventi successivi alla stipula del contratto, quali il caso fortuito e la forza maggiore, ovvero l'esclusiva responsabilità del terzo o del consumatore (la fattispecie concerneva l'acquisto di un pacchetto turistico avente ad oggetto il viaggio aereo e l'alloggiamento in un complesso turistico in cui, diversamente da quanto risultava dalla fotografia pubblicata sul depliant, la spiaggia era sporca e il mare inquinato da idrocarburi); Cass. 3 dicembre 2009, n. 25396, in questa *Rivista*, 2010, 725, con nota di I. Napolitano, *Il morso della scimmia e la responsabilità del tour operator*, nonché in *La responsabilità civile*, 2010, 280, con nota di F. Toschi Vespasiani, *La responsabilità del tour operator*, secondo cui l'organizzatore e il venditore di pacchetto turistico assumono, nell'ambito del rischio di impresa, un'obbligazione di risultato nei confronti dell'acquirente e, pertanto, la loro responsabilità sussiste ogniqualvolta sia ravvisabile una responsabilità contrattuale diretta del prestatore di servizi nei confronti del consumatore per il servizio reso (o non reso), e non è correlata ad un suo difetto di diligenza nella scelta del prestatore di servizi di cui si avvalga, ovvero alla possibilità di controllarne in concreto le modalità operative nell'esecuzione della prestazione (nella specie, era stata formulata domanda di condanna dell'organizzatore di pacchetto turistico al risarcimento del danno subito dal consumatore per il morso di una piccola scimmia che era stata lasciata libera di vagare dal proprietario nell'albergo ove il ricorrente soggiornava, allo scopo di divertire i turisti: la Corte precisa che l'obbligo di somministrare vitto e alloggio non esaurisce l'ambito della prestazione alberghiera, la quale necessariamente implica anche doveri accessori di salvaguardia dell'incolumità dei clienti in relazione alle caratteristiche proprie del contesto in cui il soggiorno ha luogo); Cass. 9 novembre 2004, n. 21343, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Turismo*, n. 38, e, per esteso, in *Dir. maritt.*, 2006, 1187, con nota di C. Marziali, *La responsabilità dell'organizzatore di viaggi in materia di "overbooking" alberghiero*.

(16) V.K. Zweigert - H. Kotz, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, Milano, 1995, secondo cui la causa va identificata proprio come un indice significativo della serietà dell'intento di vincolarsi, tale per cui ogni ordinamento giuridico deve determinare se il semplice accordo contrattuale possa considerarsi sufficiente per perfezionare il contratto oppure si richiedano ulteriori requisiti (quali, ad esempio, gli obblighi di forma).

(17) Straordinarie sono le pagine con cui un grande cultore del diritto dei contratti saluta proprio il tramonto della teoria classica sulla *consideration*: cfr. G. Gilmore, *The death of contract*, 1974, Ohio State University Press, Columbus, Ohio.

Lesione di interessi legittimi pretensivi

Il danno da bocciatura

T.A.R. TOSCANA, Sez. I, 24 novembre 2011, n. 1807 - Pres. Testori - Est. Giani - M.B. c. Ministero della Pubblica Istruzione

In materia di lesione di interessi legittimi pretensivi è richiesto, al fine dell'esito positivo del giudizio risarcitorio, che le illegittimità riscontrate siano tali da evidenziare una illecita compressione degli interessi sostanziali del cittadino, nel senso che, all'esito di un giudizio prognostico condotto "ora per allora", possa dirsi che se le illegittimità amministrative non vi fossero state sussiste una consistente possibilità che l'amministrato avrebbe conseguito il bene della vita cui aspirava.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sulla risarcibilità della lesione di interessi legittimi, Cass. 29 gennaio 2010, n. 2122; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4326; Cass. 3 settembre 2007, n. 18511; Cass., sez. un., 22 luglio 1999, nn. 500 e 501. Sul caso di specie, T.a.r. Lombardia Milano, sez. IV, 5 luglio 2011, n. 1785.
Difforme	Sulla risarcibilità della lesione di interessi legittimi, tutta la giurisprudenza antecedente a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, nn. 500 e 501. Sul caso di specie, T.a.r. Calabria Catanzaro, sez. II, sent., 28 febbraio 2011, n. 280; Cons. Stato, sez. VI, sent., 17 gennaio 2011, n. 236 T.a.r. Friuli 13 dicembre 2007, n. 764.

Svolgimento del processo

...*Omissis*...

Motivi della decisione

Nell'atto introduttivo del giudizio il ricorrente espone di aver sostenuto, al termine dell'anno scolastico 2003/2004, l'esame conclusivo del corso di studi di istruzione secondaria superiore presso il Liceo Artistico Statale Leon Battista Alberti di Firenze e di non aver superato il suddetto esame, avendo riportato il punteggio di 52/100. Espone altresì di aver impugnato l'esito di tale esame dinanzi a questo Tribunale, che con sentenza di questa stessa Sezione n. 394 del 2006 ha annullato gli atti gravati. Nelle more del giudizio, tuttavia, il ricorrente aveva di nuovo sostenuto l'ultimo anno di corso e affrontato nuovamente, con esito positivo, l'esame finale.

Tanto premesso, il ricorrente agisce in questa sede con azione risarcitoria, per ottenere il ristoro dei danni subiti in conseguenza dell'attività amministrativa illegittima. In particolare il ricorrente chiede la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno patrimoniale - quantificato nella misura di euro 5.000,00 per il costo del "corso di studi" che il ricorrente ha poi sostenuto presso un istituto privato - oltre ai danni non patrimoniali subiti, di cui si chiede la liquidazione forfetaria.

Le Amministrazioni statali intimare si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso.

Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 9 novembre 2011, relatore il cons. Riccardo Giani, e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattata dal Collegio per la decisione.

Il Collegio rileva che nella specie risultano sussistere tutti i presupposti per l'azione risarcitoria da attività amministrativa illegittima.

In primo luogo, essendo passata in giudicato la sentenza che ha annullato l'esito dell'esame finale conseguito da M. B. al termine dell'anno scolastico 2003/2004, è pacifico che l'atto amministrativo individuato come fonte di danno (cioè l'esito negativo del giudizio formulato dalla commissione d'esame) fosse illegittimo.

In secondo luogo, può senz'altro dirsi sussistere l'elemento soggettivo che deve di necessità qualificare l'azione illegittima dell'Amministrazione, al fine del risarcimento del danno (che essendo ricondotto al risarcimento extracontrattuale è sottoposto alla generale disciplina di cui all'art. 2043 c.c.). Infatti nel caso di specie, come risulta dalla sentenza n. 394 del 2006 di questa Sezione, l'illegittimità dell'azione amministrativa si sostanzia nella diretta violazione delle previsioni ministeriali circa lo svolgimento delle prove nel corso degli Esami di Stato, senza che sul punto possano dirsi sussistere incertezze interpretative, contrasti giurisprudenziali o altri elementi che possano far dubitare della piena attribuibilità soggettiva all'Amministrazione della condotta tenuta. L'art. 16 dell'ordinanza ministeriale 8 aprile 2003 n. 35 espressamente prevede che il colloquio finale dell'esame debba vertere su tutte le materie dell'ultimo anno, mentre è indiscusso che il B. sia stato sentito solo su tre materie. D'altra parte l'Amministrazione, in questa sede di giudizio risarcitorio, non ha in alcun modo evidenziato la sussistenza di elementi che potessero far rinvenire nel caso esaminato i presupposti di un errore scusabile da parte della p.a.

In terzo luogo, deve affrontarsi il tema della lesione dell'interesse sostanziale al bene della vita. È noto che in materia di lesione di interessi legittimi pretensivi la giurisprudenza richiede, al fine dell'esito positivo del giudizio risarcitorio, che le illegittimità riscontrate fossero tali da evidenziare una illecita compressione degli interessi sostanziali del cittadino, nel senso che, all'esito di un giudizio prognostico condotto "ora per allora", possa dirsi che se le illegittimità amministrative non vi fossero state sussiste una consistente possibilità che l'amministrato avrebbe conseguito il bene della vita cui aspirava. Il Collegio ritiene che, nella specie, questo giudizio prognostico positivo - da intendersi nel senso di sussistenza di maggiori possibilità di esito positivo piuttosto che negativo, con riferimento alla ipotetica attività amministrativa legittima - sia rinvenibile, ciò tenendo conto che M. B. fu all'epoca interrogato su solo 3 materie rispetto alle 16 contemplate nel programma dell'ultimo anno di corso e fu soprattutto interrogato su materie non particolarmente pregnanti dal punto di vista dell'indirizzo di studi, essendo stato sentito in italiano, storia e anatomia artistica

e non nelle tredici materie più significative in un corso di "accademia" presso Liceo artistico (figura disegnata, ornato disegnato, figura modellata, ornato modellato, disegno geometrico, architettura, prospettiva, storia dell'arte, ecc.). Alla luce di questi rilievi risulta sussistere una consistente possibilità che, se fosse stato sentito su tutte le materie, il ricorrente avrebbe potuto riportare un esito positivo dell'esame.

In punto di danno risarcibile, il Collegio evidenzia che è stato provato un danno patrimoniale per euro 5.000,00 pari al costo (documentato) del corso di studi che il ricorrente ha dovuto ripetere. Al contrario i profili di danno non patrimoniale sono stati richiesti in termini assolutamente generici, nella sostanza rimettendo tutto, anche la loro esatta configurazione, alla valutazione equitativa del giudice. Ne consegue che mentre può trovare accoglimento la domanda risarcitoria con riferimento al danno patrimoniale, non altrettanto può dirsi per quello non patrimoniale. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo..

...*Omissis*...

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, 16 aprile 2012, n. 2138 - G.A. c. Ministero della Pubblica Istruzione

In materia di lesione di interessi legittimi pretensivi, la configurabilità di un risarcimento del danno è subordinata - oltre che alla dimostrazione degli altri elementi costitutivi del titolo risarcitorio e tenuto conto del principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. - alla valutazione prognostica che l'aspirazione al provvedimento satisfattivo dell'interesse finale fosse senz'altro destinata ad un esito favorevole, vale a dire alla dimostrazione - quand'anche in base a presunzioni - della sicura spettanza del bene collegato all'interesse pretensivo in questione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	T.a.r. Calabria Catanzaro, sez. II, 28 febbraio 2011, n. 280; Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 236; T.a.r. Friuli 13 dicembre 2007, n. 764.
Difforme	T.a.r. Lombardia Milano, sez. IV, 5 luglio 2011, n. 1785.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

L'appellata sentenza n. 764/07 escludeva la presenza di un comportamento colposo dell'Amministrazione, essendo il curriculum dello studente "del tutto scadente, sia come interesse allo studio che come attitudine e rendimento", di modo che non poteva essere accolta la domanda risarcitoria, difettando "l'esistenza di vizi sostanziali e non soltanto formali ... questi ultimi ... rimediabili, a differenza dei primi, in sede di riadozione dell'atto annullato", e non emergendo la violazione di regole di "imparzialità, correttezza e buona amministrazione", necessarie per una "colpa imputabile alla P.A.". Le relazioni successivamente prodotte, d'altra parte, rendevano comprensibile l'omessa considerazione della sufficienza in matematica, conseguita nel primo trimestre, "in quanto relativa ad esercizi di algebra, ritenuti di non seria difficoltà e ripetitivi rispetto all'anno scolastico precedente". Non erano

ravvisabili, inoltre, né il danno patrimoniale per ritardato inserimento nella vita sociale, né quello biologico ed esistenziale, tenuto conto dell'avvenuto recupero, da parte dello studente, del "tempo in precedenza perduto" e non potendosi ritenere sussistente il nesso di causalità fra l'evento dannoso (la non ammissione alla classe successiva) e il tentato suicidio dello stesso (della cui difficile situazione scolastica erano stati peraltro preavvertiti i genitori). Avverso la sentenza veniva proposto l'atto di appello in esame (n. 2982/08, notificato il 21 marzo 2008), nel quale si prospettavano censure di violazione o falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 1218 e ss. e 2043 e ss. c.c., nonché della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, avendo la precedente sentenza del medesimo giudice n. 604 del 2002 evidenziato una "grossolana e patente illogicità", consistente nell'omessa attribuzione allo studente di un giudizio complessivo di "insufficienza non grave, che avrebbe consentito la promozione con recupero". L'appellante avrebbe dunque diritto al risarcimento dei danni corrispondenti all'allungamento di un

anno della carriera scolastica, al ritardato inserimento lavorativo, alla necessità di frequentare un istituto privato, alle spese mediche e al danno alla salute, conseguenti all'evento dannoso (bocciatura), nonché al successivo tentato suicidio ed alle cure necessarie. Il nesso causale tra gli eventi sopra indicati, d'altra parte, è per l'appellante innegabile, tenuto conto di quanto riconosciuto dal primo giudice.

L'Amministrazione appellata, costituitasi in giudizio, resiste, sottolineando in particolare come l'annullamento giurisdizionale del giudizio di non ammissione alla classe successiva fosse riferibile ad un vizio formale, consistente nella mancanza di una puntuale motivazione circa la non effettuata compensazione del voto conseguito in matematica nel secondo quadrimestre con quello positivo, assegnato per la stessa disciplina nel primo quadrimestre; le motivazioni non rinvenute dal primo giudice nei verbali del Consiglio di classe, tuttavia, emergevano dalle relazioni poi prodotte dall'Istituto, tanto da indurre il giudice a respingere l'istanza risarcitoria anche in base alla considerazione (non adeguatamente confutata in appello, con conseguente effetto di passaggio in giudicato della relativa statuizione) per cui l'interessato non avrebbe potuto "mai e in ogni caso" ottenere la promozione in sede di riadozione dell'atto annullato.

Preso atto delle opposte argomentazioni delle parti, il Collegio ritiene che l'appello non possa trovare accoglimento, anche se per ragioni in parte diverse da quelle esposte nella sentenza appellata.

Oggetto del presente giudizio non è infatti la correttezza dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, ovvero dell'apprezzamento effettuato dall'Amministrazione sulla base di discipline tecnico-scientifiche, riconducibili allo svolgimento dell'attività didattica, che implica una valutazione delle conoscenze acquisite dagli allievi e un giudizio finale sull'idoneità ad accedere al livello superiore del corso di studi.

Un tale apprezzamento è stato già effettuato con la citata sentenza, in forma semplificata, n. 604/02, che rilevava come i non completi rilievi e le conseguenti incongrue valutazioni riferite, in particolare, alla matematica, non fossero tali da giustificare "il voto gravemente insufficiente attribuito all'alunno" in sede di giudizio finale.

Pur non potendo applicarsi, pertanto, la normativa (O.M. 14 maggio 1999, n. 128 - Norme per lo svolgimento degli scrutini ed esami nelle scuole statali e non statali di istruzione elementare, media e secondaria superiore - Anno scolastico 1998/99) attuativa del D.L. 28 giugno 1995, n. 253 - Disposizioni urgenti concernenti l'abolizione degli esami di riparazione e di seconda sessione ed attivazione dei relativi interventi di sostegno e di recupero - convertito dalla l. 8 agosto 1995, n. 352, secondo cui avrebbe potuto essere promosso un alunno con carenze formative, ove ritenuto possibile che gli obiettivi prefissati fossero raggiunti nel successivo anno scolastico, in caso di insufficienze non gravi (nella situazione in esame invece rilevabili), proprio tali insufficienze sarebbero risultate non giustificate, in presenza di un voto di otto nello scritto e di cinque nell'orale nel primo quadrimestre

(con media aritmetica di 6,5) nella stessa materia, "onde la conclusione più logica sarebbe stata l'attribuzione di un giudizio di insufficienza non grave", con conseguente promozione alla classe successiva, unita ad obbligo di recupero.

Sulla base delle statuizioni oggetto di giudicato, pertanto, avrebbe dovuto individuarsi un obbligo dell'Amministrazione (in ipotesi coercibile mediante giudizio di ottemperanza, peraltro non attivato) identificabile non come obbligo di promuovere senz'altro l'interessato alla classe successiva, ma solo come necessità di ulteriore valutazione della possibilità di bilanciare la valutazione, pesantemente negativa del secondo quadrimestre in matematica, con quella positiva del primo quadrimestre, a fini dell'eventuale assegnabilità di un giudizio finale più favorevole per tale materia (con la conseguente possibilità di porre i presupposti per una promozione con debito alla classe successiva).

Il merito di tale valutazione rientra tuttavia nell'ambito insindacabile dei giudizi, espressi in sede di valutazione scolastica, giudizi intesi non a selezionare gli alunni più meritevoli, come nelle prove concorsuali, ma a definire in concreto un'efficace formazione dei singoli, secondo le finalità proprie dell'istruzione pubblica: il giudizio di non ammissione alla classe superiore non rappresenta, pertanto, una soccombenza rispetto promossi destinatari di giudizi positivi, ma esprime l'accertamento tecnico della necessità che i non ammessi, ripetendo l'anno, possano poi affrontare più efficacemente l'ulteriore corso degli studi. L'ordinamento tutela in questi termini - e non quale immediata pretesa alla promozione - il corretto esercizio della potestà pubblica esercitata nell'ambito di un servizio, quello scolastico, finalizzato alla formazione ottimale degli studenti, nell'interesse degli stessi e della società, con margini di valutazione tecnica particolarmente ampi.

Tale valutazione può risultare in alcuni casi - come quello presente - soggetta ad un dovere di riesame ad opera degli organi competenti, senza tuttavia che possa mai configurarsi un obbligo di promuovere, inteso come atto vincolato.

In presenza infatti di un quadro di insufficienze, comunque ampio, anche in sede di riesame il Consiglio di classe avrebbe potuto considerare necessario non ammettere l'allievo alla classe successiva, in vista di una rinnovata fase di apprendimento e formazione.

Quanto sopra, non senza che fossero stati tempestivamente intrattenuti i richiesti contatti con la famiglia del minore interessato e senza pretermissione dei risultati nettamente negativi conseguiti in una determinata materia.

In tale contesto, la citata sentenza n. 604 del 2002 non avrebbe potuto trovare compiuta esecuzione se non attraverso una rinnovata valutazione dell'organo scolastico competente, o di altro organo tecnico investito del medesimo potere dal giudice, in sede di esecuzione del giudicato. Non si pone però qui questione dell'assenza di una tale valutazione, che avrebbe potuto essere fatta valere in sede esecutiva. La presente domanda giudiziale,

infatti, è finalizzata al risarcimento dei danni direttamente conseguenti all'atto illegittimo, annullato dalla prima sentenza del Tribunale amministrativo.

Riguardo a questo oggetto del giudizio, non può trovare accoglimento l'istanza risarcitoria avanzata dall'interessato sotto diversi profili, sia di danno emergente che di perdita di *chance*.

Quest'ultima tipologia di danno risarcibile - ormai ampiamente elaborata dalla giurisprudenza - risulta riferibile ai casi in cui dall'annullamento di un atto illegittimo consegua non il diretto soddisfacimento dell'interesse leso, ma l'avvio di una nuova fase procedimentale, che possa comportare l'acquisizione dell'utilità perseguita e che non esclude, in ogni caso, il danno per il ritardo di tale perseguimento, o per il verificarsi di situazioni di fatto non più reversibili.

La relativa liquidazione (in presenza degli altri necessari presupposti, di seguito esaminati) può avvenire anche in via equitativa a norma dell'art. 1226 c.c., secondo parametri che tengano conto della probabilità statistica di perseguimento del risultato (cfr. in tal senso, per il principio, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 36 e 23 ottobre 2007, n. 5592; Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323 e 3 aprile 2007, n. 1514).

Nella vicenda sottoposta a giudizio, tuttavia, vanno preliminarmente accertati - secondo i consueti canoni in tema di risarcimento - l'esistenza stessa del danno subito dall'interessato ed il nesso di causalità fra tale danno e l'atto ritenuto illegittimo dell'Amministrazione. Detti elementi non appaiono ravvisabili.

Nella sentenza appellata, in effetti, viene ritenuto non sussistente un altro necessario elemento costitutivo del titolo al risarcimenti dei danni: quello della colpa della pubblica amministrazione: tale elemento, sia per la nota Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, sia per la costante giurisprudenza successiva è ricondotto non alla mera "inosservanza di leggi regolamenti, ordini o discipline" (secondo la nozione generale dell'art. 43 c.p.), ma alla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenze, omissioni o anche gravi errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili. Circa la prova di una tale accezione di colpa - che difficilmente, in base ai parametri indicati, può ritenersi *in re ipsa* - occorre tener conto della particolare dimensione della responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interessi legittimi. L'elaborazione giurisprudenziale assume al riguardo che la responsabilità in questione si caratterizza, rispetto a quella aquiliana, per la sussistenza di profili (rilevanti, in particolare, sul piano probatorio di cui si discute) assimilabili a quelli della responsabilità contrattuale: profili riconducibili all'interesse protetto di chi, avviando o essendo comunque coinvolto in un procedimento amministrativo, abbia titolo a verificarne la correttezza, l'efficienza e l'efficacia, intesi quali ragionevoli parametri dell'azione amministrativa (c.d. giusto procedimento).

Si usa parlare, al riguardo, di "contatto sociale qualificato" o di "responsabilità da contatto", che implica appunto il corretto sviluppo dell'iter procedimentale e - salvo

errore scusabile - la legittima emanazione del provvedimento finale. Per quanto attiene al presente giudizio, va rilevato che emergono dagli atti ragionevoli giustificazioni (già in precedenza riportate) della valutazione negativa dell'Amministrazione.; il nesso di causalità fra l'illegittimità dell'atto lesivo e il danno lamentato, inoltre, è normalmente escluso dalla giurisprudenza quando - dopo l'annullamento di un atto in sede giurisdizionale - permanga per l'Amministrazione un ambito di apprezzamento discrezionale, in ordine al soddisfacimento dell'interesse pretensivo, e resti impregiudicata la possibilità di una legittima diversa determinazione (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. Stato, V, 7 ottobre 2008, n. 4868 e 8 febbraio 2011, n. 854; IV, 12 maggio 2009, n. 2894; VI, 9 giugno 2008, n. 2751 e 31 gennaio 2011, n. 723).

Nel caso, che qui rileva, di non ammissione alla classe successiva dello studente - dopo la ravvisata illegittimità di tale determinazione - la configurabilità di un risarcimento del danno restava dunque subordinata - oltre che alla dimostrazione degli altri elementi costitutivi del titolo risarcitorio e tenuto conto del principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. - alla valutazione prognostica che l'aspirazione al provvedimento soddisfacente dell'interesse finale fosse senz'altro destinata ad un esito favorevole, vale a dire alla dimostrazione - quand'anche in base a presunzioni - della sicura spettanza del bene collegato all'interesse pretensivo in questione (Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797 e 22 febbraio 2010, n. 1038). Una tale valutazione prognostica non appare in effetti configurabile.

Il superamento della grave insufficienza, preclusiva del passaggio alla classe superiore, sarebbe stato infatti possibile solo a seguito di un rinnovato giudizio globale circa il livello formativo e la personalità dello studente, giudizio che spettava solo al corpo insegnante - o ad altro organo tecnico appositamente designato - formulare discrezionalmente, fatta salva la specifica valutazione degli elementi, che nella sentenza passata in giudicato si ritenevano indebitamente pretermessi.

In un tale contesto, non basta a costituire il titolo risarcitorio il mero difetto di motivazione rilevato nella ricordata sentenza n. 604 del 2002, la cui esecuzione giudiziale (da cui avrebbe potuto, in eventuale ipotesi, scaturire la piena soddisfazione al bene della vita aspirato) non risulta richiesta.

Va rilevato infine che - alla stregua di un ordinario e adeguato nesso di causalità - il giudizio di non idoneità al passaggio alla classe superiore, che era stato ritenuto illegittimo non può ritenersi, in assenza di ulteriori specifici elementi, causa efficiente di reazioni abnormi, come quella posta in essere dall'interessato.

Il giudicato, cui è ricondotta la domanda in esame, in conclusione, non era idoneo a sorreggere di per sé, in modo esaustivo, il richiesto risarcimento del danno. Per le ragioni esposte il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto e che possa confermarsi pertanto, con diversa motivazione, la reiezione del ricorso di primo grado.

... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Roberto Foffa (*)

Di fronte alle richieste risarcitorie di studenti illegittimamente bocciati, il T.a.r. della Toscana ed il Consiglio di Stato giungono a conclusioni opposte. La singolare materia si presta ad una riflessione sul danno da lesione di interessi legittimi pretensivi.

Il caso

Quando si pensa di averle sentite tutte, quasi subito ci si imbatte in qualcosa che costringe a ricredersi. Ai tempi del danno esistenziale, ossia tra la fine degli anni '90 e le notissime sentenze di San Martino (1), era possibile imbattersi nelle richieste risarcitorie più singolari che si potessero immaginare, alcune delle quali divenute quasi proverbiali. Il danno da bocciatura scolastica, francamente, ci mancava. Si badi, non stiamo parlando del noto danno da perdita di *chances* legato allo svolgimento di concorsi pubblici, su cui si è sviluppata una nota giurisprudenza della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione (2). Il danno richiesto nelle sentenze in commento è legato alla bocciatura, asseritamente illegittima, negli esami scolastici, ed il risarcimento viene richiesto a titolo di lesione di un interesse legittimo pretensivo.

È nozione di comune esperienza che una certa percentuale dei (pochi) bocciati all'esame di maturità presenta ricorso al T.a.r. contro tale provvedimento, invocando vizi di forma o altri motivi di illegittimità. Ed è cosa nota che questi ricorsi spesso vadano a buon fine. Non ci risulta, tuttavia, che prima d'ora qualche candidato, oltre a richiedere l'annullamento della bocciatura (e la promozione a tavolino, come le squadre di calcio nei mesi estivi), avesse chiesto anche il risarcimento del danno. Le sentenze in commento, rese a pochi mesi di distanza, ci dimostrano che anche in questo campo la fantasia, ed evidentemente non solo quella, dei ricorrenti è superiore alle aspettative.

In entrambi i casi i ricorrenti avevano già proposto - e vinto - un'impugnativa contro il cattivo esito dei rispettivi esami, ed in entrambi i casi le rispettive sentenze erano già passate in giudicato.

Nel caso deciso dal Consiglio di Stato, la sentenza del T.a.r. Friuli che aveva accertato l'illegittimità della bocciatura, per un vizio di forma (consistente nella mancanza di una puntuale motivazione circa la non compensazione del voto negativo in matematica nel secondo quadrimestre con quello positivo nella stessa materia nel primo quadrimestre) risaliva addirittura al 2002. Il successivo procedimento risarcitorio avanti al T.a.r. del Friuli aveva avuto esito

negativo, e tale decisione viene confermata ora anche in appello.

Nel caso sottoposto al T.a.r. della Toscana, invece, si discute di un esame di maturità, sostenuto nel 2006 e concluso negativamente (con il punteggio di 52/100). Anche in quel caso la bocciatura era stata impugnata con successo: il T.a.r. Toscana, con decisione non impugnata, aveva ravvisato una violazione delle previsioni ministeriali circa lo svolgimento delle prove nel corso degli Esami di Stato, e, in particolare, dell'art. 16 dell'ordinanza ministeriale 8 aprile 2003, n. 35, che disciplina le modalità di svolgimento dell'esame finale. Tale norma prevede che il colloquio finale dell'esame debba vertere su tutte le materie dell'ultimo anno. Nella fattispecie, invece, lo studente era stato sentito solo su tre materie. Evidentemente la commissione d'esame aveva così poco apprezzato la sua prestazione da ritenere inutile continuare. Così facendo, però, aveva infranto la normativa di settore ed il T.a.r., preso atto, aveva annullato gli atti gravati. Tuttavia la sentenza era arrivata, in un certo senso, troppo tardi, perché nel frattempo lo studente aveva frequentato il liceo (trasferendosi in una scuola privata) per un altro anno ed aveva nuovamente affrontato, questa volta con esito positivo, l'esame di maturità.

Con questo secondo ricorso, il ricorrente chiede - ed in parte ottiene - il risarcimento dei danni determinati dall'attività amministrativa illegittima. Viene richiesto il risarcimento di un danno patrimoniale di euro 5.000,00 (pari al costo, invero assai salato, del corso di studi sostenuto presso l'istituto privato), nonché l'indennizzo di non meglio precisati danni non patrimoniali, da liquidarsi in via equitativa.

Note:

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

(1) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro it.*, 2009, I, 134, con note di Ponzanelli, Palmieri, Pardolesi-Simone.

(2) V. sul punto, *ex plurimis*, Cass. Sez. Lav. 3 marzo 2010, n. 5119 in *NGCC* 2010, I, 1031 con nota di Barbarisi; V. anche Bitetto, *Perdita di chance: quando è in gioco un posto di lavoro* in questa *Rivista* 2003, 878.

I danni causati dall'attività amministrativa illegittima

Il danno da lesione di interessi legittimi pretensivi ha una storia brevissima, talmente breve che gli operatori del diritto attualmente in attività hanno fatto in tempo a vederla tutta. Lo spartiacque, in questa materia, è rappresentato dalle notissime sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione, nn. 500 e 501 del 22 luglio 1999 (3). Prima di allora, la lesione di una posizione giuridica che non assurgesse al rango di diritto soggettivo era radicalmente esclusa. Queste sentenze, ribaltando clamorosamente una linea interpretativa ormai secolare, qualificarono il diritto al risarcimento del danno come diritto soggettivo, indipendentemente dalla natura della situazione soggettiva lesa, che poteva essere di diritto soggettivo, di interesse legittimo o di interesse semplice, «dato che la tutela risarcitoria è fatta dipendere ed è garantita in funzione dell'ingiustizia del danno conseguente alla lesione di interessi giuridicamente riconosciuti».

Le Sezioni Unite, ma ancora più l'elaborazione giurisprudenziale successiva, precisarono con sempre maggiore cura i requisiti di questo particolare tipo di danno, introducendo, tra l'altro, una distinta tecnica di accertamento a seconda della natura dell'interesse legittimo. Come noto, gli interessi legittimi possono classificarsi in due fondamentali categorie: interessi pretensivi ed interessi oppositivi. In entrambi i casi, la lesione determinata da un comportamento illegittimo della pubblica amministrazione costituisce il presupposto del risarcimento, in applicazione dell'art. 2043 c.c. Tuttavia, non basta la mera illegittimità. Se l'interesse è oppositivo, occorre accertare che l'illegittima attività dell'Amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio; se invece, come nella decisione in oggetto, l'interesse è pretensivo, la sua lesione determina il diniego, o la ritardata assunzione, di un provvedimento amministrativo. Occorre, quindi, valutare, tramite «un giudizio prognostico da condurre in base alla normativa applicabile, la fondatezza o meno della richiesta di parte, onde stabilire se la medesima fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole» (4). In ordine a tale giudizio prognostico, tuttavia, bisogna precisare che il nesso di causalità fra l'illegittimità dell'atto lesivo e il danno lamentato, inoltre, è normalmente escluso dalla giurisprudenza quando - dopo l'annullamento di un atto in sede giurisdizionale - permanga per l'Amministra-

zione un ambito di apprezzamento discrezionale, in ordine al soddisfacimento dell'interesse pretensivo, e resti impregiudicata la possibilità di una legittima diversa determinazione (5).

La voce del sì

Il T.a.r. di Firenze sposa pienamente questa linea interpretativa, precisando che bisogna accertare di volta in volta se, nel caso concreto, il giudizio prognostico porta o meno a concludere che «se le illegittimità amministrative non vi fossero state», con «una consistente possibilità ... l'amministrato avrebbe conseguito il bene della vita cui aspirava».

La formula «bene della vita», come noto, è quanto di più generico si possa immaginare e può potenzialmente includere ogni vantaggio a cui l'interesse legittimo leso si correla. Nella fattispecie, il ricorrente aveva interesse al corretto svolgimento del colloquio finale, ed a non essere mandato via dopo appena tre materie (sulle quali, peraltro, supponiamo che non avesse fatto una gran figura) rispetto alle 16 in programma. Lo svolgimento «illegittimo» del colloquio aveva leso un interesse legittimo, e fin qui la sentenza in commento marcia tranquilla nel solco della giurisprudenza dominante. Più problematico è il seguito della pronuncia, in cui il relatore ravvisa che il giudizio prognostico sull'ottenimento del bene della vita («da intendersi nel senso di sussistenza di maggiori possibilità di esito positivo piuttosto che negativo, con riferimento alla ipotetica attività amministrativa legittima») dia esito senz'altro positivo. Questo perché, a parere del T.a.r., lo studente non solo fu interrogato in tre materie su 16, ma soprat-

Note:

(3) La sentenza n. 500/1999 è stata pubblicata e commentata, tra gli altri, in *Foro it.*, 1999, I, 3201, con nota di Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; con nota di Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; con nota di Romano, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; in *Foro it.*, 1999, I, 3201, con nota di Scoditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*; in questa *Rivista*, 1999, 965, con nota di Carbone, Monateri, Palmieri, Pardolesi, Ponzanelli, Roppo, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*.

(4) In questi termini Cass. 3 settembre 2007, n. 18511, in questa *Rivista*, 2008, 761, con nota di Giazzi. Su tale giurisprudenza v. anche Scaglione, *La tutela «condizionata» degli interessi legittimi pretensivi alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2007, 2808.

(5) Vi è sul punto consolidatissima giurisprudenza del Consiglio di Stato: *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 4, 423; sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, in *Urbanistica e app.*, 2008, 8, 1050.

tutto fu interrogato su materie che, a parere del Giudice, non possono ritenersi «particolarmente pregnanti dal punto di vista dell'indirizzo di studi». Il ragazzo, infatti, era stato sentito in italiano, storia e anatomia artistica. Dal momento che la scuola frequentata era un corso di "accademia" presso Liceo artistico, se fosse stato interrogato nelle materie più "caratterizzanti" il corso di studi (figura disegnata, ornato disegnato, figura modellata, ornato modellato, disegno geometrico, architettura, prospettiva, storia dell'arte, ecc.) avrebbe potuto riportare una diversa valutazione.

A questo punto viene da domandarsi se il T.a.r. abbia esaminato lo studente, al fine di verificare la sua preparazione in dette "materie pregnanti". Diversamente, tale valutazione deve considerarsi arbitraria, dato che non è nota quale fosse la preparazione del candidato in queste 13 materie (nelle residue tre doveva essere piuttosto scarsa) e che un giudizio prognostico positivo presuppone, come detto, l'accertamento di una «consistente possibilità» di conseguimento del bene della vita. Il giudizio prognostico operato dal T.a.r. ci pare francamente opinabile. Tanto più che sulla correttezza della valutazione il T.a.r. si era già pronunciato, con una sentenza passata in giudicato (quella che aveva accertato l'illegittimità della bocciatura).

Ad ogni buon conto, secondo il T.a.r. il candidato avrebbe potuto con ragionevole certezza conseguire l'agognata promozione e per questa ragione accoglie la domanda di risarcimento del danno patrimoniale, nella misura del costo (documentato) del corso di studi ripetuto dal ricorrente.

Non trova, invece, accoglimento la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, meramente allegato ma privo di qualunque prova e concreta quantificazione.

In questo la sentenza del T.a.r. toscano segue abbastanza da vicino le argomentazioni dell'unico precedente in materia che sia consentito rinvenire (6), che aveva accordato un ristoro per il danno patrimoniale allegato dall'allievo di un conservatorio ingiustamente bocciato. L'illegittimità, in quel caso, consisteva nell'illegittima composizione della commissione esaminatrice. Il T.a.r. di Milano aveva giudicato che «il ricorrente potesse avere il 50% delle possibilità di ottenere una valutazione positiva da parte di altra Commissione, in composizione corretta». Su cosa si fondasse tale valutazione, non lo sappiamo. Esclusa la fondatezza delle richieste di danno non patrimoniale, il T.a.r. aveva ritenuto risarcibile il danno da ritardo nell'acquisizione del titolo di studio finale e della successiva abilitazione all'insegna-

mento, quantificato come da CCNL, e l'aveva qualificato come "danno da perdita di chances".

La voce del no

La sentenza del Consiglio di Stato rigetta l'appello proposto dal ricorrente avverso la sentenza negativa emessa nel 2007 dal T.a.r. del Friuli, che aveva rigettato le richieste risarcitorie del ricorrente per non aver ravvisato nella condotta dell'amministrazione alcun profilo colposo dell'Amministrazione. Il T.a.r. di Trieste riteneva che l'atto annullato non presentasse la violazione di regole di "imparzialità, correttezza e buona amministrazione", necessarie per una "colpa imputabile alla P.A." (7).

Ricorrendo al Consiglio di Stato, l'appellante chiede il risarcimento dei danni corrispondenti all'allungamento di un anno della carriera scolastica, al ritardato inserimento lavorativo, alla necessità di frequentare un istituto privato, alle spese mediche e al danno alla salute, danni tutti conseguenti all'evento dannoso (bocciatura), nonché al successivo tentato suicidio ed alle cure necessarie.

Il Consiglio di Stato rigetta l'appello, pur non condividendo l'impianto della sentenza appellata, e coglie l'occasione per un approfondimento della materia che ci pare del massimo interesse.

In primo luogo, il Consiglio di Stato precisa che l'oggetto del giudizio «non è la correttezza dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, ovvero dell'apprezzamento effettuato dall'Amministrazione sulla base di discipline tecnico-scientifiche, che implica una valutazione delle conoscenze acquisite dagli allievi e un giudizio finale sull'idoneità ad accedere al livello superiore del corso di studi». Di questo si era già occupata la sentenza (definitiva) del T.a.r. Friuli n. 604/2002, che aveva annullato la bocciatura.

Pertanto, a differenza del T.a.r. Toscana, il Consiglio di Stato ritiene di non poter nuovamente entrare nel merito di valutazioni già compiute da una sentenza passata in giudicato.

Sulla scorta di tale giudicato, la scuola avrebbe avuto l'obbligo (eventualmente coercibile mediante giudizio di ottemperanza) «non ... di promuovere senz'altro l'interessato alla classe successiva, ma ... di

Note:

(6) T.a.r. Lombardia Milano, 5 luglio 2011, n. 1785, inedita, consultabile nelle banche dati *Pluris*.

(7) Il ricorrente aveva allegato una nutrita serie di voci, quali il danno patrimoniale per ritardato inserimento nella vita sociale, nonché il danno biologico ed esistenziale, quest'ultimo connesso ad un tentativo di suicidio per la non ammissione alla classe successiva.

ulteriore valutazione della possibilità di bilanciare la valutazione, pesantemente negativa del secondo quadrimestre in matematica, con quella positiva del primo quadrimestre, a fini dell'eventuale assegnabilità di un giudizio finale più favorevole per tale materia». E tuttavia, precisa il Consiglio di Stato, una tale valutazione rientra «nell'ambito insindacabile dei giudizi, espressi in sede di valutazione scolastica, giudizi intesi ... a definire in concreto un'efficace formazione dei singoli, secondo le finalità proprie dell'istruzione pubblica». In buona sostanza, se anche il giudizio di bocciatura era contrassegnato da un vizio di forma, ciò non determinava la nascita di un diritto soggettivo alla promozione alla classe superiore. All'Amministrazione, ossia alla scuola, rimane il potere/dovere di compiere delle valutazioni tecniche per «realizzare una formazione ottimale degli studenti, nell'interesse degli stessi e della società, con margini di valutazione tecnica particolarmente ampi».

Il fatto che talvolta si renda necessario un riesame ad opera degli organi competenti, non determina mai, secondo il Consiglio di Stato, un "obbligo di promuovere".

Tali condivisibili valutazioni sull'esistenza di una doverosa ed insopprimibile discrezionalità ci portano ad esprimere un giudizio ancora più critico su quanto statuito dal T.a.r. Toscana nella sentenza precedentemente esaminata, soprattutto in ordine al giudizio prognostico.

Passando alle domande risarcitorie avanzate dall'interessato sotto diversi profili, sia di danno emergente che di perdita di *chance*, il Consiglio di Stato le ritiene non accoglibili.

Il danno da perdita di *chance* («riferibile ai casi in cui dall'annullamento di un atto illegittimo consegue non il diretto soddisfacimento dell'interesse leso, ma l'avvio di una nuova fase procedimentale che possa comportare l'acquisizione dell'utilità perseguita») non viene accolta, non essendo stati dimostrati né gli elementi soggettivi né quelli oggettivi del danno invocato.

Sotto il profilo soggettivo, già la sentenza appellata aveva escluso la colpa della pubblica amministrazione. Tale elemento soggettivo, secondo quanto statuito dalla citata Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 e dalla giurisprudenza successiva, ha un contenuto più ampio rispetto alla nozione generale dell'art. 43 c.p. e si connette «alla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenze, omissioni o anche gravi errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili».

Tale prova non è stata fornita; anzi, dagli atti del

giudizio emergono «ragionevoli giustificazioni» della valutazione negativa.

Neppure la prova del nesso causale tra atto illegittimo e danno è stata fornita. Anzi, precisa il Consiglio di Stato, la giurisprudenza esclude il nesso di causalità quando, nonostante l'annullamento di un atto, rimane in capo alla P.A. un ambito di apprezzamento discrezionale, in ordine al soddisfacimento dell'interesse pretensivo, e resti impregiudicata la possibilità di una legittima diversa determinazione (8).

Nuovamente il *decisum* di questa sentenza stride vistosamente con quanto statuito dal T.a.r. Toscana. Nell'ambito delle valutazioni scolastiche, permane sempre in capo alle commissioni d'esame (o di scrutinio, in questo caso) un insopprimibile margine di discrezionalità. Che non può, naturalmente, scadere nell'arbitrio, né nella violazione dei principi di cui all'art. 97 Cost.; ma il fatto stesso che esista va tenuto in considerazione ai fini del giudizio prognostico di ottenimento del bene della vita avuto di mira.

Ed infatti il Consiglio di Stato può rilevare che lo studente avrebbe dovuto dimostrare non soltanto gli altri elementi costitutivi del titolo risarcitorio, ex art. 2697 c.c. - prova che non aveva fornito -, ma anche fondare una valutazione prognostica «che l'aspirazione al provvedimento satisfattivo dell'interesse finale fosse senz'altro destinata ad un esito favorevole, vale a dire alla dimostrazione ... della sicura spettanza del bene collegato all'interesse pretensivo in questione».

Come possiamo constatare, sono all'incirca le stesse parole utilizzate dal T.a.r. di Firenze, e rispecchiano, d'altronde, una giurisprudenza ormai consolidata. Ma le due pronunce arrivano a una conclusione opposta.

Il T.a.r. ritiene che se il candidato fosse stato debitamente interrogato in tutte le materie avrebbe superato l'esame e conseguito il suo bene della vita.

Il Consiglio di Stato ritiene, al contrario, che non vi siano elementi per stabilire che un rinnovato giudizio globale circa il livello formativo e la personalità dello studente da parte del corpo insegnante avrebbe portato ad una differente valutazione finale, e, quindi, alla promozione.

Inoltre reputa - *alla stregua di un ordinario e adeguato nesso di causalità* - che una bocciatura non si possa considerare, in assenza di ulteriori specifici elemen-

Nota:

(8) La stessa sentenza cita in proposito Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4868 e 8 febbraio 2011, n. 854; sez. IV, 12 maggio 2009, n. 2894; sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751 e 31 gennaio 2011, n. 723, tutte rinvenibili nella banca dati del sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

ti, una plausibile causa di reazioni abnormi, quali il tentativo di suicidio.

Per tutte queste ragioni, tutte le richieste risarcitorie del ricorrente vengono “bocciate” (sia detto senza alcuna ironia), per mancanza di adeguati elementi probatori.

In conclusione

Il risarcimento della lesione di interessi legittimi pretesivi è ormai pacificamente accettato, sia in dottrina che in giurisprudenza (9). I caratteri di questo tipo di danno sono ben definiti e le sentenze in commento li hanno ben evidenziati. Ciò che caratterizza maggiormente questo tipo di danno (e complica maggiormente l'onere probatorio) è, naturalmente, il giudizio prognostico sull'ottenimento del bene della vita. Le due sentenze affrontano il problema con approcci opposti. Il T.a.r. della Toscana ritiene che la prova sia sostanzialmente *in re ipsa*: accertato l'illegitimo svolgimento dell'esame, reputa che in un

esame svolto regolarmente il candidato sarebbe stato promosso con ragionevole certezza. Su questo punto la sentenza, francamente, non ci pare molto convincente. Il giudizio prognostico si fonda su presunzioni, ma quelle poste dal T.a.r. a fondamento della propria decisione non paiono pregnanti.

Il Consiglio di Stato, invece, pretende una prova rigorosa, e, soprattutto, si sofferma sul margine di discrezionalità tecnica che rimane in capo alla P.A. In conclusione, quindi, possiamo affermare che il danno da bocciatura è risarcibile, ma solo sotto il profilo patrimoniale e solo superando l'ostacolo di un giudizio prognostico che non appare affatto semplice. Comunque la si voglia vedere, il povero bocciato ha sempre un esame da superare.

Nota:

(9) Tra le più recenti, Cass. 29 gennaio 2010, n. 2122 e Cass. 23 febbraio 2010, n. 4326, entrambe in *Giur. it.*, 2011, 318.

LIBRI

COLLANA: **Codici Legali Ipsoa**

Codice civile – XVIII ed.

Leggi complementari

Piero Schlesinger

Il volume propone il testo aggiornato del codice civile, il Trattato sul funzionamento UE (ex Trattato CE), la Costituzione della Repubblica italiana e una ricca raccolta di Leggi complementari suddivise per materia.

La sezione Giurisprudenza riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione civile (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice).

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 2 marzo 2012, n. 16, c.d. “**decreto semplificazioni tributarie**”; D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. “**semplificazione e sviluppo**”; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. “**sovraindebitamento**”; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. “**decreto libera-**

izzazioni”; D.M. 12 dicembre 2011, sulla modifica del **saggio di interesse legale**; D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, “**Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici**”; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. “**Legge di stabilità 2012**”.

Compreso nel prezzo, l'aggiornamento on-line del testo del codice.

Ipsoa 2012, Euro 28,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsa.it>



Violazione dei doveri familiari

Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare

CASSAZIONE CIVILE, Sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 610, ord. - Pres. Luccioli - Rel. Bernabai - C.C. c. M.G.

Il difetto di prova della lesione di diritti fondamentali o dell'esistenza di condotte specifiche, dotate d'intrinseca gravità e della conseguente ingiusta lesione di un diritto costituzionalmente protetto del coniuge, non integra gli estremi della tutela risarcitoria.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 11 giugno 2012, n. 8862, Cass. 15 settembre 2011, n. 18853; Cass. 10 maggio 2005, n. 9801.
Difforme	Cass. 22 marzo 1993, n. 3367; Cass. 26 maggio 1995, n. 5866; Cass. 6 aprile 1993, n. 4108.

Fatto e diritto

... *Omissis* ...

– a sostegno del ricorso la C. formula i seguenti motivi:

1) “*Error in procedendo*. Violazione di legge per omessa valutazione del capo 1 del ricorso in appello - omessa motivazione sul punto decisivo per la controversia rilevante sotto il profilo della esatta quantificazione dell’assegno di mantenimento in favore della moglie; mancato accoglimento del gravame circa la richiesta di aumento dell’assegno; il tutto in relazione all’art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5”.

2) “Violazione di legge. *Error in iudicando, error in procedendo* - Mancata corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato - errata/falsa applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 155/ter e 155/quarter, c.c. - comunque insufficiente, contraddittoria, illogica motivazione sul punto, decisivo per la controversia rilevante sotto il profilo dell’esatta quantificazione dell’assegno di mantenimento in favore della figlia; mancato accoglimento del gravame circa la richiesta di aumento dell’assegno; illegittima revoca dell’assegno in favore della figlia R. - illegittima revoca dell’assegnazione della casa familiare alla moglie; il tutto in relazione all’art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5. Violazione del contraddittorio e dei diritti di difesa: si priva di casa e mantenimento una persona maggiorenne estranea al processo mai citata mai intervenuta contro la quale nessuno ha concluso”.

3) “Violazione e mancata applicazione delle disposizioni di cui all’art. 2059 c.c.; insufficiente, illogica, contraddittoria motivazione sul fatto decisivo della controversia in merito al risarcimento del danno per avvenuta lesione dei diritti fondamentali e della menomazione psico-fisica del coniuge; il tutto in relazione all’art. 360 c.p.c., n. 3 e 5” laddove “In relazione al danno non patrimoniale richiesto dalla ricorrente, la Corte di merito afferma: l’unico fatto accertato è la violazione del dovere di fedeltà ma

non risulta che tale infedeltà si sia concretizzata in atteggiamenti che abbiano determinato una lesione alla integrità fisiopsichica del coniuge ovvero lesione di diritti fondamentali”.

– il primo motivo del ricorso appare con evidenza fondato, a differenza degli altri due che non appaiono meritare analogo apprezzamento favorevole, rivelandosi le statuizioni con essi avversate aderenti al dettato normativo ed alla relativa elaborazione giurisprudenziale, oltre che attendibilmente motivate con argomentazioni che la ricorrente contrasta con rilievi critici privi di autosufficienza e/o non decisivi;

... *Omissis* ...

– del pari da disattendere è il terzo motivo del ricorso inerente al ribadito diniego di risarcimento del danno non patrimoniale in tesi connesso all’infedeltà del M., cui la separazione per tale ragione è stata addebitata; l’avversata statuizione si rivela, infatti, ineccepibilmente fondata, oltre che sul richiamo di principi di diritto in linea con quelli già affermati da questa Corte circa la strutturale predicabilità di tale tipo di danno anche all’interno di un contesto familiare (cfr, tra le altre, Cass. n. 9801 del 2005; n. 18853 del 2011), sul rilevato difetto di prova della lesione di diritti fondamentali e segnatamente dell’integrità psico-fisica della C., riscontro negativo che la ricorrente solo genericamente avversa, omettendo di dedurre l’esistenza e la già fornita prova di condotte specifiche, dotate d’intrinseca gravità e della conseguente, ingiusta lesione di un suo diritto costituzionalmente protetto, ossia di circostanze atte ad integrare gli estremi dell’invocata tutela risarcitoria;

– non emergono, pertanto, elementi che possano portare a conclusioni diverse da quelle rassegnate nella condivisa relazione di cui sopra;

– conclusivamente si deve accogliere il primo motivo del ricorso, respingere gli altri due motivi e cassare la sentenza impugnata limitatamente alla statuizione sull'assegno, con rinvio alla Corte di appello di Napoli in diversa com-

posizione, cui si demanda anche la pronuncia sulle spese del giudizio di legittimità.

... *Omissis* ...

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 10 aprile 2012, n. 5652 - Pres. Luccioli - Rel. Campanile - S.G.C.M. c. D.I.

La violazione del complesso dei doveri facenti capo al genitore naturale, cui corrispondono diritti inviolabili e primari della persona del destinatario costituzionalmente garantiti (artt. 2 e 30 Cost.), comporta la sussistenza di un illecito civile, trovando l'illecito endofamiliare sanzione non soltanto nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, ma anche nell'obbligo di risarcimento dei danni non patrimoniali, sancito dall'art. 2059 c.c. In particolare, il disinteresse dimostrato verso il figlio dal genitore naturale, manifestatosi per lunghi anni e connotato, quindi, dalla violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, determina un *vulnus* dalle conseguenze rimarchevoli ed ineliminabili a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano tutela nella Carta costituzionale e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento. Né la pronuncia di riconoscimento della paternità naturale (o la proposizione della relativa domanda) costituisce presupposto della responsabilità aquiliana scaturente dalla violazione dei doveri inerenti al rapporto di filiazione, in quanto l'obbligo del genitore naturale di concorrere nel mantenimento del figlio sorge con la nascita del medesimo.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 7 giugno 2000, n. 7713; Trib. Roma, 27 ottobre 2011; Trib. Messina, 31 agosto 2009; Trib. Siena, 4 dicembre 2007; Trib. Bologna, 10 luglio 2007.
Difforme	Nel senso dell'impossibilità di far valere una pretesa risarcitoria contro un membro della famiglia: Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, in <i>Giust. civ.</i> , Mass. 1993, 624.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

... *Omissis* ...

4.3 - Con il secondo motivo del ricorso incidentale si denuncia: "Errato condannatorio per danni non patrimoniali - danno esistenziale subito dallo S.. Carenza del presupposto essenziale per addebito della responsabilità e, quindi, violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3. Errata valutazione delle prove acquisite e, quindi, violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5. Inconcepibilità del danno definito esistenziale".

Vengono formulati i seguenti quesiti di diritto:

"Dica la Corte se può addebitarsi al genitore naturale la responsabilità del mancato contributo al mantenimento di un presunto figlio naturale, se nessuna richiesta di accertamento della paternità è stata esercitata dal genitore che ha la potestà sul minore, e ciò dalla nascita del presunto figlio sino al raggiungimento della maggiore età, ed anche dopo da parte del figlio divenuto maggiorenne?"

Può addebitarsi responsabilità al presunto genitore che non ha ricevuto alcuna formale richiesta per il riconoscimento del presunto figlio e ciò per oltre 40 anni e che, quindi, non si è sottratto ad alcun obbligo di mantenimento, essendo inesistente la prova (o comunque l'accertamento in corso) della paternità.

Può emettersi condanna al risarcimento del danno "esistenziale" - per il periodo dal raggiungimento della mag-

giore età alla data di inizio dell'azione di accertamento della paternità - nel caso in esame promossa dopo 43 anni dalla nascita - a carico del presunto padre e, quindi, in assenza di alcun obbligo al mantenimento (elemento soggettivo per la declaratoria di responsabilità) e senza fornire la prova del danno in violazione dell'art. 2059 c.c. - tanto più che dopo un anno dal raggiungimento della maggiore età il presunto figlio si è sposato, costituendo autonomo nucleo familiare, acquisendo per donazione materna una casa, di abitazione - e, quindi, esistendo agli atti la prova della inesistenza del preteso danno esistenziale, in ogni caso non addebitabile al presunto padre che, dopo l'iniziale richiesta informale di riconoscimento, nulla ha più saputo circa la vita di relazione del presunto figlio.

I principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza circa il danno esistenziale riguardano lo status di figlio già riconosciuto e non uno status accertato *ex post* (nel caso in esame dopo 40 anni)".

4.4 - ... *Omissis* ... Attesa, quindi, l'ammissibilità del ricorso per Cassazione che denunci con unico motivo vizi di violazione di legge e di motivazione in fatto (Cass., sez. I, 18 gennaio 2008, n. 976), ogni censura deve ritenersi ammissibile nella parte in cui sia corredata da un idoneo quesito o dall'indicazione del fatto controverso, nei termini più volte ribaditi da questa Corte.

Nel caso in esame, pertanto, il motivo deve ritenersi ammissibile nella parte in cui risultano formulati, quanto alle violazioni di legge, validi quesiti di diritto, mentre de-

ve rilevarsi l'inammissibilità delle censure attinenti a vizi della motivazione, in quanto non sorrette da una corretta illustrazione di quel momento di sintesi, omologo del quesito di diritto, richiesto dalla consolidata giurisprudenza di questa Corte, come sopra richiamata.

4.5 - Deve pertanto ritenersi non più controvertibile la ricostruzione della vicenda così come operata dalla corte territoriale, sia con riferimento all'accertamento della paternità naturale, per il vero non adeguatamente contestata, sia in relazione agli aspetti, di certo rilevanti in materia aquiliana, di natura psicologica, nel senso che, come si legge nella decisione impugnata, il D. era "ben a conoscenza dell'esistenza del figlio", del quale si era totalmente disinteressato "nonostante, quanto meno fino a una certa epoca, avesse ricevuto specifiche richieste, da parte della S., di assumersi le proprie responsabilità conseguenti al concepimento di una creatura".

4.6 - Risulta agevole quindi constatare come, sulla base di tali emergenze processuali, la corte territoriale abbia correttamente affermato la responsabilità del D., derivante dalla volontaria, grave e reiterata sottrazione agli obblighi tutti derivanti dal rapporto di filiazione, con conseguente risarcibilità - sia pure nei limiti della riduzione del *petitum*, sulla base della interpretazione della domanda così come operata dai giudici del merito, vale a dire con la limitazione, per ragioni che sfuggono a qualsiasi tentativo di comprensione, al pregiudizio sofferto nel periodo successivo al raggiungimento della maggiore età - dei danni di natura non patrimoniale "per la subita lesione dei fondamentali diritti della persona inerenti la qualità di figlio".

4.7 - Le questioni che la presente vicenda pone, per le numerose implicazioni giuridiche, meriterebbero ampia disamina, inserendosi esse nella più vasta problematica della responsabilità aquiliana nei rapporti familiari che negli ultimi anni è stata interessata da una vasta rielaborazione sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali della persona; l'esame, tuttavia, dovrà essere, nel rispetto dell'economia del presente giudizio, limitato agli aspetti enucleati nei quesiti di diritto validamente proposti.

4.8 - Viene in primo luogo in considerazione la tesi secondo cui il riconoscimento della paternità, o, come sembra di capire, quanto meno la proposizione della relativa domanda, costituiscono il presupposto della responsabilità aquiliana scaturente dalla violazione dei doveri inerenti al rapporto di filiazione.

Tale assunto è all'evidenza infondato, in quanto contrastante con il principio, costantemente affermato da questa Corte, secondo cui l'obbligo del genitore naturale di concorrere nel mantenimento del figlio insorge con la nascita dello stesso, ancorché la procreazione sia stata successivamente accertata con sentenza (Cass. 20 dicembre 2011, n. 27653; Cass. 3 novembre 2006, n. 23596), atteso che la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento e quindi, ai sensi dell'art. 261 c.c., implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ai sensi dell'art. 148 c.c., ricollegandosi

tale obbligazione allo status genitoriale e assumendo, di conseguenza, efficacia retroattiva (Cass. 17 dicembre 2007, n. 26576 pari decorrenza, dalla nascita del figlio (Cass. 11 luglio 2006, n. 15756; Cass. 14 maggio 2003, n. 7386; Cass. 14 febbraio 2003, n. 2196).

La sussistenza di tale obbligo, raccordata alla consapevolezza del concepimento, come sopra evidenziata, esclude la fondatezza della tesi secondo cui la responsabilità del D. dovrebbe escludersi in assenza di specifiche richieste provenienti dalla S. o dal figlio. Prescindendo dal rilievo inerente all'inutilità di richieste successive dopo un rifiuto iniziale espresso in termini categorici, soccorre il principio secondo cui l'obbligo dei genitori di mantenere i figli (artt. 147 e 148 c.c.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda, sicché nell'ipotesi in cui al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, essendo sorto sin dalla nascita il diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori (Cass. 2 febbraio 2006, n. 2328).

4.9 - Quanto alla dedotta insussistenza di un diritto al risarcimento del danno, per violazione del complesso dei doveri facenti capo al genitore naturale, e limitati nella presente vicenda al periodo compreso fra il raggiungimento, da parte del figlio, della maggiore età ed il conseguimento dell'autosufficienza sul piano economico, premesso che la relativa liquidazione, costituendo questione di merito, non può essere sindacata in questa sede, non essendosi per altro validamente prospettati, come sopra evidenziato, vizi motivazionali, deve ribadirsi come la violazione di obblighi cui corrispondono, nel destinatario, diritti primari della persona, costituzionalmente garantiti, comporta la sussistenza di un illecito civile certamente riconducibile nelle previsioni dell'art. 2043 c.c. e ss.

Nell'ambito di un vasto orientamento, formatosi sia in dottrina, che nella giurisprudenza, tanto di merito (Trib. Venezia, 30 giugno 2004; Corte app. Bologna, 10 febbraio 2004), quanto di legittimità (Cass. 7 giugno 2000, n. 7713; Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, fino alla recente Cass. 15 settembre 2011, n. 18853), è stato, da tempo enucleata la nozione di illecito endofamiliare, in virtù della quale la violazione dei relativi doveri non trova necessariamente sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi suddetti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo ad un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Il riferimento del ricorrente alla nota decisione delle Sezioni unite di questa Corte n. 26972 del 2008, proponendone una lettura riduttiva e fondata su un rilievo di carattere nominalistico, non coglie nel segno, essendosi al contrario con essa ribadito come, al di là del ricorso a varie figure di danno, diversamente denominate per meri fi-

ni descrittivi, debba affermarsi, in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., la risarcibilità del pregiudizio di natura non patrimoniale, quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale. Non può dubitarsi, con riferimento al caso di specie, come il disinteresse dimostrato da un genitore nei confronti di un figlio, manifestatosi per lunghi anni e connotato, quindi, dalla violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, determini un

vulnus, dalle conseguenze di entità rimarchevole ed anche, purtroppo, ineliminabili, a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano nella carta costituzionale (in part., artt. 2 e 30), e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento un elevato grado di riconoscimento e di tutela.

5 - In considerazione della reciproca soccombenza vanno compensate le spese processuali relative al presente giudizio di legittimità.

... *Omissis* ...

LA RESPONSABILITÀ CIVILE NELLE RELAZIONI FAMILIARI A.D. 2012

di Denise Amram (*)

A distanza di pochi mesi dalla sentenza Cass. n. 18853/2011, il Supremo Collegio torna a pronunciarsi in più occasioni in materia di illecito intrafamiliare, consentendo all'operatore del diritto di definire alcuni profili del paradigma risarcitorio applicabile all'interno delle mura domestiche.

I casi

Le vicende da cui traggono origine le pronunce in commento consentono di ricostruire in maniera completa l'attuale assetto risarcitorio nelle relazioni familiari.

Nella sentenza Cass. n. 610/2012 (1) la questione della risarcibilità del danno intrafamiliare emerge in un caso di adulterio, dove la condotta del resistente, già sanzionata con l'addebito della separazione, non avrebbe comportato alcuna lesione di diritti fondamentali della ricorrente, la quale, invece, aveva richiesto il danno alla salute. In tale decisione, il Supremo Collegio, richiamando quanto espresso nelle precedenti decisioni Cass. n. 9801/2005 (2) e Cass. n. 18853/2011 (3), respinge il ricorso, specificando che ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria sarebbe stato necessario fornire non solo la prova della sussistenza di una lesione di un diritto fondamentale, nella specie dell'integrità psicofisica, ma anche quella dell'intrinseca gravità delle condotte specifiche tale da integrare il requisito dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

Il caso deciso nella seconda sentenza in commento, invece, riguarda la richiesta di risarcimento del danno di un figlio, ormai adulto, che lamentava la mancata assistenza materiale e morale da parte del genitore che si era rifiutato di riconoscerlo. La Corte, pur ritenendo inammissibile il ricorso principale e parte di quello incidentale, respinge la tesi secondo cui il riconoscimento della paternità (o la proposizione della relativa domanda) costituirebbe presup-

posto necessario per accedere alla tutela aquiliana, addotta dalla difesa del genitore condannato a versare un risarcimento di euro 25.000 per il danno non patrimoniale subito dal figlio a causa della propria condotta omissiva.

Il lungo silenzio della giurisprudenza di legittimità in materia di illecito intrafamiliare, mantenuto anche nella motivazione delle note sentenze Cass., sez. un., 26972-26975/2008 (4), è stato interrotto in pochi mesi in ben quattro occasioni, ove il Supremo

Note:

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

(1) Cass. 17 gennaio 2012, n. 610, in *Fam. dir.*, 2012, 251, con nota di G. Facci.

(2) Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in questa *Rivista*, 2006, 37 ss., con nota di F. Giuzzi; in *Fam. dir.*, 2005, 365 ss., con note di M. Sesta e G. Facci; in *Corr. giur.*, 2005, 921 ss., con nota di G. De Marzo.

(3) Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, in questa *Rivista*, 2012, 382 ss., con note di D. Amram e S. Oliari; in *Fam. dir.*, 2012, 251 ss., con nota di G. Facci; in *Guida al dir.*, 2011, 42, 12, con nota di M. Fiorini e in *Fam. pers. succ.*, 2012, 92 ss., con nota di G.F. Basini.

(4) Cass. 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in questa *Rivista*, 2009, 19 ss., con commento di A. Procida Mirabelli Di Lauro, S. Landini, C. Sganga, e, in particolare, con riferimento ai riflessi sul danno nelle relazioni familiari si veda F.D. Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 97 e G. Facci, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. dir.*, 2009, 113 ss. Si vedano inoltre, C. Favilli, *Il danno non patrimoniale nell'illecito tra familiari*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale - Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 463 ss.

Collegio è intervenuto dissipando ogni dubbio in ordine all'interpretazione dei rapporti tra l'area della responsabilità civile e quella del diritto della famiglia, riconducendo definitivamente il danno intrafamiliare all'interno del paradigma risarcitorio generale (5).

Ricognizione dei motivi di esclusione del danno tra coniugi

La decisione Cass. n. 610/2012, pur richiamando il precedente orientamento di legittimità, attribuisce autorevolezza a un filone interpretativo consolidatosi in materia di responsabilità civile nelle relazioni familiari, in ordine al carattere consequenziale del danno non patrimoniale (6).

La pronuncia in commento non è, infatti, la prima ad aver respinto la pretesa risarcitoria per mancanza di prova della lesione di un diritto fondamentale, a fronte di una violazione di un dovere coniugale.

Un cospicuo numero di decisioni di merito, per lo più passate inosservate, aveva, infatti, già negato il danno intrafamiliare, pur in presenza di una pronuncia di addebito della separazione, in ragione della mancata deduzione di un pregiudizio ingiusto da parte della presunta vittima.

È il caso, ad esempio, della pronuncia resa dal Tribunale S. Angelo Lombardi nel 2011, in cui il risarcimento del danno patrimoniale era stato domandato in ragione del commesso adulterio della moglie e delle conseguenze in merito alla dissimulata paternità del figlio nato in costanza di matrimonio. La domanda risarcitoria fu rigettata in quanto alcun pregiudizio concreto era stato allegato e provato, essendosi il marito limitato «ad affermazioni di stile svuotate di un effettivo contenuto» (7).

Non diversamente la Corte di Appello di Bologna ha confermato la reiezione della domanda risarcitoria decisa dal giudice di prime cure durante un procedimento di separazione in cui il coniuge lamentava di aver subito dei danni non patrimoniali a causa del «comportamento sleale» dell'altra, senza motivare adeguatamente la richiesta (8). Ancora, sulla stessa scia, il Tribunale di Monza, 15 febbraio 2010, rigettò la domanda di risarcimento perché «rimasta priva di qualsivoglia dimostrazione e quantificazione» (9).

Sul piano della verifica della sussistenza del rapporto di causalità, il Tribunale di Roma, nella decisione del marzo 2011 (10), ha escluso la risarcibilità del danno morale per mancanza di nesso di causalità tra alcuni comportamenti della moglie e i problemi di natura psichica allegati dal richiedente.

Gli esempi riportati corroborano la tesi, ribadita nelle pronunce in commento, secondo cui il danno intrafamiliare sarebbe perfettamente descritto dal paradigma risarcitorio generale di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c.

Con riferimento all'antigiuridicità, invero, una recentissima pronuncia del Supremo Collegio (11) ha cassato una decisione della Corte d'Appello di Ancona (12) che aveva negato il risarcimento del danno alla moglie tradita, considerando la scelta del coniuge di andare a convivere con un'altra donna come espressione della «libertà e di felicità personale», sanzionabile esclusivamente con l'addebito della separazione, non potendo detta condotta configurare un illecito, vista l'incostituzionalità dei reati di adulterio e concubinato (13). Tale ultima decisione ha così colto l'occasione per specificare che l'illecito intrafamiliare non sarebbe integrato soltanto in presenza di fattispecie astratta di reato ma, come noto, anche qualora l'avvenuta violazione dei doveri familiari cagioni la lesione di «beni essenziali della vita».

Alla luce di tale breve rassegna giurisprudenziale,

Note:

(5) Per un approfondimento sul danno intrafamiliare *post sez. un.* /2008, si vedano: M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14 ss.; G.F. Basini, *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra coniugi*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 981 ss.; L. Lenti, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in G. Ferrando-L. Lenti (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, Padova, 2011, 574; G. Facci, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. dir.*, 2011, 1147 ss.; E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 146 ss.; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009.

(6) Cfr. fra tutte Cass., sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2515, in questa *Rivista*, 2002, 499 ss., con note di G. Ponzanelli e B. Tassone; in *Giur. it.*, 2003, 691 ss., con nota di M. Bona e G. Migliorati e in *Corr. giur.*, 2002, 461 ss., con nota di G. De Marzo.

(7) Trib. S. Angelo Lombardi, 26 gennaio 2011, in *DeJure*.

(8) App. Bologna, 15 novembre 2010, n. 1277, in *DeJure*.

(9) Trib. Monza, 15 febbraio 2010, in *dejure.giuffrè.it*, si veda anche Trib. Roma, 3 giugno 2008, in *DeJure*.

(10) App. Roma, sez. III, 22 giugno 2011, in *DeJure*. Non diversamente, si veda la decisione del Trib. Novara, 24 agosto 2010, in *DeJure*.

(11) Cass. 1° giugno 2012, n. 8862, in *www.cassazione.net*.

(12) App. Ancona, 16 aprile 2010, *inedita*.

(13) Sul rapporto tra adulterio e risarcimento del danno intrafamiliare, si vedano, da ultimo, G. Facci, *Il danno da adulterio arriva in cassazione*, in *Fam. dir.*, 2012, 260; S. Oliari, *Addebito della separazione e tradimento plateale: funzioni diverse e azioni autonome*, in questa *Rivista*, 2012, 394 ss. e A. D'Angelo, *Un'infedeltà oltraggiosa della dignità della persona ed i suoi risvolti aquiliani all'indomani delle Sezioni Unite del 2008*, in questa *Rivista*, 2010, 190 ss.

giò osservare che l'accertamento nella fattispecie concreta dell'integrazione dei requisiti costitutivi dell'illecito aquiliano - come la presenza del nesso causale o la sussistenza di un danno ingiusto, valutato quest'ultimo secondo i parametri costituzionali - non si riduce, dunque, a una mera formula di stile presente nelle motivazioni delle sentenze che accolgono le richieste di risarcimento di danno intrafamiliare. Si tratta, infatti, di una prassi consolidata che la giurisprudenza utilizza al fine di selezionare i pregiudizi suscettibili di ristoro, in virtù di una consapevole riconduzione del danno intrafamiliare all'interno del sistema risarcitorio reso noto dalle Sezioni Unite del 2008 (14).

Il danno nelle relazioni genitore-figlio

L'oggetto della decisione della Cass. n. 5652/2012 è limitato alla sola questione relativa alla risarcibilità del danno non patrimoniale subito dalla vittima.

In prima battuta, si lamenta l'impossibilità di attribuire una responsabilità aquiliana là dove non vi sia stato un accertamento della paternità. Sul punto, la Corte supera l'*impasse* considerando «non più controvertibile la ricostruzione della vicenda così come operata dalla corte territoriale, sia con riferimento all'accertamento della paternità naturale, per il vero non adeguatamente contestata, sia in relazione agli aspetti, di certo rilevanti in materia aquiliana, di natura psicologica», giacché nei giudizi di merito era emerso che il ricorrente fosse a conoscenza del concepimento nonché il rifiuto dello stesso ad assumersi le proprie responsabilità genitoriali.

La problematica concernente l'inclusione o meno del riconoscimento della paternità tra i presupposti della responsabilità aquiliana è stata risolta dalla Corte sulla base del fatto che il valore retroattivo degli obblighi genitoriali al momento della nascita del figlio impedirebbe di escludere la responsabilità del genitore in assenza di specifiche richieste da parte dell'altro genitore e della prole stessa, allorquando, come nel caso di specie, il primo sia stato edotto del concepimento.

Ulteriore questione sollevata con il ricorso concerne la vera e propria riconducibilità del danno intrafamiliare all'interno del dibattito sul danno non patrimoniale: il ricorrente propone difatti una lettura riduttiva delle richiamate pronunce dell'"estate di San Martino" volta ad escludere il danno intrafamiliare dal nuovo sistema del danno non patrimoniale. Tale ultima argomentazione, tuttavia, trova smentita nel noto e consolidato orientamento che sin dal 2000 (15) ha consentito l'ingresso della tutela aquiliana

in caso di violazione dei doveri genitoriali, individuando nell'art. 2 e 30 Cost. un diritto fondamentale del fanciullo a realizzare la propria persona all'interno del nucleo familiare (16).

Infine, un breve cenno è rivolto alla difficoltà di quantificare il danno nelle relazioni familiari. Nella specie tale difficoltà è dovuta, da un lato, alla singolare limitazione della richiesta risarcitoria al periodo successivo al diciottesimo anno di età e, dall'altra, all'oggettiva assenza di criteri liquidatori capaci di monetizzare siffatte sofferenze (17). Tuttavia quest'ultima questione non è stata affrontata dal Supremo Collegio, non essendo oggetto del ricorso.

Il paradigma risarcitorio del danno intrafamiliare

Alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale è possibile enucleare le caratteristiche dell'illecito e del danno intrafamiliare, partendo da due principi, ricavati dalle massime delle sentenze in commento, e dai relativi corollari.

1. La tutela aquiliana è applicata alle relazioni domestiche a prescindere dalle misure giusfamiliari te-

Note:

(14) Si pensi a tal proposito alla pronuncia Trib. Venezia, 14 maggio 2009 che all'indomani delle sez. un. /2008 aveva osservato quanto segue: «occorre guardare più nel concreto se ed in quale misura la condotta di un coniuge, dolosa o gravemente colposa, possa essere ritenuta fonte di un danno, perché lesiva di un diritto inviolabile della persona secondo quanto espresso dalle Sezioni unite del 2008 sempre che sia accertato il nesso di causa», in questa *Rivista*, 2010, 187 ss., con nota di A. D'Angelo e in *Fam. dir.*, 2009, 1147 ss., con nota di G. Facci.

(15) Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in questa *Rivista*, 835 ss., con note di P.G. Monateri, G. Ponzanelli; in *Fam. dir.*, 2001, 159 ss., con nota di M. Dogliotti e in *Resp. civ. prev.*, 2001, 923 ss., con nota di P. Ziviz.

(16) Sulla responsabilità civile nelle relazioni genitori-figlio, si vedano i seguenti volumi: G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit.; V. Pilla, *Responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006; M. Sesta, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; P. Cendon (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, III, Padova, 2004; S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

(17) Cfr. Trib. Roma, 27 ottobre 2011 secondo cui in un caso di risarcimento del danno intrafamiliare ha precisato che «quanto alla misura del risarcimento, deve ritenersi che la richiesta formulata dalle attrici, pari complessivamente ad un milione di Euro, risulta fuori misura e come tale non meritevole di accoglimento. In mancanza di precedenti giurisprudenziali consolidati e comunque riferibili a situazioni similari, si ritiene equo liquidare il danno nella misura di euro 30.000», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 392 ss., con nota di D. Amram e in *La Resp. civ.*, 2012, 232, con osservazioni di G. Facci. In ordine alle conseguenze sistematiche derivanti dalla difficoltà monetizzare i pregiudizi non patrimoniali diversi dal danno alla salute, si veda, per tutti, F.D. Busnelli, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 129 ss.

se ad attribuire delle responsabilità o a sanzionare la violazione dei doveri familiari, come l'addebito della separazione, la sospensione, la decadenza dalla potestà o il riconoscimento giudiziale di paternità, le misure di cui all'art. 709^{ter} c.p.c.

1.1. Non sussiste un rapporto di pregiudizialità tra domanda di addebito e domanda di risarcimento del danno intrafamiliare.

1.2. La tutela aquiliana nei rapporti tra coniugi è suscettibile di applicazione anche al di fuori di un procedimento di separazione giudiziale.

2. Il danno intrafamiliare risponde al paradigma risarcitorio di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c.

2.1. Il danno intrafamiliare è risarcibile in presenza di un *contra ius* costituzionale, ovvero se siano lesi diritti fondamentali del familiare (ad es. la dignità, la salute, la *privacy*, il diritto di realizzarsi come persona nella famiglia) o in caso di fattispecie astratta di reato.

2.2. Il pregiudizio intrafamiliare futile o discendente da un'offesa non grave al diritto fondamentale della persona non merita ristoro.

2.3. Il danno intrafamiliare è un danno conseguenza e spetta alla vittima l'onere di provare i pregiudizi cagionati dall'illecito perpetrato all'interno delle mura domestiche.

All'interno dei confini disegnati dalle menzionate indicazioni di principio, permangono dei margini di incertezza volti a consentire, da un lato, quell'*adattamento* (18) necessario derivante dall'intreccio fra due aree del diritto a lungo considerate autonome che si manifesterà nell'analisi di ciascun caso concreto; dall'altro, una più cosciente presa di posizione da parte della giurisprudenza su quelle questioni lasciate ancora aperte, prima fra tutti la quantificazione del danno intrafamiliare (19).

Note:

(18) F. Giardina, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia. L'art. 129 bis del codice civile*, Pisa, 1999.

(19) Più che mai attuale è la frase di F.D. Busnelli «Occorre avere fiducia nella giurisprudenza. Essa ha mostrato a suo tempo di essere in grado di fronteggiare e di superare l'anarchia del dopo principio, quando si trattò di passare dall'affermazione del principio di risarcibilità del danno biologico alla razionalizzazione delle conseguenti modalità di valutazione e di quantificazione di tale danno. Ora essa è chiamata a fronteggiare e a superare una nuova ondata di anarchia. È una sfida che la giurisprudenza è in grado di vincere», in *L'Estate di San Martino del danno non patrimoniale, un anno dopo*, in A. D'Angelo-G. Comandé-D. Amram (a cura di), *La liquidazione del danno alla persona. Riflessioni e prospettive ad un anno dalle SS.UU. nn. 26072-26975/2008*, Milano, *Ilsole24ore*, 2009, 10.

LUI, LEI E L'ALTRA: DIMOSTRATO L'ADULTERIO, VA PROVATO IL DANNO

di Sara Oliari (*)

Altro arresto della Suprema Corte in materia di danno non patrimoniale da violazione dei doveri sponsali: confermato il buon diritto al risarcimento del coniuge tradito, ma solo se - oltre alla prova dell'adulterio - questi abbia dato dimostrazione della violazione di un diritto fondamentale e/o di un pregiudizio psicofisico, conseguenza della condotta offensiva altrui, specifica e connotata da particolare gravità lesiva.

Il caso

Una moglie, un marito, tre figli, una casa e ... un tradimento, in più lui lascia la famiglia per una nuova relazione sentimentale dalla quale nascono due bambine: ecco tutti gli ingredienti tipici per dar inizio ad un dissidio familiare che approda, non a caso, nelle aule di giustizia. Il Tribunale addebita la separazione al marito, ma respinge la domanda riconvenzionale di risarcimento del danno da infedeltà coniugale avanzata della moglie; la Corte d'Appello conferma la sentenza impugnata quanto all'addebito e al danno non patrimoniale e alla stessa conclusione perviene la Suprema Corte con la pronuncia in commento.

La famiglia: centro di relazioni affettive, diritti assoluti e pregiudizi morali

La sentenza offre spunti interessanti sotto vari profili attinenti al diritto della famiglia (contributo al mantenimento dei figli, beneficio dell'assegnazione della casa coniugale), mentre quello del danno da adulterio è, in realtà, affrontato piuttosto marginalmente e cui verrà volutamente circoscritto il tema d'indagine.

Il Supremo Collegio, richiamandosi ai principi di di-

Nota:

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

ritto già affermati, ha puntualizzato - in maniera tanto stringata, quanto incisiva - che la configurabilità di un danno non patrimoniale all'interno della comunità familiare è ormai pacifica (1) e che invocare l'adulterio, già accertato anche ai fini dell'addebito della separazione, non esime - in ogni caso - dal dimostrare una condotta oltremodo offensiva, una lesione psico-fisica e/o la violazione di un interesse costituzionalmente protetto. In sintesi, viene nuovamente ribadito che colui che invoca il risarcimento di un pregiudizio non patrimoniale conseguente all'adulterio debba dar prova della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano. In questo quadro, la Corte ha espressamente attribuito un ruolo di spicco alla prova - e non già alla mera allegazione - di una condotta dannosa altrui particolarmente grave ed ingiustamente lesiva del patrimonio morale dell'individuo e dei suoi valori fondamentali.

Il riconoscimento di siffatta voce di danno e l'estensione della tutela aquiliana anche nelle relazioni coniugali (2) - nonostante il legame negoziale (3) che unisce i coniugi - sono emersi con forza dalla necessità riparatoria, sempre crescente e sempre più avvertita, di salvaguardare diritti a rilievo costituzionale compromessi dalle azioni dannose d'altri e non adeguatamente protetti dai rimedi giusfamiliari.

L'immunità di cui ha sempre goduto la famiglia (4) rinviene la propria essenza nella spontanea esigenza di preservare i legami domestici dalle logiche giudiziarie (5) - con salvezza delle relazioni coniugali o parentali (6) - in ragione del riserbo e delicatezza delle dinamiche e degli equilibri e nella tendenza a risolverne i contrasti ricorrendo ai rimedi tipici. Tuttavia, un intervento quale quello di specie si è reso necessario per l'insoddisfacente efficacia rimediabile dell'addebito (ma anche di altri strumenti dettati dal diritto di famiglia) (7) a fronte della violazione di doveri coniugali. Il ricorso all'addebito, quale strumento risarcitorio (invero in declino) (8), si scontra irrimediabilmente con il rango costituzionale dei valori fondamentali che ben posso essere astrattamente pregiudicati dalla condotta del coniuge fedifrago ma che, in concreto e per certo, non posso esser integralmente riparati con gli effetti tipici dell'addebito medesimo (9). In tal linea di pensiero si inserisce anche quest'ultimo arresto della S.C. orientato nel sopperire al grosso limite che da sempre incontra l'autosufficienza del diritto di famiglia: l'inidoneità (ancorché non assoluta) e la dubbia efficacia dell'impianto rimediabile del sistema nel sanzionare un comportamento illecito, fonte di pregiudizi ingiusti e violazione dei valori fonda-

mentali dell'individuo. Difatti - guardando in concreto ai rimedi giusfamiliari, con particolare riguardo a quelli prettamente rilevanti nella vicenda al vaglio -, si veda come, mentre l'istituto della separazione consente, in generale, la mutua libertà

Note:

(1) L'opera di "privatizzazione" delle relazioni familiari è stata preannunciata, da un'opera per molti aspetti pionieristica che suggeriva il superamento della tradizionale impostazione di chiusura: S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984. Sul punto vedi M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Famiglia, persone e successioni*, 1, 2011, 14. La giurisprudenza di legittimità con la sentenza Cass. civ., 26 maggio 1995, n. 5866 e di merito in Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam. e dir.*, 2001, 185 già tra le righe e vagamente offrivano spunto per un'apertura del sistema giusfamiliare alla Lex Aquilia, consacrata poi con la nota sentenza Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, 367, con nota di G. Facci, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*; in questa *Rivista*, 2006, 37 e ss., con nota di F. Giazzi; in *Fam. e dir.*, 2005, 365 ss., con note di M. Sesta e G. Facci; in *Corr. giur.*, 2005, 921 ss., con nota di G. De Marzo.

(2) Per una breve e recente ricognizione si rinvia a C. Favilli, *Il danno non patrimoniale nell'illecito tra familiari*, in E. Navarretta (a cura di), *Il Danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 463 ss.; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14 ss.; C. Rimini, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 620 ss.; F.D. Busnelli, *E venne l'estate di San Martino*, in Aa.Vv., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, 91 ss.

(3) Per una critica circa l'applicazione della Lex Aquilia alle relazioni coniugali, vedi M. Finocchiaro, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve generare diritti al di là delle legge*, in *Guida al dir.*, 24/2002, 50. Sul punto si veda anche G. De Marzo-C. Cortesi-A. Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Milano, 2007, 689 ss.

(4) S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit.; P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 605.

(5) Vedi M. Sesta, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, in *Dir. fam.*, 2005, 1164.

(6) D. Amram, *Illecito endofamiliare: nuovi rapporti tra azione risarcitoria e addebito della separazione - Rimedi giusfamiliari e tutela aquiliana: dall'immunità all'autonomia. qualche riflessione sul danno intrafamiliare*, in questa *Rivista*, 2012, 387. Per un'interessante analisi sulla peculiarità dei rapporti tra i coniugi, vedi P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011, 512.

(7) S. Oliari, *Illecito endofamiliare: nuovi rapporti tra azione risarcitoria e addebito della separazione - Addebito della separazione e tradimento plateale: Funzioni diverse e azioni autonome*, in questa *Rivista*, 2012, 392 e 393; Cass. 7 luglio 2008, n. 18613, in *Foro it.*, 2008, 3157; Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638, in *Fam. dir.*, 2005, 259, con nota di A. Frassinetti, *Ancora sul cumulo oggettivo tra giudizi di separazione e domande restitutorie*.

(8) C. Rimini, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, cit.; L. Lenti, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in G. Ferrando-L. Lenti (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, 2011, Padova, 574.

(9) Cfr. G. De Marzo-C. Cortesi-A. Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare. Profili di diritto sostanziale e processuale*, cit., 689.

dei coniugi di non convivere più e, dunque, di abbandonare il progetto di comunione spirituale e di vita, il rimedio dell'addebito della separazione attiene al solo ambito solidaristico-assistenziale, quanto alla decadenza dal beneficio del mantenimento (10), ed economico-patrimoniale, con la perdita dei diritti successori: ebbene, nessuno di questi effetti è in grado - neppure astrattamente - di tener indenne la vittima da un'offesa all'intangibilità del proprio patrimonio morale e della propria dignità e men che meno può ristorare il pregiudizio interiore conseguente l'offesa. I suddetti strumenti apprestano pacificamente una tutela minima circoscritta ai soli aspetti di natura patrimoniale, con esclusione dei diritti fondamentali.

Violazione dell'art. 143 c.c., illecito aquiliano e quel *quid pluris* da dimostrare

Quanto al comportamento illegittimo e sanzionabile, il Supremo Collegio, come già fatto in precedenza (11), ha puntualmente e nuovamente circoscritto la fattispecie risarcibile ai soli casi in cui il l'azione lesiva sia consistita in una "condotta specifica" tanto grave e riprovevole e di tal natura da cagionare un ingiusto pregiudizio e da integrare gli estremi di un illecito (12). La puntualizzazione della Corte, benché scarna sul piano argomentativo, rafforza ulteriormente e segue pedissequamente l'impianto risarcitorio già delineato sia dalle sentenze di San Martino (13) e da altre recentissime sentenze rese in materia di diritto di famiglia (14). Dunque, non tutte le violazioni, ancorché coinvolgano un interesse protetto dall'ordinamento (che abbia però natura diversa da quella costituzionale o psicofisica), possono assurgere a fattispecie ingiusta e sanzionabile (15) e, soprattutto, non tutti i danni conseguenti sono meritevoli di trovar ristoro: è questo il caso tipico dell'adulterio e conseguente pregiudizio che, in sé e per sé, altro non costituisce se non la mera inosservanza dell'art. 143 c.c. ossia la violazione di una legge ordinaria (il codice civile) e non già violazione di una norma costituzionale attinente la persona e un suo diritto inviolabile. Ed ancora, giusto per mutuare un'espressione *aliunde* utilizzata in maniera esaustiva dalla stessa Cassazione, affinché la condotta possa integrare i requisiti dell'offesa di cui alla tutela aquiliana, è necessario che abbia «trasmodato in comportamenti che, oltrepassando i limiti dell'offesa di per sé insita nella violazione dell'obbligo in questione si siano concretizzati in atti specificamente lesivi della dignità della persona, costituente bene costituzionalmente protetto» (16). In definitiva deve esser

condotta una duplice analisi valutativa di sintesi: (a) accertare la sussistenza di atti seriamente disonorevoli e tanto veementi da violare (b) non solo i doveri coniugali dettati dal codice civile o altre disposizioni dell'ordinamento, ma anche (c) imprescindibilmente i diritti e principi cui la Carta Costituzionale conferisce tutela e preminenza nell'ordinamento (17). La scriminante tra la risarcibilità e non risarcibilità è da ricercarsi, dunque, più che nella serietà degli effetti pregiudizievoli sofferti e percepiti dalla vittima - secondo l'*id quod plerumque accidit* - per aver subito un tradimento, proprio nell'efficacia lesiva di quelle condotte dell'adulterio che per la loro gravità sono andate tanto oltre la mera violazione dei doveri coniugali (nel caso di specie la fedeltà di cui all'art. 143 c.c.) da ledere i diritti assoluti della persona tradita. Si è già osservato che «la violazione del dovere di fedeltà costituisce soltanto il mezzo attraverso il quale è stata effettuata la lesione di un interesse (dignità) meritevole di tutela da parte dell'ordinamento (18)»; di contro, non è assorbente,

Note:

(10) Con salvezza del credito alimentare, v. art. 156, comma 1, c.c.

(11) Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, in questa *Rivista*, 2012, 382 ss., con note di D. Amram e S. Oliari.

(12) G. Facci, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, cit.

(13) Cass. 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in questa *Rivista*, 2009, 19 ss., con commento di A. Procida Mirabelli Di Lauro, S. Landini, C. Sganga; G. Ponzanelli, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2009, 90; v. Aa.Vv., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, cit.; quanto ai riflessi sul danno nei rapporti di famiglia si veda F.D. Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 97 e G. Facci, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. e dir.*, 2009, 113 ss.

(14) Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, cit.; Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

(15) Sul punto, cfr. G. Travaglino, *Il futuro del danno alla persona*, in questa *Rivista*, 2011, 113 ss.; G. Ponzanelli, *Postfazione*, in questa *Rivista*, 2011, 119; nonché G. Amone, *Umanità e tecnica nel risarcimento del danno alla persona*, in questa *Rivista*, 2011, 959 ss. Vedi altresì Trib. Roma, 17 settembre 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 564, con nota di V. Paletto, *La violazione dell'obbligo di fedeltà di un coniuge come fonte di danno patrimoniale risarcibile*.

(16) Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, cit.

(17) C. Savi, *Responsabilità extracontrattuale* (dir. vigente), in *Enc. dir.* XXXIX, Milano, 1988, 1291 ss.; C. Di Franco, *La responsabilità aquiliana nelle relazioni familiari*, in *La responsabilità civile*, 2008, 165 ss.; D. Chindemi-G. Cecchini, *Danni endofamiliari. Casi, quesiti, soluzioni*, Montecatini Terme, 2011, 48, 49.

(18) G. Facci, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e dir.*, 2011, 1152.

invece, la violazione del dovere di fedeltà, poiché l'interesse da tutelare non è il mantenimento del rapporto di coniugio, bensì l'integrità dell'individuo e dei propri diritti costituzionalmente garantiti.

Poiché la gravità costituisce un filtro selettivo della violazione, nonché un parametro di valutazione della violazione stessa e non già degli effetti lesivi, andranno esclusi dalla categoria di danni risarcibili tutti quelli di modesto rilievo, nonché episodi o circostanze prive o scarse di intrinseca serietà, a tutto vantaggio di situazioni oltremodo rilevanti e riprovevoli (19), nell'ottica di sensibile valorizzazione dell'individuo e del suo patrimonio morale più intimo. Dunque, la semplice sofferenza psichica che non integri una fattispecie patologica medicalmente accertata o accertabile o, comunque, riconducibile al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. e tutte quelle perdite connesse al peggioramento dello stile di vita, alla perdita condivisa di una progettualità di coppia, al senso di abbandono e solitudine, allo sconvolgimento dell'agenda personale che pur nella loro significatività non sono riconducibili ad un interesse di matrice costituzionale. Per contro, laddove vi sia una condotta trasgressiva e severa, posta in essere avverso interessi meritevoli quali la salute psichica, l'integrità morale, la dignità, l'onore e la reputazione, potrà scattare la declaratoria dell'ingiustizia del danno e condanna alla riparazione.

Nella vicenda al vaglio, la Cassazione ha respinto le pretese della ricorrente che - pur invocando la sussistenza di un tradimento - ometteva di fornire la prova della lesione di un diritto primario avente "copertura" costituzionale e di dimostrare che il tradimento fosse stato perpetrato in suo danno mediante condotte particolarmente offensive. Nella dimostrazione del danno non patrimoniale in sede giudiziale, non è contemplata ovviamente alcuna deroga all'onere probatorio, con la conseguenza che è necessario allegare ogni singolo fatto posto a fondamento delle voci di danno di cui si chiede ristoro. È noto e avallato anche dalla miglior dottrina che nell'invocare il danno non patrimoniale si debbano necessariamente dimostrare 3 elementi "minimi": la condotta dannosa (*quia debeat*); il tipo di pregiudizio patito (*quid debeat*) e l'ammontare del danno o il criterio di valutazione dello stesso (*quantum*) (20). Non viene richiesta l'allegazione analitica di ogni singolo fatto materiale in cui è concretizzato il danno, ma la natura del danno e la sua tipologia. Vanno comunemente allegati e provati, come in qualsivoglia situazione processuale di qualsiasi natura, tanto l'interesse leso, quanto il danno patito, rifiutandosi la teoria dell'immedesimazione dei due aspetti e, per

l'effetto, negando il conseguente assunto del danno in *re ipsa*, quale effetto automatico della violazione di un diritto fondamentale (21). In dottrina si è osservato che il risarcimento di un pregiudizio di natura non patrimoniale sia da ammettersi, allorché vengano adeguatamente contestualizzate le circostanze dell'illecito e siano fornite le opportune allegazioni di fatto, cosicché si possa giungere a formulare un giudizio sulla rilevanza del danno (22) e, si aggiunga, sulla sussistenza della lesione di un interesse primario dell'individuo a copertura costituzionale. Conclusivamente, ciò che viene richiesto imprescindibilmente nella ricerca e nell'accertamento di un danno di natura non patrimoniale è una ferma valorizzazione degli elementi relativi alle modalità di estrinsecazione della condotta da allegarsi in istruttoria e gravante sul soggetto danneggiato (23).

Note:

(19) Cfr. G. Facci, *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, in *Fam. dir.*, 2009, 212 ss.

(20) M. Rossetti, *Il danno non patrimoniale. Cos'è, come si accerta e come si liquida*, Milano, 2010, 99 ss.

(21) M. Rossetti, *Il danno non patrimoniale*, cit., 100; in senso parzialmente contrario circa l'immedesimazione e il danno *in re ipsa* E. Navarretta, *op. cit.*, 136 e 141.

(22) E. Navarretta, *op. cit.*, 142 e E. Navarretta, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 789 ss.

(23) D. Amram, *Illecito endofamiliare: nuovi rapporti tra azione risarcitoria e addebito della separazione*, cit., 389.

Fondo di garanzia per le vittime della strada

Fondo di garanzia per le vittime della strada: l'impresa è "designata" anche per l'esecuzione forzata

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 30 novembre 2011, n. 25587 - Pres. Filadoro - Rel. Spirito - P.M. Basile (conf.) - SOCIETÀ CONSAP c. C.C. ed altri

Ai sensi degli artt. 19 e 25 l. 24 dicembre 1969, n. 990, sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, il giudicato di condanna al risarcimento del danno, formatosi a carico dell'impresa assicuratrice *in bonis*, può essere posto in esecuzione dal danneggiato, ove sopravvenga la liquidazione coatta amministrativa dell'assicuratrice medesima, esclusivamente nei confronti dell'impresa designata a norma dell'art. 20 di detta legge (e nei limiti fissati dal successivo art. 21), impresa che, con riferimento alle somme erogate, ha diritto di insinuarsi al passivo della procedura concorsuale avvalendosi dell'autorità che quel giudicato, sotto il limitato profilo dell'accertamento del credito del danneggiato, spiega anche nei confronti della liquidazione. Tale disciplina non subisce deroghe a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 23 dicembre 1976, n. 857 (convertito, con modificazioni, nella l. 26 febbraio 1977, n. 39), il cui art. 9, nel contemplare la possibilità di autorizzazione del commissario liquidatore alla definizione di pendenze anche per conto del fondo di garanzia per le vittime della strada, non interferisce sulla individuazione della suddetta impresa designata quale unico soggetto passivamente legittimato alla pretesa del danneggiato.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 12 luglio 2006, n. 15759; Cass. 14 luglio 2003, n. 10999; Cass. 21 novembre 2001, n. 14722; Cass., sez. un., 10 febbraio 1982, n. 825.
Difforme	App. Roma, 7 settembre 2006, n. 3740.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato.

Occorre ribadire il principio ormai consolidato in ragione del quale:

“ai sensi della l. 24 dicembre 1969, n. 990, artt. 19 e 25 sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, il giudicato di condanna al risarcimento del danno, formatosi a carico dell'impresa assicuratrice “*in bonis*” può essere posto in esecuzione dal danneggiato, ove sopravvenga la liquidazione coatta amministrativa dell'assicuratrice medesima, esclusivamente nei confronti dell'impresa designata a norma dell'art. 20 di detta legge (e nei limiti fissati dal successivo art. 21), impresa che, con riferimento alle somme erogate, ha diritto di insinuarsi al

passivo della procedura concorsuale avvalendosi dell'autorità che quel giudicato, sotto il limitato profilo dell'accertamento del credito del danneggiato, spiega anche nei confronti della liquidazione. Tale disciplina non subisce deroghe a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 23 dicembre 1976, n. 857 (convertito, con modificazioni, nella l. 26 febbraio 1977, n. 39), il cui art. 9, nel contemplare la possibilità di autorizzazione del commissario liquidatore alla definizione di pendenze anche per conto del fondo di garanzia per le vittime della strada, non interferisce sulla individuazione della suddetta impresa designata quale unico soggetto passivamente legittimato alla pretesa del danneggiato (cfr. in origine Cass., sez. un., n. 825/82, poi Cass. nn. 14722/01 e 10999/03; tra le ultime Cass. n. 15759/06 non massimata).

Il ricorso deve essere pertanto accolto, la sentenza deve essere cassata ed il giudice del rinvio si adeguerà all'enunciato principio.

... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Giovanni Grasselli (*)

La sentenza in esame ribadisce che, in caso di sentenza favorevole ottenuta nei confronti di una impresa di assicurazione successivamente posta in liquidazione coatta amministrativa, l'esecuzione deve essere promossa nei confronti dell'impresa designata dal Fondo di Garanzia delle Vittime della Strada, e non nei confronti del Fondo stesso.

Il caso

La vicenda in esame trae origine dalla messa in liquidazione coatta amministrativa di una impresa assicurativa, nei cui confronti alcuni soggetti rimasti coinvolti in un sinistro stradale avevano ottenuto una sentenza di condanna (1).

I danneggiati, all'esito della liquidazione dell'impresa, decidono di intraprendere l'azione esecutiva nei confronti del Fondo di garanzia. Avverso detta esecuzione propone opposizione l'INA (Istituto Nazionale Assicurazioni), quale mandataria della CONSAP Spa (2). In particolare, l'INA eccepisce la carenza di legittimazione passiva del Fondo, per essere legittimata la sola impresa designata.

Tale prospettazione, dopo alterne fortune nel corso dei giudizi di merito, viene accolta dalla corte di legittimità, la quale conferma che il giudicato di condanna al risarcimento del danno, formatosi a carico dell'impresa assicuratrice *in bonis*, può essere posto in esecuzione dal danneggiato, ove sopravvenga la liquidazione coatta amministrativa dell'assicuratrice medesima, esclusivamente nei confronti dell'impresa designata.

La ratio della decisione

La sentenza in commento si inserisce nel solco di precedenti pronunce della Corte (3), che avevano già affrontato la questione, risolvendola affermando la legittimazione passiva dell'impresa designata.

Il ragionamento della Corte muove dal dato letterale degli articoli, applicabili *ratione temporis*, 19 (4) e 25 (5) della l. n. 990/1969 (6), legge che ha istitui-

della messa in liquidazione dell'impresa nei cui confronti si era ottenuto, quando era *in bonis*, una sentenza di condanna. Per una disamina approfondita di questa "intricata disciplina" e del sistema del commissario liquidatore e dell'impresa cessionaria si veda R. Dies, *La legittimazione passiva in caso di liquidazione coatta amministrativa dell'assicuratore r.c. auto*, nota a Cass. 23 febbraio 1998, n. 1939, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 1435 ss. Di "sistema labirintico" parla M. Rossetti, «Unde in erroris cadit saepissime labyrinthum»: ovvero gli effetti sul processo della liquidazione coatta amministrativa delle imprese assicuratrici, nota a Cass., sez. un., 26 novembre 1996, n. 10495, in *Assic.*, 1997, II, 155. Cfr., altresì, F. Sposato, *Il sistema di liquidazione dei danni causati da veicoli o natanti con imprese poste in l.c.a.*, in *Assic.*, 1996, 416 ss.; G. Cardelicchio, *La Responsabilità Civile auto e natanti. Guida Teorico-pratica*, Milano, 2008, 204-205; M. Pogliani, *Il danneggiato stradale di fronte all'assicuratore R.C.A. in liquidazione coatta*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, 586 ss.

(2) Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici (CONSAP), è la società, istituita all'esito della privatizzazione e della successiva scissione dell'INA, che esercita, in regime di concessione, servizi assicurativi pubblici e gestisce, tra l'altro, dal 1° ottobre 1993, il Fondo di garanzia per le vittime della strada, sotto la vigilanza del Ministero dello sviluppo economico (già delle attività produttive). Per approfondimenti sulle sue organizzazione e struttura, si veda G. Gallone, *Commentario al Codice delle Assicurazioni. RCA e Tutela Legale*, Piacenza, 2008, 704. Si veda anche G. Cardelicchio, *La Responsabilità Civile auto e natanti*, cit., 191 ss., che ripercorre l'iter normativo che ha portato all'istituzione del Fondo di garanzia per le vittime della strada, nonché F. Sposato, *Il sistema di liquidazione dei danni causati da veicoli o natanti con imprese poste in l.c.a.*, cit., 415 ss.

(3) Cass. 12 luglio 2006, n. 15759; Cass. 14 luglio 2003, n. 10999; Cass. 21 novembre 2001, n. 14722, in *Giust. civ.*, Mass. 2001, 1982; Cass., sez. un., 10 febbraio 1982, n. 825, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1315; in *Dir. fall.*, 1982, II, 615 e in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1982, 547.

(4) L'art. 19, l. n. 990/1969, ai commi 3 e 4, così disponeva: «3. La liquidazione dei danni è effettuata dall'impresa designata a norma del successivo art. 20 per il territorio in cui il sinistro è avvenuto. 4. L'eventuale azione per il risarcimento del danno deve essere esercitata nei confronti della stessa impresa».

(5) Per il quale, comma 1: «Le sentenze ottenute dal danneggiato contro l'assicuratore prima che sia intervenuto nei confronti del medesimo il provvedimento di liquidazione coatta con dichiarazione dello stato di insolvenza sono opponibili, se passate in giudicato, all'impresa designata per il risarcimento del danno a norma dell'art. 20 entro i limiti di risarcibilità fissati dall'art. 21, ultimo comma».

(6) Come detto, tale legge è stata successivamente abrogata dal D.Lgs. n. 209/2005, cd. Codice delle assicurazioni, che ha ridisegnato la disciplina in tema. In ogni caso, anche secondo la nuova formulazione normativa, la legittimazione passiva spetta all'impresa designata, cfr. A. La Torre (a cura di), *Le Assicurazioni*, Milano, II ed., 2007, 210; G. Cardelicchio, *La responsabilità civile auto e natanti*, cit., 206-207; G. Bonilini-U. Carnevali-M. Confortini, *Codice ipertestuale della responsabilità civile. La R.C. Auto*, Torino, II ed., 2006, cit., 337.

Note:

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

(1) Per quanto riguarda l'esecuzione nei confronti del Fondo di garanzia per le vittime della strada, il sistema risarcitorio disciplinato dalla legge si articolava in tre sistemi, a seconda che l'esecuzione vedesse coinvolti l'impresa designata, il commissario liquidatore oppure l'impresa cessionaria. Tale disciplina è stata successivamente abrogata dal D.Lgs. n. 209/2005, cd. Codice delle assicurazioni, che ha abrogato il sistema dell'impresa cessionaria. Nel caso che qui ci occupa si parlerà dell'ipotesi di esecuzione intrapresa nei confronti dell'impresa designata, all'esito

to, presso la CONSAP Spa, il Fondo di garanzia per le vittime della strada.

L'obbligazione del Fondo, come chiarito dalla Corte di cassazione, ha natura risarcitoria ed è sostitutiva di quella del responsabile (7).

Per quanto riguarda la legittimazione passiva, la normativa espressamente la attribuisce all'impresa designata. Tale disciplina, secondo la sentenza in commento, non viene derogata dall'entrata in vigore dalla l. n. 39/1977, che ha introdotto la possibilità per il commissario liquidatore di definire le controversie anche per conto del Fondo (8).

Sul punto, la Cassazione, nei precedenti casi in cui era stata investita di analoghe questioni, aveva già avuto modo di chiarire che l'impresa designata agisce in nome e per conto proprio; è, dunque, portatrice di un interesse che le è proprio in via immediata e diretta (9), quantunque lo sia, dal punto di vista sostanziale, di interessi del Fondo di garanzia (10).

In dottrina si è affermato che tale circostanza comporta uno sdoppiamento di piani, quello processuale e quello sostanziale: l'impresa sta, infatti, in giudizio in nome e per conto propri, ma agisce in nome proprio per conto del Fondo (11).

Il rapporto tra impresa designata e Fondo di garanzia è, dunque, un rapporto interno a questi, al quale il soggetto danneggiato risulta estraneo (12).

Il sistema sopra delineato è frutto della volontà del legislatore, il quale ha voluto approntare strumenti di tutela per i soggetti danneggiati che rischiavano di non aver alcun soggetto nei cui confronti richiedere il risarcimento per il danno da circolazione stradale patito.

Ed invero, la scelta del legislatore di attribuire la legittimazione passiva all'impresa designata deve essere rinvenuta nella esigenza di tutela dei diritti dei danneggiati dalle conseguenze della messa in liquidazione coatta amministrativa di una impresa di assicurazione (13).

Con un'operazione di bilanciamento di interessi, si è, così, attribuita rilevanza sociale ai diritti dei soggetti danneggiati, al fine di garantire loro il ristoro per il danno patito, mediante la loro contrapposizione ad un soggetto solvibile (14).

Peraltro, la successione di disposizioni normative ha creato un microcosmo variegato, composto da vari sistemi, circostanza che ha creato spesso situazioni di confusione.

In particolare, problemi interpretativi erano stati sollevati per il sistema dell'impresa cessionaria, *i.e.* l'impresa alla quale veniva trasferito, previo il proprio consenso, il portafoglio dell'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa (15), al fine di ga-

rantire la continuazione del rapporto contrattuale di assicurazione (16).

Infatti, le osservazioni sopra svolte in tema di impresa designata non si applicavano al diverso caso dell'impresa cessionaria.

Note:

(7) Cfr. *ex plurimis* Cass. 28 febbraio 2002, n. 2963, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Assicurazione* (Contratto), n. 134; cfr. Cass. 25 settembre 2000, n. 12671 in questa *Rivista*, 2001, 838, con nota di P. Santoro, *Natura giuridica della prestazione del Fondo di garanzia vittime della strada e superamento del limite del massimale*. Cfr., inoltre, M. Rossetti, *L'assicurazione obbligatoria della r.c. auto*, Torino, 2010, 375.

(8) Per quanto riguarda il c.d. sistema del commissario liquidatore, si vedano i riferimenti di cui alla nota 1.

(9) Cfr. G. Merli, *Fondo di garanzia r.c.a., impresa cessionaria ed esecuzione forzata*, nota a Trib. Roma, 15 giugno 1990, in *Foro it.*, 1992, I, 491. L'impresa designata, infatti, paga in nome proprio il debito proprio: così M. Rossetti, *L'assicurazione obbligatoria della r.c. auto*, cit., 372.

(10) Cfr. Cass. 7 aprile 1983, n. 2460, citata da G. Bonilini-U. Carnevali-M. Confortini, *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, cit., 339.

(11) Cfr. G. Bonilini-U. Carnevali-M. Confortini, *Codice ipertestuale della responsabilità civile*, cit., 338, che riprende M. Franzoni, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, 61. Cfr., inoltre, E.M. Cerasa, *Sulle azioni del danneggiato e dell'assicurato dopo la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa assicuratrice*, nota a Cass., sez. un., 10 febbraio 1982, n. 823 e Cass., sez. un., 3 febbraio 1982, n. 636, in *Giur. comm.*, 1982, II, 744, per il quale il Fondo è «il vero e unico debitore di fatto». In ogni caso, l'impresa designata risponde direttamente della liquidazione verso il danneggiato sia sul piano processuale sia su quello sostanziale, cfr. M. Pogliani, *Il danneggiato stradale di fronte all'assicuratore R.C.A. in liquidazione coatta*, cit., 588.

(12) Cfr. A. La Torre (a cura di), *Le Assicurazioni*, Milano, I ed., 2000, 733. Secondo l'A. si tratta di una sostituzione soggettiva legale che la legge ha attuato nel rapporto obbligatorio; cfr., altresì, G. Merli, *Fondo di garanzia r.c.a., impresa cessionaria ed esecuzione forzata*, cit., 491, nonché M. Rossetti, *L'assicurazione obbligatoria della r.c. auto*, cit., 382. Per una disamina delle fonti normative che regolano tale rapporto, cfr. M. Rossetti, *op. cit.*, 374 ss.

(13) Cfr. F. Sposato, *Il sistema di liquidazione dei danni causati da veicoli o natanti con imprese poste in l.c.a.*, cit., 417.

(14) Cfr. E.M. Cerasa, *Sulle azioni del danneggiato e dell'assicurato dopo la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa assicuratrice*, cit., 742. Un'attenta dottrina ha osservato che questa scelta legislativa comporta una deroga al principio della *par condicio creditorum*, posto che è consentito al danneggiato-creditore rivolgere le proprie azioni nei confronti dell'impresa designata, evitando di insinuarsi al passivo dell'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa: M. Pogliani, *Il danneggiato stradale di fronte all'assicuratore R.C.A. in liquidazione coatta*, cit., 586.

(15) Il sistema dell'impresa cessionaria è stato ora abolito dal codice delle assicurazioni. Per una rassegna dei sistemi di indennizzo previsti in caso da veicoli assicurati con imprese poste in liquidazione coatta amministrativa nel sistema previgente al codice delle assicurazioni si veda la nota, anonima, a Cass. 15 luglio 2008, n. 19428, in *Giust. civ.*, 2009, 12, 1, 2730.

(16) Cfr. A. Valsecchi, *Liquidazione coatta amministrativa e posizione dell'impresa designata*, nota a Cass. 25 febbraio 2004, 3822, in questa *Rivista*, 2004, 1077.

Tale impresa, a differenza di quella designata, veniva ad essere soltanto la «rappresentante sostanziale e processuale del fondo di garanzia per le vittime della strada nella fase giudiziale di cognizione della domanda risarcitoria»; pertanto, «non è tenuta ad adempiere il giudicato di condanna né può subirne l'esecuzione coattiva, spettando la relativa legittimazione passiva al suddetto fondo» (17).

L'obbligazione della cessionaria era, pertanto, un'obbligazione della liquidazione coatta amministrativa, pagata dalla prima e poi retrocessa al Fondo di garanzia, che a sua volta poteva insinuare il credito al passivo dell'impresa in liquidazione.

L'impresa cessionaria aveva, quindi, funzione soltanto tecnica (18) e si limitava a pagare un debito altrui (della liquidazione coatta amministrativa), che assumeva transitoriamente e con diritto di rivalsa nei confronti del Fondo (19).

Conseguentemente, il danneggiato che avesse ottenuto una sentenza di condanna nei confronti dell'impresa cessionaria in nome del Fondo di garanzia, doveva agire *in executivis* esclusivamente nei confronti del Fondo stesso (20).

Tale disciplina veniva riassunta nel seguente sillogismo: «l'impresa cessionaria è rappresentante processuale del Fondo; debitore in senso sostanziale è pertanto il Fondo; ergo, se l'impresa cessionaria non adempie l'obbligazione indennitaria, è il patrimonio del Fondo che deve essere aggredito con l'azione esecutiva, e non quello dell'impresa cessionaria» (21).

Poste tali premesse e chiarita la differenza tra il sistema dell'impresa designata e quello dell'impresa cessionaria, risulta evidente che diverso è il profilo della legittimazione dell'una e dell'altra

Ed invero, con riferimento al caso in esame, alla luce della normativa relativa all'ipotesi del commissario liquidatore, la Corte di appello di Roma aveva rigettato le doglianze della CONSAP Spa, ritenendola legittimata passivamente rispetto all'esecuzione proposta nei suoi confronti.

Per contro, la Corte di legittimità cassa detta decisione, sul presupposto dell'applicabilità alla controversia del sistema dell'impresa designata (22), con le ripercussioni del caso sul profilo della legittimazione passiva.

Profili pratici

Alla luce di quanto sopra, come affermato in dottrina, «l'impresa designata è quindi il vero e proprio soggetto passivo del rapporto sostanziale con il danneggiato e, conseguentemente, l'unico soggetto passivo dell'azione risarcitoria e dell'azione esecutiva» (23).

In precedenza, si era posto il dubbio se i danneggiati-creditori dell'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa, in possesso di un titolo nei confronti dell'impresa, dovessero insinuarsi al passivo di questa per ottenere il ristoro dei danni patiti. La questione è stata, però, risolta consentendo ai danneggiati di rivolgere le proprie pretese direttamente nei confronti dell'impresa designata (24).

Note:

(17) Così in Cass., sez. un., 26 novembre 1996, n. 10495, in *Foro it.*, 1997, I, 1526, con commento anonimo e in *Assicurazioni*, 1997, II, 2, 154, con commento di M. Rossetti, «Unde in erroris cadit saepissime labyrinthum»: ovvero gli effetti sul processo della liquidazione coatta amministrativa delle imprese assicuratrici, cit.. La sentenza citata risolve il contrasto giurisprudenziale emerso in seno alla stessa Corte tra l'orientamento minoritario, secondo il quale l'impresa cessionaria svolgerebbe le stesse funzioni di quella designata ed avrebbe, pertanto, autonoma legittimazione sostanziale e processuale nei confronti del danneggiato (cfr. Cass. 5 marzo 1990, n. 1702 e Cass. 9 agosto 1983, n. 5315, in *Foro it.*, 1983, I, 2753), e l'orientamento maggioritario (cfr., *ex plurimis*, Cass. 27 gennaio 1995, n. 982, in *Riv. giur. circolaz. e traspr.*, 1995, 1032 e Cass. 24 febbraio 1993, n. 2275, in *Arch. circolaz.*, 1993, 611), in base al quale l'impresa cessionaria sarebbe la mera rappresentante sostanziale e processuale del Fondo, con la conseguenza che il soggetto passivo dell'obbligazione risarcitoria sarebbe da individuarsi nel Fondo stesso. Le Sezioni Unite accolgono tale secondo orientamento. Si vedano in dottrina F. Sposato, *Il sistema di liquidazione dei danni causati da veicoli o natanti con imprese poste in l.c.a.*, cit., 419; R. Dies, *La legittimazione passiva in caso di liquidazione coatta amministrativa dell'assicuratore r.c. auto*, cit., 1441.

(18) Cfr. F. Sposato, *Il sistema di liquidazione dei danni causati da veicoli o natanti con imprese poste in l.c.a.*, cit., 419.

(19) Cfr. Cass. 25 febbraio 2004, 3822, in questa *Rivista*, 2004, 1074, con nota di A. Valsecchi, *Liquidazione coatta amministrativa e posizione dell'impresa designata*, cit.

(20) Cfr. F. Sposato, *Il sistema di liquidazione dei danni causati da veicoli o natanti con imprese poste in l.c.a.*, cit., 419; cfr., inoltre, R. Dies, *La legittimazione passiva in caso di liquidazione coatta amministrativa dell'assicuratore r.c. auto*, cit., 1436. Impresa designata ed impresa cessionaria si escludevano, cioè, a vicenda ai fini dell'indennizzabilità dei danni dipendenti da contratti stipulati con impresa assicuratrice sottoposta a liquidazione coatta amministrativa; così in R. Ippolito, *Liquidazione coatta dell'assicuratore, indennizzo e legittimazione passiva sostanziale e processuale: una disciplina ibrida*, in *Assic.*, 1988, I, 168.

(21) Così M. Rossetti, «Unde in erroris cadit saepissime labyrinthum»: ovvero gli effetti sul processo della liquidazione coatta amministrativa delle imprese assicuratrici, cit., 155.

(22) Con riferimento all'applicabilità dell'art. 29 l. n. 990/1969 al sistema dell'impresa cessionaria, cfr. Cass. 29 novembre 2005, n. 26041, in *Assic.*, 2006, II, 2, 148 e Cass. 1° agosto 2001, n. 10489, in *Foro it.*, 2002, I, 112, con nota di M. Fabiani, *I limiti alla concorsualità del credito della Consap nella liquidazione coatta amministrativa*.

(23) L'espressione è di F. Sposato, *Il sistema di liquidazione dei danni causati da veicoli o natanti con imprese poste in l.c.a.*, cit., 417, poi ripresa da A. La Torre (a cura di), *Le Assicurazioni*, I ed., cit., 731-732.

(24) Cfr. F. Sposato, *Il sistema di liquidazione dei danni causati da veicoli o natanti con imprese poste in l.c.a.*, cit., 425 ss.; cfr., inoltre, M. Pogliani, *Il danneggiato stradale di fronte all'assicuratore R.C.A. in liquidazione coatta*, cit., 589-590.

Alla luce di quanto sopra, come deve agire il danneggiato che voglia ottenere il risarcimento dei danni patiti?

Per quanto riguarda la fase stragiudiziale, il danneggiato, nelle ipotesi previste dall'art. 283 cod. ass., dovrà inviare la propria richiesta risarcitoria a mezzo raccomandata, ex art. 287 cod. ass., all'impresa designata. Qualora tale richiesta non venga riscontrata, il danneggiato dovrà convenire in giudizio l'impresa designata, unitamente al responsabile del danno o al commissario liquidatore (25).

Per quanto riguarda la fase esecutiva, già si è detto che l'impresa designata ha un obbligo proprio al risarcimento e che l'esecuzione deve essere rivolta direttamente nei confronti dell'impresa designata. Ovviamente, nell'intimazione deve essere contenuta l'indicazione specifica che si agisce nei confronti dell'impresa di assicurazione, in qualità di impresa designata dal Fondo di garanzia.

L'impresa, infatti, ha interesse a subire una eventuale esecuzione nell'eventualità in cui sia stata designata dal Fondo di garanzia, in presenza dei presupposti di legge.

Con riferimento al caso che qui interessa, dunque, l'esecuzione avrebbe dovuto essere intrapresa con l'intimazione rivolta direttamente nei confronti dell'impresa di assicurazione, con il riferimento espresso alla sua qualità di designata dal Fondo di garanzia.

Conclusioni

La disciplina sopra delineata è stata introdotta, come visto, in un'ottica di tutela per i soggetti danneggiati e ben può essere definita «tipico esempio di assicurazione sociale» (26).

Ed invero, l'introduzione di uno strumento quale il Fondo di garanzia rappresenta l'evoluzione dell'ordinario sistema di responsabilità civile, che muove verso la realizzazione di interessi di tipo pubblicistico, in un'ottica propria di un *social security system*.

In questa prospettiva di tutela per il soggetto danneggiato, deve essere salutato positivamente il riordino dei sistemi risarcitori legati al Fondo di garanzia operato dal codice delle assicurazioni, pur con i problemi che permangono, anche a causa della non sempre felice formulazione normativa del codice.

Queste premesse devono, ovviamente, inserirsi all'interno del modello operativo del sistema risarcitorio, con i formalismi procedurali che ad esso appartengono.

Sarebbe, invero, frustrante per il danneggiato, come, peraltro, avvenuto nel caso di specie, ottenere un titolo esecutivo nei confronti del Fondo di ga-

ranzia (*rectius*, dell'impresa designata dal Fondo di garanzia) e non ottenere soddisfazione dall'esecuzione a causa della scorretta indicazione del soggetto nei cui confronti si agisce.

Note:

(25) Rispettivamente nel caso in cui il sinistro sia stato cagionato da veicolo non assicurato o assicurato con impresa posta in liquidazione coatta amministrativa, cfr. A. La Torre (a cura di), *Le Assicurazioni*, II ed., cit., 994. Per un approfondimento sull'intervento del Fondo, cfr. M. Rossetti, *L'assicurazione obbligatoria della r.c. auto*, cit., 385 ss.

(26) Così D. De Strobel, *L'assicurazione di responsabilità civile*, IV ed., Milano, 1998, 388. Di concetto di *socialità dell'assicurazione obbligatoria* parla M. Pogliani, *op. cit.*, 590.

Rapporti struttura sanitaria/paziente

Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 11 novembre 2011, n. 23564 - Pres. Spagna Musso - Rel. Travaglino - P.M. Golia - T.A. c. MA.GI.

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (nella specie la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda risarcitoria avanzata dai genitori per ottenere il ristoro dei danni in conseguenza della condotta colposa tenuta dai sanitari dell'ospedale civile in occasione del parto; condotta dalla quale erano derivati gravissimi danni al figlio minore).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.
Difforme	Cass., sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847 Cass., sez. III, 17 gennaio 2008, n. 867; Cass., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato nei limiti di cui si dirà.

Con il primo motivo, si denuncia violazione e/o falsa applicazione delle norme sulla diligenza dell'adempimento (*ex art. 1176 c.c.*, comma 2) sulla responsabilità del debitore (*ex art. 1218 c.c.*) e sull'onere della prova (*ex art. 2697 c.c.*) in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.

Il motivo si conclude con il seguente quesito di diritto: Dica la corte se la sentenza della corte di appello di Venezia sia incorsa nella violazione degli artt. 1176, 1218, 2697 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., non individuando, in merito alle gravissime lesioni di cui soffre M.N., l'evento imprevedibile (e non superabile con la diligenza ordinaria) che ha cagionato le lesioni stesse, incombando al medico (*rectius* alla struttura sanitaria, anche per l'art. 1218 c.c.) fornire la prova della particolare difficoltà della prestazione e perché solo in quest'ultima circostanza si potrebbe esonerare il medico da responsabilità *ex art. 2236 c.c.*

Il motivo è fondato.

Questa Corte, anche a sezioni unite, ha, difatti, avuto modo di precisare, in ordine al riparto degli oneri pro-

bandi nel sottosistema della responsabilità sanitaria civile (Cass., sez. un., 577/2008), che in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

La corte veneziana non si è, all'evidenza, attenuta, nella sua decisione, a tali parametri probatori, anche all'esito dell'improprio riferimento alla (sia pur eventuale) responsabilità del sanitario per interventi di speciale difficoltà (tematica mai dibattuta in prime cure, e del tutto esorbitante dal *thema decidendum*, atteso che un parto rientra, *ipso facto*, nel novero degli interventi routinari, con le conseguenze probatorie che ne derivano), onde, sul punto, la sentenza deve essere cassata.

Con il secondo motivo si denuncia omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Il motivo, articolato in 6 sub-motivi, è in gran parte

inammissibile a causa della mancata esposizione della sintesi del fatto decisivo lamentato come fonte del denunciato vizio motivazionale.

Esso risulta, viceversa, risulta fondato nella parte in cui può ritenersi esente da tale vizio procedurale.

Alla scure della inammissibilità sono destinati i submotivi uno (ff. 28-30), due (ff. 30-31), quattro (ff. 33-34), sei, tutti privi - all'esito di una pur analitica e particolareggiata esposizione di fatti e circostanze di cui ancor oggi si predica la decisiva rilevanza ai fini del decidere - del necessario momento di sintesi espositiva idonea a sottoporre alla corte la questione del difetto motivazionale sub specie della sua omissione, insufficienza, contraddittorietà.

Ammissibili e fondati sono, di converso, i sub-motivi terzo (ff. 31 - 33) e quinto (ff. 34-35), il primo volto a lamentare l'omesso esame, da parte della corte territoriale, della circostanza del rifiuto di consegna, da parte dell'ospedale, degli originali delle cartelle cliniche al CTU (omissione sicuramente rilevante, alla luce di quanto af-

fermato dalla giurisprudenza di questa corte a far data dalla sentenza 11488/04), il secondo condivisibilmente predicativo di una sostanziale omissione di motivazione della sentenza impugnata, sotto il profilo della sua mera apparenza, in ordine alla (altrettanto rilevante) circostanza costituita dalle dichiarazioni rese in continenti dalla Dott.ssa Me.

Entrambe le censure, di carattere puntuale e specifico, risultano, sotto il profilo della relativa ammissibilità, sufficientemente enucleate ed evidenziate in seno al ricorso sì come funzionali alla rilevazione di un vizio motivazionale idoneo a condurre alla cassazione della sentenza impugnata.

Il ricorso è pertanto accolto nei limiti di cui alla motivazione che precede, con conseguente cassazione della sentenza impugnata e rinvio del procedimento alla corte di appello di Trieste.

La disciplina delle spese del giudizio di legittimità è parimenti rimessa, alle determinazioni del giudice del rinvio. ... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Arianna Barbarisi (*)

La sentenza in esame affronta il complesso tema dell'onere della prova nella responsabilità medica. Il commento ripercorre l'*iter* argomentativo della Suprema Corte alla luce dei precedenti giurisprudenziali sul punto, con particolare riferimento a quanto statuito dalle Sezioni Unite n. 577 del 2008, e si interroga su quale sia il contenuto dell'allegazione cui è tenuto il creditore al momento della presentazione della domanda.

Il caso

La distribuzione dell'onere della prova tra le parti nell'ambito della responsabilità medica costituisce il tema centrale della pronuncia in commento.

I fatti in causa possono essere così riassunti. Durante il parto un neonato subisce gravissimi danni alla salute. Sul presupposto che le patologie cui è affetto il minore siano state determinate dalla condotta colposa dei sanitari, i genitori chiedono al Tribunale di Verona di condannare l'ospedale civile cittadino, i primari dei reparti di ginecologia e neonatologia, nonché i due ginecologi presenti durante l'operazione al risarcimento dei pregiudizi subiti. La domanda viene rigettata dal giudice di primo grado, il quale ritiene attendibili le risultanze contenute nella CTU relativamente alla diligenza dei sanitari.

Il *decisum* viene confermato dalla Corte d'Appello di Venezia, sull'assunto che gli attori non abbiano assolto al proprio onere probatorio, non avendo dimostrato né che le concrete modalità dell'intervento medico-sanitario differivano da quelle comunemente usate, né il nesso causale tra tali condotte e il

danno lamentato. Inoltre, a parere dei giudici d'appello, sarebbe irrilevante la mancata individuazione, da parte del CTU, delle cause che hanno comportato l'insorgere della patologia di cui è affetto il minore. La Corte, altresì, qualifica come superflua l'omessa segnalazione, da parte del perito, del rifiuto dell'ospedale di consegnare la documentazione originaria, potendo quest'ultima essere esaminata in copia. Infine reputa corretta la decisione del giudice di primo grado, secondo cui la responsabilità dei sanitari non era confermata né dai riferimenti contenuti nella cartella clinica relativamente alla sofferenza fetale del neonato durante l'intervento né dalla dichiarazione del medico, resa al momento del parto, di «essere arrivata tardi».

Gli attori propongono, pertanto, ricorso in Cassazione, articolato in due motivi. Con il secondo si denuncia, ai sensi dell'art. 360, comma 5, c.p.c., omes-

Nota:

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

sa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio. Tale doglianza viene però, per mancanza di sintesi, dichiarata in gran parte inammissibile dalla Suprema Corte. Con il primo motivo, invece, il ricorrente deduce, ex art. 360 c.p.c., la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1176, 1218 e 2697 c.c., avendo la Corte d'Appello attribuito al paziente l'onere di dimostrare l'inesatto adempimento e il nesso causale tra la condotta e il danno. Quest'ultimo motivo viene accolto dai giudici di legittimità.

Le Sezioni Unite n. 577 del 2008

Secondo la sentenza in commento «in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato etiologicamente rilevante». I giudici di legittimità compiono, pertanto, un esplicito riferimento a quanto statuito nel gennaio del 2008 da un'importante pronuncia a Sezioni Unite (1), la quale, discostandosi dal precedente orientamento giurisprudenziale sul punto (2), ha attribuito al sanitario o all'ente ospedaliero l'onere di dimostrare l'assenza di nesso causale tra la condotta posta in essere e il danno. Tale allocazione dei carichi probatori sembra trovare la propria giustificazione nella natura contrattuale della responsabilità medica, nel superamento della distinzione "obbligazioni di mezzi e di risultato", nonché nei principi di omogeneità, ragionevolezza e persistenza del diritto, i quali, avevano già condotto le Sezioni Unite (3) nel 2001 a uniformare l'assetto dell'onere della prova a carico delle parti, non distinguendo né tra inesatto o totale inadempimento né tra le differenti domande di cui all'art. 1453 c.c. In realtà l'intervento della Suprema Corte del 2008 non è stato risolutivo. In questi quattro anni non sono mancate pronunce in senso contrario (4) e anche la dottrina ha maturato posizioni differenti: se da una parte, infatti, si è messo in luce come la ripartizione degli oneri probatori delineata dalle Sezioni Unite assicuri un'adeguata riparazione e deterrenza, tutelando la parte debole del rapporto contrattuale (5), dall'altra si è posto in evidenza come la suddetta soluzione, considerando presunto il rapporto cau-

sale, finisca per confondere il piano della colpa con quello del nesso eziologico (6), trasformando l'obbligazione del sanitario in una vera e propria garanzia (7). Né sembra che i principi di diritto enunciati

Note:

(1) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in questa *Rivista*, 2008, 788 ss., con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi assetti della responsabilità medica*.

(2) Attribuiscono al paziente l'onere di dimostrare l'esistenza del contatto sociale o del contratto nonché il nesso causale tra l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuova malattia e l'intervento Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in questa *Rivista*, 2005, 26 ss., con nota di R. De Matteis, *La responsabilità medica ad una svolta?*; in senso analogo Cass. 24 maggio 2006, n. 12364, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Professioni intellettuali*, 196; Cass. 11 novembre 2005, n. 22864, in questa *Rivista*, 2006, 214; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corr. giur.*, 2006, 903.

(3) Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: Le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, secondo cui nell'ipotesi di totale o di inesatto inadempimento, il creditore, sia nel caso in cui agisca per l'adempimento, che per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve semplicemente limitarsi a dimostrare la fonte del suo diritto, spettando al debitore la prova di aver adempiuto.

(4) Trib. Rovereto 2 agosto 2008, in questa *Rivista*, 2009, 525 ss., con nota di B. Tassone, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, 533 ss.; Trib. Bari 8 luglio 2009, n. 2300, in *Giur. it.*, Rep., voce *Sanità e Sanitari*, 86; Trib. Udine 31 marzo 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1600, con nota di M. Gorgoni, *Quando è "più probabile che non" l'esatto adempimento?*; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in *Giur. it.*, Rep., voce *Sanità e Sanitari*, 270; Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, 1653, con nota di Bona, *Più probabile che non e cause naturali: se, quando e in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima?*; Cass. 17 gennaio 2008, n. 867, in *Ragiusan*, 2009, 299 ss.

Per quel che concerne l'onere della prova in materia di consenso informato Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 783 ss., con note di S. Cacace, *I danni da mancato consenso informato* e di A. Scacchi, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione di un intervento "non autorizzato"* in cui i giudici di legittimità attribuiscono al paziente l'onere di dimostrare il nesso causale tra il danno alla salute e l'inesatto adempimento; in senso conforme Trib. Bologna 10 gennaio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1000 ss.

(5) In questo senso G. Vettori, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligazioni contr.*, 2008, 393 ss.; G. Vinciguerra, *Nuovi assetti*, cit., 793; M.G. Corsi, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2008, 10; R. Calvo, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, 2008, 357; F. Busoni, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, 97 ss. e 133 ss., secondo cui le Sezioni Unite attribuiscono al paziente un mero onere di allegazione per quel che concerne il nesso di causalità materiale tra fatto e danno ingiusto ma non intendono estendere tale regime favorevole al nesso di causalità giuridica, il quale, invece, deve essere oggetto di specifica prova da parte dell'attore.

(6) R. De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 612 ss.; B. Tassone, *Diagnosi erronea*, cit., 533.

(7) A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità* (segue)

dai giudici di legittimità siano conformi al principio di vicinanza alla prova (8): essendo il malato colui che manifesta i sintomi e conosce il proprio stile di vita spetterebbe meglio a quest'ultimo dimostrare il nesso tra la condotta e l'aggravamento della propria situazione patologica. Come autorevolmente sottolineato, in caso contrario si finirebbe per equiparare, ai fini probatori, l'ipotesi dell'impossibilità di provare i fatti per distruzione dei documenti sanitari contenenti i dati clinici con i casi in cui la prova sia semplicemente difficile da parte del paziente (9). La sentenza in esame, pur essendo adesiva alle Sezioni Unite, si colloca, pertanto, in un quadro non univoco.

Allegazione dell'inadempimento qualificato

Come già avuto modo di sottolineare, secondo la pronuncia in commento «il paziente danneggiato deve limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato», non essendo necessario che di tale aspetto venga fornita, da parte dell'attore, una specifica prova in giudizio.

L'onere di allegazione trova il proprio fondamento normativo nell'art. 163, n. 4, secondo cui «l'atto di citazione deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni» e costituisce un'imprescindibile salvaguardia del contraddittorio, dal momento che impone all'attore di rendere conoscibili specificamente e tempestivamente alla controparte quali siano i fatti rilevanti a fondamento delle azioni o eccezioni dedotte in causa (10).

Tuttavia l'autonomia dell'onere di allegazione da quello probatorio costituisce un aspetto controverso nel dibattito processualistico (11) e anche tra coloro che considerano distinti tali concetti si discute su ciò che deve essere dimostrato e ciò che deve essere semplicemente allegato (12). Quest'ultima linea di pensiero è, però, unanime nel ritenere che un fatto costitutivo, se presunto dalla legge, non debba essere oggetto di specifica prova, ma di una mera allegazione: in virtù di quanto disposto dall'art. 1218 c.c. rientra in tale categoria l'inadempimento. La pronuncia in esame e le Sezioni Unite del 2008 sembrano, pertanto, condivisibili nella parte in cui esonerano l'attore dalla dimostrazione dell'inesatta esecuzione della prestazione da parte dell'ente ospedaliero, ma destano, invece, maggior perplessità laddove considerano sufficiente una mera allegazione del nesso causale (c.d. inadempimento efficiente, «astrattamente idoneo a provocare il danno»), man-

cando nel nostro ordinamento una disposizione esplicita che consideri presunto tale elemento (13). In generale, la pronuncia in commento non chiarisce in modo adeguato il contenuto specifico di tale allegazione. Nel caso di specie la Corte d'Appello aveva escluso la responsabilità dei sanitari e della struttura, poiché gli attori non avevano «né dimostrato quali azioni ed omissioni differivano dalla corretta pratica da applicare al caso specifico, né avevano censurato le ragioni sviluppate in sentenza per giustificare l'interruzione del monitoraggio cardiografico, l'esclusione del parto cesareo, l'omessa convocazione del neonatologo per un'eventuale intervento di aspirazione e l'esclusione che, tra le patologie del neonato, vi fossero i segni tipici dell'asfissia». Come già posto in evidenza, per i giudici di legittimità l'attribuzione di tale onere probatorio in capo ai genitori del minore è lesivo degli artt. 1218, 1176

Note:

(continua nota 7)

del medico, in questa *Rivista*, 2008, 871 ss.; in senso critico verso la qualificazione della responsabilità sanitaria in termini obiettivi è G. Ponzanelli, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no fault o risk-management*, in questa *Rivista*, 2003, 428 ss.

(8) M. Gazzara, *Le Sezioni Unite "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità medica*, in questa *Rivista*, 2008, 1002 ss.

(9) L. Nocco, *Il sincretismo causale e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, 171 ss.

(10) L.P. Comoglio, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1987, 277; A. Carli, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in *Contr. e impresa*, 2002, 1002; F. De Stefano, *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, 120 ss.

(11) Ritengono inutile il concetto di onere di allegazione F. Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1947, 21 ss.; S. Menchini, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi di onore di E. Fazzalari*, III, Milano, 1993, 23 ss. Tra coloro che, invece, considerano l'onere di allegazione un istituto autonomo rispetto all'onere della prova si ricordano E.T. Liebman, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 450; S. Pugliatti, *Eccezioni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 156; G. De Stefano, *Onere (dir. proc. civ.)*, cit., 120.

(12) In primo luogo si discute se l'onere di allegazione riguardi solo i fatti principali o anche i fatti secondari: sostengono che solo i primi possano essere allegati E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 23 ss.; G. Tarzia, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 350. In secondo luogo è controverso se i fatti notori debbano essere oggetto di allegazione: in senso affermativo G. Chiofenda, *I principi di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1923, 889; V. Denti, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, III, 265 ss.; in senso contrario L. Montesano, *Osservazioni sui fatti notori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 222 ss. La dottrina è, invece, unanime nel ritenere che gli indizi, gli argomenti di prova non debbano necessariamente essere allegati.

(13) S. Patti, *Le prove. Parte Generale*, Milano, 2010, 54 ss.

e 2697 c.c., ma dopo aver chiarito ciò, la Suprema Corte non specifica se gli elementi di prova richiesti dal giudice di secondo grado debbano almeno essere allegati dal ricorrente.

In realtà sul grado di determinatezza del contenuto dell'allegazione la giurisprudenza e la dottrina non sono univoche né le Sezioni Unite del 2008 sembrano fornire utili indicazioni al riguardo.

Con riferimento al nesso causale, questo può essere allegato attraverso la descrizione di una condotta alternativa lecita che, se tenuta, avrebbe avuto apprezzabili possibilità (50% più 1) di scongiurare l'evento dannoso (14) o tramite la dimostrazione della compatibilità delle lesioni con la condotta attribuita ai sanitari, l'entità e la tipologia delle conseguenze prodotte dall'evento. Si considera, altresì, significativo il collegamento temporale tra evento dannoso e prestazione sanitaria nonché il raffronto tra le condizioni di salute del paziente al suo ingresso in ospedale e i pregiudizi lamentati successivamente. È pur vero, però, che tali indici implicano già un'attività di prova da parte dell'attore, con la conseguenza che la distinzione tra onere di allegazione e onere probatorio tende ad attenuarsi (15).

Per quel che, invece, riguarda l'inadempimento, sono state proposte dalla giurisprudenza due differenti alternative: o si considera sufficiente un'allegazione generica, che contesti «l'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere in un dato momento storico, le cognizioni di un professionista che, espletando, peraltro, la professione di avvocato, conosca l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario» (16), oppure è necessario scomporre l'onere nonché il contenuto dell'allegazione e della prova in diversi passaggi. Secondo tale linea interpretativa il creditore sarebbe tenuto a contestare, con modalità assolutamente indeterminata, il mancato adempimento dell'obbligazione assunta; successivamente il debitore dovrebbe spiegare dettagliatamente il contenuto e le modalità di esecuzione di tale obbligazione. Solo a questo punto il creditore sarebbe obbligato a compiere una vera e propria allegazione, contestando che la condotta posta in essere non è stata conforme alle *leges artis* ed, infine, il debitore dovrebbe provare di aver esattamente adempiuto o che tale inadempimento è derivato da una causa a lui non imputabile, in conformità con quanto disposto dall'art. 1218 c.c. (17).

La prima tesi, pur essendo accolta dalla giurisprudenza maggioritaria, non convince del tutto. Come autorevolmente sottolineato (18), un'allegazione così generica rischia di essere ostativa ad una buona difesa da parte del convenuto, il quale, in presenza

di un atto di citazione eccessivamente indeterminato, si troverebbe nell'impossibilità di opporre le dovute eccezioni. Né tale assottigliamento dell'onere di allegazione sembra rispondere ad esigenze di equità, avendo come effetto quello di rendere le regole sul giudizio di responsabilità più severe quando convenuto sia un medico piuttosto che un altro professionista.

Il contenuto della prova liberatoria

La pronuncia in esame, in conformità ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite nel 2008, attribuisce al debitore l'onere di dimostrare che l'inadempimento allegato dalla parte ricorrente «non vi è stato ovvero, che pur esistendo, non è stato eziologicamente rilevante». Il sanitario può, pertanto, liberarsi da responsabilità dimostrando di aver esattamente adempiuto o di non aver potuto eseguire la prestazione per una causa a lui non imputabile, oppure provando l'assenza di nesso causale tra la condotta e il danno. Rimane, però, controverso se il professionista debba essere tenuto al risarcimento dei danni anche nell'ipotesi in cui rimanga sconosciuto il singolo fattore che ha determinato il peggioramento delle condizioni fisiche del paziente. In senso negativo depone la qualificazione della prestazione sanitaria come obbligazione di mezzi. In tale categoria di rapporti obbligatori, infatti, la diligenza costituisce il criterio di determinazione del contenuto del vincolo contrattuale (19) e al fine di stabilire

Note:

(14) In questo senso recentemente Trib. Frosinone 16 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 89 ss., con nota di N. Muccioli, *La responsabilità del sanitario e l'onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale*; in dottrina G. Iadecola-M. Bona, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, Profili penali e civili*, Milano, 2009, 356.

(15) Cfr. G. Iadecola-M. Bona, *La responsabilità dei medici*, cit., 356.

(16) Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, in questa *Rivista*, 2005, 26 ss. In senso conforme Trib. Venezia 9 febbraio 2009, in *Giur. mer.*, 2009, 1280.

(17) Tale soluzione è stata adottata dal Trib. Milano 22 aprile 2008, in questa *Rivista*, 1261 ss., con nota di R. Breda, *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*.

(18) M. Rossetti, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218 ss.; in senso analogo F. Agnino, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità medica*, in *Corr. giur.*, 2011, 628. Sulla necessità che l'allegazione compiuta dall'attore si riferisca a circostanze specifiche e non generiche cfr. F. Busoni, *L'onere della prova*, cit., 68.

(19) Cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, 188 ss.

se vi è stato inadempimento è necessario compiere un giudizio teleologico *a posteriori*, partendo dal risultato in concreto ottenuto, per poi valutare l'adeguatezza della condotta posta in essere dal debitore (20). Da ciò discende che quest'ultimo, una volta provato di aver agito secondo le regole dell'arte (ai sensi dell'art. 1176 c.c.) e di aver fatto tutto il possibile (*ex art.* 1218 c.c.) per realizzare la prestazione, dovrebbe essere esonerato da responsabilità a prescindere dalla dimostrazione della singola causa che ha reso impossibile il raggiungimento del risultato atteso dalla parte creditrice (21). La prova di tale diligenza costituirebbe, pertanto, una presunzione "grave precisa e concordante" *ex art.* 2729 c.c., e permetterebbe al giudice di dedurre l'esistenza del fatto impeditivo non imputabile all'obbligato (22). Con riferimento al caso in esame, sembra a favore di tale soluzione la Corte d'Appello di Venezia. Quest'ultima, infatti, considera irrilevante la mancata individuazione, da parte del CTU, delle cause che hanno comportato l'insorgere della patologia di cui è affetto il minore e ritiene che, una volta accertata la "normalità del parto", e quindi la diligenza e la perizia dei sanitari, questi ultimi debbano essere necessariamente esonerati dall'obbligo di risarcire il danno. Il problema del contenuto della prova liberatoria non viene, però, approfondito dai giudici di legittimità, i quali si limitano, nell'enunciare il principio di diritto, a compiere una mera distribuzione degli oneri probatori tra le parti. La centralità del tema è, però, evidente. Lo dimostra la mancanza di una linea interpretativa comune nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Se la maggior parte delle pronunce, infatti, considera sufficiente, al fine di escludere la responsabilità del debitore, la dimostrazione, da parte del medico, di aver tenuto un comportamento diligente nell'esecuzione della prestazione (23), al contrario in altre sentenze si attribuisce al sanitario l'onere di provare il singolo fattore che ha reso impossibile l'esatto adempimento (24).

L'art. 2236 c.c. come criterio di ripartizione dell'onere della prova

I giudici di legittimità considerano l'art. 2236 c.c. irrilevante ai fini della ripartizione dell'onere della prova tra l'attore e il convenuto: la sentenza in commento, reputa, infatti, «improbo il riferimento, da parte della Corte d'Appello di Venezia, alla (sia pur eventuale) responsabilità del sanitario per interventi di speciale difficoltà», essendo «una tematica mai dibattuta in prime cure, e del tutto esorbitante dal *thema decidendum* ...».

Ciò nonostante tale disposizione, o meglio la nozione di interventi di difficile esecuzione in essa contenuta, è stata utilizzata, per un lungo periodo, dalla giurisprudenza in materia di responsabilità medica come criterio fondante una differente distribuzione degli oneri probatori tra le parti. Per la Corte di Cassazione, negli interventi di facile esecuzione la dimostrazione da parte del paziente del peggioramento, a seguito dell'intervento, delle proprie condizioni di salute era, in base ad un meccanismo presuntivo, di per sé sufficiente a provare l'inadempimento del sanitario. Al contrario, negli interventi di difficile esecuzione, i giudici di legittimità attribuivano al paziente l'onere di dimostrare che il *modus operandi* del medico era stato negligente, imprudente ed

Note:

(20) Cfr. F. Piraino, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 119 ss.

(21) Ritengono che nelle obbligazioni di mezzi il rischio della causa impeditiva ignota gravi sul creditore M. Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, 367 ss.; V. De Lorenzi, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in materia di responsabilità contrattuale*, Milano, 1981, 101 ss.; G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, Milano, 2006, 799 e 804; G. D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, Napoli, 1999, 124 ss.; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 65 ss. Nonostante vi sia unanimità nell'escludere che la distinzione tra "obbligazioni di mezzi e risultato" possa fungere da criterio di ripartizione dell'onere della prova, si ritiene che tale classificazione continui ad incidere sul contenuto dell'obbligazione stessa e quindi sull'oggetto della prova che deve essere fornita dalle parti. In questo senso in giurisprudenza Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; in dottrina R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 363 ss.; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 204-205. Su tale classificazione, tra i tanti, si veda anche A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 781 ss.; L. Cabella Pisu, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, *Inadempimento e rimedi*, 2009, Padova, 223 ss., la quale distingue tra obbligazioni di mezzi professionali e obbligazioni di diligenza non tecniche.

(22) Cfr. U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile ludica-Zatti*, Milano, 1991, 484, il quale considera applicabile tale ragionamento presuntivo sia alle obbligazioni di mezzi che a quelle di risultato.

(23) Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Professioni intellettuali*, 172; Cass. 13 luglio 2010, n. 16394, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Professioni intellettuali*, 2010, 200; Cass. 13 gennaio 2005, n. 583, in *Ragiusan*, 2005, 255 ss.

(24) Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824-1852, con nota di M. Gorgoni, *Le conseguenze di un intervento inutile*, la quale, facendo riferimento al concetto di "risultato anomalo" (inteso anche come mancato miglioramento della situazione preesistente) sembra separare l'attività materiale del sanitario dal risultato del rapporto obbligatorio, attribuendo al medico o alla struttura l'onere di provare il singolo fattore impeditivo; Trib. Bologna, 30 gennaio 2006, in *Giur.emilia.it*, 2006.

imperito (25). In particolare venivano ricompresi (e lo sono tuttora) in tale categoria tutti quei casi così «straordinari ed eccezionali da non essere adeguatamente studiati dalla scienza medica o sperimentati dalla pratica (se non addirittura ignoti), ovvero per i quali sono stati proposti e dibattuti sistemi diagnostici e terapeutici e di tecnica chirurgica tra loro incompatibili» (26). Tale allocazione dei carichi probatori, pur essendo accolta con scetticismo dalla dottrina maggioritaria (27), ha caratterizzato il panorama giurisprudenziale per circa un trentennio fino ad un importante arresto della Corte di Cassazione nel 2004 (28), la quale, rileggendo la distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione alla luce dei principi individuati dalle Sezioni Unite del 2001 (29), ha attribuito a tale classificazione la sola funzione di metro valutativo della diligenza professionale. Secondo i giudici di legittimità, infatti, a prescindere dalla natura facile o difficile dell'operazione, il paziente dovrebbe provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario, spettando a quest'ultimo l'onere di provare di aver esattamente eseguito la prestazione (30). A ciò si è accompagnato un graduale ridimensionamento della portata dell'art. 2236 c.c. In questo senso il progresso scientifico, restringendo sensibilmente il novero delle prestazioni da considerarsi particolarmente difficili, ha avuto un ruolo determinante. Ugualmente la giurisprudenza (31), sulla scorta delle indicazioni della dottrina (32), ha relegato la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. alla sola imperizia, diminuendo ulteriormente l'ambito di operatività della norma. Ciò è dimostrato dalla mancanza, nel recente panorama giurisprudenziale, di sentenze che escludano la responsabilità del debitore, ai sensi dell'art. 2236 c.c., in presenza di un intervento di speciale difficoltà e di un comportamento semplicemente colposo (non doloso o gravemente colposo) da parte del professionista (33).

Note:

(25) Il *leading case* è rappresentato da Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953 ss.

(26) Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 953 ss., con nota di C. Lega, *In tema di responsabilità del medico chirurgo*; in senso conforme Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1980 ss.

(27) Cfr. L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 518 ss.; F. Galgano, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 715 ss.; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, a cura di R. Sacco, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 113 e 753; U. Izzo *Il danno da contagio post-trasfusionale come danno evidenziale? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in questa

Rivista, 2001, 249 ss. In senso favorevole al principio in esame G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1982, 18-22 e R. De Matteis, *La responsabilità medica*, cit. 1995, 218.

(28) Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, cit.

(29) Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

(30) In senso conforme a Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, cit. si veda Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 540, con nota di L. Klesta Dosi, *La responsabilità della struttura sanitaria: una conferma della "oggettivazione" dell'assistenza a vantaggio della tutela della persona*; Cass. 18 settembre 2009, n. 20101, in *Ragiusan*, 2011, 325-326.

(31) Tra le tante Cass. 13 marzo 2007, n. 5846, in *Resp. civ.*, 2007, 467; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Giur. it.*, Mass. 2006; Cass. 28 settembre 2009, n. 20790, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 369 ss., con nota di M. Foglia, *Il prisma della prestazione medica e l'azzeramento dell'art. 2236 cod. civ.*

(32) L. Mengoni, *op. cit.*, 206; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, cit., 62 ss.; G. Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice civile-commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, 228.

(33) L'osservazione è di Franzoni, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, 48 ss.

Responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante

Danno cagionato dall'alunno a se stesso: il problema del regime della prova

TRIBUNALE DI TREVISO, Sez. Castelfranco Veneto, 18 gennaio 2012 - G.U. Cusumano - F. A. e altri c. D.B., nonché Ente ecclesiastico "P.d.T." e Fondiaria SAI S.p.A.

Nel caso 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, dal quale sorge l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo stesso nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che egli procuri danno a se stesso; e che - 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, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona.

In tema di inadempimento dell'obbligazione gravante sull'istituto scolastico e sull'insegnante ai sensi dell'art. 1218 c.c., finalizzata ad evitare che l'alunno cagioni danno a se medesimo, il debitore è gravato dell'onere di provare l'adempimento o l'impossibilità della prestazione a condizione che il creditore abbia tempestivamente allegato, con precisione e completezza assertiva, che l'infortunio è avvenuto per una qualche ragione attribuibile a responsabilità dell'insegnante.

Nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, qualora il danneggiato abbia tempestivamente allegato e provato che la prestazione dovuta non è stata eseguita o non è stata eseguita correttamente, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché il debitore avrà l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Genova, 30 marzo 2012, in <i>Pluris</i> ; App. Napoli, 23 febbraio 2012, in <i>Pluris</i> ; Trib. L'Aquila, 18 maggio 2011, n. 325, in <i>DeJure</i> .
Difforme	App. Roma, 12 luglio 2011, in <i>Pluris</i> ; Trib. Catanzaro, 18 settembre 2009, in <i>Resp. civ. e prev.</i> , 2010, 150, con nota di M. Foglia; Trib. Milano, 21 aprile 2009, n. 5223, in <i>Fam. e dir.</i> , 2009, 1165, con nota di R. Campione.

Svolgimento del processo

...*Omissis*...

Motivi della decisione

Il punto di partenza nella valutazione della fattispecie concreta sottoposta alla nostra attenzione è quello che tiene conto dell'ormai consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale secondo cui, nel caso 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 al-

l'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge 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, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che - 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, nel quadro del complessi-

vo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. 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., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante.

Tanto premesso, e venendo al fatto che ci occupa, secondo la valutazione di questo giudicante (alla cui cognizione il procedimento in oggetto è pervenuto ad istruttoria conclusa) le circostanze concrete in cui ebbe a verificarsi, durante la pausa di ricreazione, l'infortunio scolastico per il quale è causa, inducono ad escludere la responsabilità dell'Istituto odierno comparante e dell'insegnante addetto, in quel momento, alla sorveglianza degli alunni. Tornando all'art. 1218 c.c., se è vero che è il debitore ad avere l'onere di provare l'impossibilità della prestazione, è anche vero che tale onere graverà su di lui solo dopo che il creditore abbia tempestivamente allegato e provato che la prestazione dovutagli non è stata eseguita o non è stata eseguita esattamente.

Il fatto che un ragazzo (l'infortunato, nel caso di specie, al momento dell'infortunio aveva 12 anni) si faccia male a scuola non è fatto che da sé solo dimostra l'inadempimento, da parte degli insegnanti e della scuola, dei loro obblighi, perché molte sono le situazioni - incolpevoli dal punto di vista degli obblighi qui in discussione - nelle quali in una scuola un fatto del genere può accadere.

Ciò che accadrà è che, in relazione alla concreta natura delle lesioni e alle concrete circostanze nelle quali esse sono state causate, potrà - o, in relazione alla stessa concreta natura delle lesioni e delle circostanze, non potrà - ritenersi sussistente quella che, tra tante, Cass., sez. III, n. 10297/04 definisce come "una presunzione semplice" in ordine all'inadeguata o negligente prestazione dell'insegnante.

E sembra del tutto evidente che tale presunzione non potrà ritenersi sussistente in tutti i casi, ma solo in quelli nei quali la concreta vicenda oggetto del contendere la giustifichi.

Nel caso di specie l'allegazione attorea è quella secondo cui "del danno subito dal minore F." andrebbero ritenuti responsabili "sia l'istituto scolastico, sia il prof. B. che avevano l'onere di vigilare affinché il minore non si procurasse danni alla persona", in quanto il giovane alunno sarebbe "stato lasciato giocare a calcio con i compagni nel campo di basket in cemento durante l'intervallo (...)" e, "a prescindere dall'insita pericolosità del gioco del calcio in un fondo in cemento", non solo l'alunno "non aveva la tenuta adatta per l'attività sportiva (in specie scarpe ginniche adeguate al gioco praticato)", ma il campo in cemento "presentava un fondo reso viscido e scivoloso dagli aghi e dall'umidità rilasciate dai pini posti a ridosso del campo sportivo".

Secondo la prospettazione attorea, dunque, agli alunni -

durante la ricreazione - non si sarebbe dovuto consentire di giocare a calcio su di un campetto in cemento umido per il freddo dicembrino, senza previa verifica dell'adeguatezza delle scarpe da loro calzate (ma non viene esplicitato *che tipo di scarpe, con che tipo di suola*, calzasse il ragazzo, e perché le stesse non fossero adeguate, dovendosi considerare che per il gioco del calcio a livello non agonistico basta anche un semplice paio di scarpe con suola in gomma e non in cuoio) ed in considerazione degli aghi di pino presenti (ma non si dice quanti, ossia non si dice se il campo ne fosse completamente o solo in parte ricoperto, e dunque non si adducono elementi precisi per far comprendere il grado di pericolosità del fondo di gioco). Nel corso dell'assunzione delle prove orali è emerso come il campo in oggetto venisse regolarmente e settimanalmente (ogni sabato) ripulito dagli aghi di pino. È emerso altresì come la mattina in cui accadde l'infortunio il tempo non fosse piovoso, ma sereno, e come l'infortunio ebbe a verificarsi nel corso della ricreazione, temporalmente collocata tra le 10.30 e le 10.45 antimeridiane, mentre i ragazzi giocavano a calcio con un pallone da pallacanestro.

Da nessuna parte è allegato, e nessuno dei testi ha riferito, di pozzanghere d'acqua sul campetto o di parti ghiacciate dello stesso, ma solo di non meglio specificata umidità (normale a dicembre) e di aghi di pino (ma, lo si ripete, non si sa in che quantità). Da nessuna parte è tempestivamente allegato, o si richiede di provare, l'incidenza, sotto il profilo del nesso causale, dell'utilizzo di un pallone da basket invece che di uno da calcio nel verificarsi della specifica caduta subita dal ragazzo, in una fase di arresto, con un piede, del pallone. Da nessuna parte è descritto il punto del campo in cui concretamente avvenne la caduta, o la tipologia di cemento (poroso e ruvido, nel qual caso è da ritenere che la semplice umidità non innalzi in maniera sensibile il grado di pericolosità, o liscio).

Tanto premesso, poiché l'azione di risarcimento dei danni deve fondarsi su concrete allegazioni e su prove delle medesime offerte dalla parte attrice, se, come nel caso di specie, un ragazzo di dodici anni lamenta di essersi fatto male mentre giocava a calcio su un campo in cemento da basket che veniva regolarmente pulito una volta alla settimana, e sul quale erano sì presenti aghi di pino, ma non si sa in che quantità, nessuna presunzione di responsabilità può ipotizzarsi a carico degli insegnanti e della scuola (così come si sarebbe potuta ipotizzare se il fondo del campo fosse stato ghiacciato o ricoperto da pozzanghere d'acqua o completamente ricoperto da aghi di pino: ciò che avrebbe indotto ad ipotizzare che il gioco fu consentito letteralmente su un "tappeto scivoloso").

Non può certamente sostenersi che l'obbligazione dell'insegnante addetto alla sorveglianza dei ragazzi durante l'ora di ricreazione sia quella di impedire in assoluto qualsiasi tipo di danno che i suoi alunni possano patire mentre giocano, e tanto più se giocano con un pallone, essendo, invece, sua obbligazione quella di controllare il rispetto delle regole di correttezza nello svolgimento del gioco (ad esempio che non scoppino risse), di valutare

che il campo non sia effettivamente *impraticabile* (come lo sarebbe stato, lo si ripete, se fosse stato allegato e provato che era ghiacciato, o che vi erano pozze d'acqua qui e là, ciò che avrebbe reso più che concreto ed elevato, e non meramente casuale, il rischio di scivolare), o praticabile solo con un apprezzabile grado di rischio (superiore a quello della mera casualità), o che le scarpe di un alunno non siano assolutamente inadeguate (ma, lo si ripete: in nessun punto degli scritti attorei si precisa che tipo di scarpe calzasse il F, donde la valutazione - sia pure solo presuntiva - di inadeguatezza non è in questa sede possibile). L'insegnante ha l'obbligo di impedire la pratica di un tipo di gioco (e dunque ha un obbligo di prevenzione del rischio) solo quando il grado di prevedibilità di un evento supera la soglia di ciò che è prevedibile solo come accidentale.

Alla luce di tutto quanto fin qui affermato, va considerato che è normale e frequente che dei ragazzi maschi adolescenti, durante la ricreazione, giochino a calcio nel giardino della scuola, e che è fisiologicamente connesso all'esercizio di attività motorie che, facendole, si possa accidentalmente cadere e farsi male.

La giurisprudenza è unanime nel ritenere che gli obblighi di vigilanza dell'insegnante nell'adozione delle misure organizzative e disciplinari non abbiano carattere *assoluto*, ma *relativo*, nel senso che essi vanno commisurati all'età e al grado di maturazione raggiunto dagli allievi e alle circostanze del caso concreto; ad ogni buon conto, essi non possono spingersi sino al punto da esigere dall'insegnante la garanzia della incolumità assoluta degli alunni, quasi che egli fosse tenuto ad un'obbligazione di (un) risultato: che gli allievi a lui affidati non patiscano danno alcuno. Secondo un orientamento interpretativo condivisibile, poi, la presunzione di (tacito) consenso al rischio da parte degli atleti, che decidono di impegnarsi nelle attività sportive, è configurabile anche in capo ai minori coinvolti non solo nello sport, ma anche in semplici giochi e attività dilettantistiche presso le scuole (o le parrocchie), e ciò soprattutto quando, come nel caso di specie, non si tratti di bambini delle elementari, ma di ragazzi della scuola media.

Alla luce di ciò, una volta che la scuola garantisca la periodica pulizia del fondo di gioco, e la presenza di insegnanti posti a vigilanza degli alunni durante la ricreazione, e una volta che tale presenza sia stata effettiva, non avendo gli odierni attori non solo provato, ma addirittura neppure allegato, con le modalità di precisione e completezza assertiva che si sono più sopra richiamate, che l'infortunio sia avvenuto per una qualche ragione attribuibile a responsabilità dell'insegnante (che avrebbe dovuto prevederlo non come evento fortuito, ma come evento probabile in concreto), deve ritenersi che l'incidente in questione sia stato il frutto di una inevitabile casualità (un piede messo male, l'equilibrio non governato come si deve, ecc.) e che l'unico modo che vi sarebbe stato di evitarlo era non far giocare i ragazzi a pallone nel quarto d'ora dedicato alla ricreazione all'aperto. Il che, ovviamente, è del tutto illogico.

In definitiva, giocare a calcio sul cemento e poter cadere

è cosa che può accadere e con una certa "normalità", anche sotto la più diligente vigilanza, e, dunque, il solo "essersi fatto male", senz'alcuna altra precisazione, non può essere considerato indizio e men che meno prova di responsabilità di taluno nella causazione di quel fatto, se non si prova che la prevedibilità dell'infortunio doveva, nel caso concreto, superare la soglia di ciò che è prevedibile solo come fortuito.

Alla luce di tutto quanto fin qui affermato le domande attoree non possono essere accolte.

Ragioni di equità e di opportunità, legate alla natura del contenzioso in essere, in cui la decisione del giudice (subentrato al precedente giudice-persona fisica solo in fase decisoria) viene basata su di una valutazione di sostanziale inadeguatezza ed insufficienza delle allegazioni assertive, inducono a compensare integralmente, tra le parti, le spese di lite.

Spese di C.T.U. definitivamente a carico di parte attrice. ...*Omissis*...

IL COMMENTO

di Massimo Foglia (*)

La decisione del Tribunale di Treviso mostra un profilo di interesse nella misura in cui ritiene che l'onere in capo al debitore per l'ipotesi di inadempimento, di provare l'esatto adempimento o l'impossibilità della prestazione ex art. 1218 c.c., si configura solo a condizione che il creditore abbia tempestivamente allegato, con precisione e completezza assertiva, che l'infortunio sia avvenuto per una qualche ragione attribuibile a responsabilità dell'insegnante.

Il caso

Una mattina di dicembre, durante la ricreazione scolastica, un gruppo di adolescenti giocava a pallone sul campetto in cemento della scuola. Nel corso del gioco, uno di questi - un giovane di 12 anni - nel tentativo di controllare il pallone cadeva a terra procurandosi un infortunio.

I genitori del minore decidevano dunque di citare in giudizio l'insegnante tenuto alla sorveglianza degli alunni, nonché l'istituto scolastico.

Gli attori, sul presupposto della sussistenza in capo all'insegnante/istituto scolastico di uno specifico obbligo di protezione e di sorveglianza, affermavano le seguenti circostanze: *i.*) il minore, durante l'intervallo, è stato colpevolmente lasciato giocare a calcio con i compagni nel campo di basket in cemento; *ii.*) a prescindere dall'insita pericolosità del gioco del calcio in un fondo in cemento, l'alunno non aveva la tenuta adatta per l'attività sportiva (in specie, scarpe ginniche adeguate al gioco praticato); *iii.*) il campo in cemento presentava un fondo reso viscido e scivoloso dagli aghi di pino e dall'umidità rilasciati dai pini posti a ridosso del campo sportivo.

Il Tribunale di Treviso rigettava le istanze risarcitorie di parte attrice ritenendo non adeguatamente formata la prova dell'inadempimento, o dell'inesatto adempimento, dell'obbligo da parte dell'insegnante e dell'istituto scolastico di impedire il danno patito dall'alunno.

Una premessa: il "contatto sociale" e la responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. degli obblighi di protezione in capo all'insegnante/istituto scolastico

La sentenza resa dal Tribunale di Treviso recepisce l'attuale, consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante ha natura contrattuale sotto un duplice profilo: *i.*) quanto all'istituto scolastico, questa si fonda sull'ac-coglimento della do-

manda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determinando - per tale via - la nascita di un vincolo negoziale, da cui sorge «... 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, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso» (cfr. la sentenza in commento); *ii.*) in riferimento all'insegnante dipendente dell'istituto scolastico, è ormai opinione condivisa in giurisprudenza che «... tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza ...» (*ibidem*).

Com'è noto, l'art. 2048 c.c. è stato ridimensionato dall'intervento delle Sezioni Unite del 2002 (1), la cui pronuncia ha recepito l'orientamento giurisprudenziale contrario alla configurabilità della presunzione di responsabilità posta dal comma 2 dell'art. 2048 c.c. a carico dei precettori per i danni che l'allievo abbia procurato a se stesso.

Nella prospettiva indicata, costituisce ormai *ius receptum* ricondurre la responsabilità dell'insegnante e dell'istituto scolastico nell'alveo della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c., notoriamente più favorevole alla tutela del danneggiato.

Al riguardo, per quanto attiene all'onere probatorio, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, la Suprema Corte ha sta-

Note:

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

(1) Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 1013 ss., con nota di G. Facci. Si v., inoltre, F. Di Ciommo, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro it.*, 2002, I, 2635 ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Le sezioni unite sul danno cagionato al minore da se stesso*, in *Corr. giur.*, 2002, 1287 ss.

tuito che *sull'attore grava soltanto provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto*, mentre è onere dei convenuti dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa ad essi non imputabile (2).

L'aspetto di rilievo della pronuncia in esame sta in ciò: per quanto riconosca la natura contrattuale della responsabilità dell'insegnante/istituto scolastico nell'ipotesi di danno cagionato dall'alunno a se stesso, essa, per un verso, non aderisce ad una costruzione della fattispecie di responsabilità fondata esclusivamente sull'elemento, fattuale, della verifica del danno nel corso dello svolgimento del rapporto scolastico; mentre, per l'altro, riempie di maggior contenuto l'onere di *allegazione* dell'inadempimento nella misura in cui, sotto il profilo probatorio, sembra porre in capo all'attore un *quid pluris* di prova che si traduce nell'onere in capo al danneggiato di offrire, per usare talune espressioni del giudice trevigiano, «concrete allegazioni» volte a dimostrare, in modo puntuale e rigoroso, che la prestazione dell'insegnante/istituto scolastico risulti, nel caso concreto, inadeguata e/o negligente (3).

Il problema del regime probatorio tra onere della prova e onere di allegazione

In termini generali, il c.d. principio di allegazione - nella prospettiva qui esaminata - è stato introdotto dalle Sezioni Unite nel 2001 (4). Secondo tale principio, il creditore deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla *mera allegazione* della circostanza dell'inadempimento/inesatto inadempimento della controparte (5), mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento/esatto adempimento.

Nel 2008 (6), con precipuo riferimento alle obbligazioni cc.dd. di comportamento, le Sezioni Unite hanno precisato che «l'inadempimento rilevante [...] non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno». In altre parole, l'allegazione del creditore non può riguardare un qualsiasi inadempimento, ma un inadempimento, per così dire, «qualificato», e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno. In capo al debitore permane invece l'onere di dimostrare: *i.*) che tale inadempimento non vi è proprio stato; *ii.*) ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno (7).

A ciò si aggiunga che, in funzione del principio della domanda (art. 99 c.p.c.), l'onere di allegare e quello di provare i fatti controversi, come si avrà

modo di argomentare a breve, debbono considerarsi concettualmente distinti (8).

Note:

(2) Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit.

(3) In senso conforme, si v. Trib. Genova, 30 marzo 2012, in *Pluris*. Analogamente, si v. anche Trib. L'Aquila, 18 maggio 2011, in *DeJure*.

(4) Un'importante rivisitazione della regola dell'onere della prova in tema di responsabilità da inadempimento è stata introdotta da Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533. Tra le numerose note a commento si segnalano: U. Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 113 ss.; V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss.; G. Visintini, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto impr.*, 2002, 903 ss.

(5) Come è noto, da un punto di vista processualciviltistico, l'allegazione rappresenta «l'atto processuale con cui chi agisce (o resiste) in giudizio afferma (oppure nega) la sussistenza di determinati fatti concreti, prospettati od esposti a fondamento di una domanda o di un'eccezione, quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato» (L.P. Comoglio, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 272).

(6) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in questa *Rivista*, 2008, 871, con nota di A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*. Tra i numerosi, ulteriori, commenti si segnalano inoltre M. Gorgoni, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 856 ss. e R. De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasmusione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612. Più in generale, sulla ricostruzione dell'inadempimento dell'obbligazione sanitaria e sugli assetti probatori in tema di responsabilità medica cfr. R. Pucella, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 445 ss.

(7) In tal senso, infatti, la Suprema Corte ha sancito che è onere della scuola dimostrare in concreto, benché anche solo per presunzioni, che l'infortunio occorso all'alunno sia stato conseguenza di una sequenza causale ad essa non imputabile (tra le ultime, Cass. 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Foro it.*, 2012, I, 1040; Cass. 3 febbraio 2011, n. 2559, in *Foro it.*, Rep. 2011, *Danni civili*, n. 23; Cass. 3 marzo 2010, n. 5067, in *Giust. civ.*, 2011, I, 771). E ciò che, secondo la Suprema Corte, può elidere il nesso di causalità tra il fatto e l'evento dannoso, risulta essere «soltanto una condotta della vittima che rivesta il carattere di una peculiare imprevedibilità e con caratteristiche tali che esse si debbano ritenere eccezionali e cioè manifestamente estranee ad una sequenza causale ordinaria e normale, corrispondente allo sviluppo potenzialmente possibile in un contesto dato secondo l'*id quod plerumque accidit*: restando beninteso riservato al giudice del merito l'apprezzamento, tipicamente di fatto, dell'entità dell'apporto causale della condotta della vittima, ove si possa configurare una peculiare sua colpa anche solo per mancata adozione di comportamenti di comune prudenza imposte dallo stato dei luoghi» (Cass. 8 febbraio 2012, n. 1769, cit.).

(8) Per un approfondimento sul tema, si v. F. Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1915, 16 ss.; A. Proto Pisani, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, 3143; S. Patti, *L'onere della prova nel caso di allegazione di fatti negativi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 166; G.F. Ricci, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 835; D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile - Profili sistemati* (segue)

Partendo da queste premesse, occorre osservare che, con specifico riferimento alla giurisprudenza in tema di responsabilità dell'insegnante e dell'istituto scolastico in caso di minore autolesionista, la Suprema Corte - come si è osservato poc'anzi - ha più volte statuito che l'attore deve soltanto provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto (*i.e.* durante l'orario scolastico), mentre è onere dei convenuti dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa a loro non imputabile.

Ciò significa consentire al danneggiato di limitarsi ad allegare (*i.e.* affermare) i fatti costitutivi indispensabili per l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio; sul piano probatorio ciò determina, a suo favore, l'esonero dall'onere di dimostrare detti fatti, e, di contro, lo spostamento del carico probatorio in capo al danneggiante cui incombe la prova dell'avvenuto adempimento o del fatto estintivo.

In armonia con questa premessa va osservato che nella casistica giurisprudenziale relativa alla fattispecie di cui si discute, si registra un'interpretazione restrittiva di tale criterio distributivo del carico probatorio, nel senso di un accentuato sbilanciamento dell'onere della prova a scapito dell'insegnante/istituto scolastico, su cui è posta la *probatio diabolica* del fatto estintivo. Mentre, di contro, l'onere di (mera) allegazione richiesto all'alunno danneggiato viene di fatto svuotato di qualsiasi contenuto ed accettato ancorché scevro di un benché minimo grado di puntualità e concretezza.

La Suprema Corte, per tale via, ha infatti cassato diverse sentenze rese dalle corti di merito ove i giudici avevano richiesto all'attore un onere probatorio maggiore rispetto a quello sopra descritto (cfr. *infra*). Un rischio connesso all'evoluzione di una tale tendenza giurisprudenziale va visto nel fatto che qualunque infortunio occorso all'alunno durante l'orario scolastico si presta ad essere percepito dalle vittime come una "potenziale occasione" per trovare ristoro attraverso un'azione risarcitoria nei confronti dell'insegnante/istituto scolastico, in virtù di un regime probatorio potenzialmente in grado di "ingabbiare" la difesa di quest'ultimo, anche quando sia evidente che l'infortunio sia il frutto di mera casualità.

Il regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c.: un'applicazione eccessivamente favorevole al danneggiato?

Punto di avvio della presente riflessione va posto in quell'orientamento giurisprudenziale, poc'anzi richiamato, marcatamente favorevole all'accesso alla

tutela risarcitoria nei casi di danno cagionato dall'alunno a se stesso.

Tale tendenza, si è detto, poggia: *i.*) su di un regime probatorio - come osservato sopra - assai agevolato (cfr. art. 1218 c.c.) che, di fatto, determina un'inversione dell'onere della prova; *ii.*) un'estensione degli obblighi di protezione in capo all'insegnante (9).

Nella prospettiva indicata possono essere ricordate - *ex multis* - tre recenti vicende paradigmatiche.

Un primo caso emblematico è rappresentato da una pronuncia di merito (10) in cui il Ministero si è visto condannare all'integrale risarcimento del danno patito dai genitori per la perdita del figlio suicidatosi nel bagno della scuola. In quella vicenda, l'insegnante è stato ritenuto colpevole di non aver compilato correttamente il registro di classe (in sostanza, non risultava registrata la presenza dell'alunna, né che ella fosse stata autorizzata ad allontanarsi dalla classe), ma per tale negligenza il Ministero si è visto imputare *in toto* l'evento dannoso (la morte dell'alunna) e condannare per l'integrale risarcimento (euro 221.562,00) (11).

Altra pronuncia (12), seppur nel solco di un ormai

Note:

(continua nota 8)

tici, Torino, 2001; G. Frus, *Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di allegazione e di contestazione*, in *Giur. it.*, 2012, 131; A. Carli, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in *Contr. impresa*, 2002, 1000.

(9) Per alcuni spunti di riflessione circa il contenuto ed i limiti dell'obbligo di protezione e di sorveglianza in capo all'insegnante, si consenta il rinvio a M. Foglia, *Duty to prevent the suicide: i confini dell'obbligo di protezione in capo all'insegnante*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 150 ss. ed alla bibliografia *ivi* richiamata.

(10) Trib. Catanzaro, 18 settembre 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 150, con nota di M. Foglia, *cit.*

(11) Analogamente, in Cass. 26 aprile 2010, n. 9906, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2290, con nota di C. Menga, *Il labile confine tra culpa in vigilando e culpa in educando*. In tal caso, la Suprema Corte ha confermato la condanna del Ministero al risarcimento del danno subito da una bambina di tre anni, rimasta sola nel bagno della scuola materna, provocato dalla rottura del gancio della cordicella dello scarico, che, cadendo, la colpiva accidentalmente ad un occhio procurandole gravi lesioni. L'insegnante - afferma la Suprema Corte - è responsabile per *culpa in vigilando* poiché non avrebbe dovuto lasciare sola la bambina. La circostanza per cui l'insegnante avesse, nel contempo, il dovere di sorvegliare altri ventisei bambini in aula non rappresenta per la Suprema Corte un motivo sufficiente ad elidere la responsabilità a questa ascritta. Ciò poiché l'insegnante avrebbe potuto, anzi dovuto, avvalersi eventualmente del personale ausiliario per la sorveglianza, benché l'obbligo di vigilanza - e la connessa responsabilità in caso di violazione - rimanga sempre e soltanto in capo all'insegnante.

(12) Cass. 20 aprile 2010, n. 9325, in questa *Rivista*, 2011, 392 ss. Nella giurisprudenza di merito, si v. anche Trib. Milano, 21

(segue)

consolidato orientamento, riguarda il caso dello studente che durante la ginnastica scolastica cade male nel corso di una prova di salto in alto riportando varie lesioni. Il Ministero, anche in tal caso, viene condannato al pagamento dei danni subiti dal ragazzo per poco più di euro 13.000,00 per responsabilità da inadempimento degli obblighi di protezione in favore dell'alunno, non avendo fornito la prova né dell'impossibilità di impedire l'evento, né della predisposizione di misure adeguate ad evitare la situazione di pericolo (13).

Infine, merita una menzione una recentissima vicenda (14): una sedicenne, mentre si trovava in gita scolastica, cade nottetempo dalla terrazza posta a livello del balcone della stanza al secondo piano dell'albergo dove aveva preso alloggio con gli altri compagni di classe, procurandosi gravissime lesioni.

Ella, in particolare, riferiva di avere scavalcato il parapetto in muratura del suo balcone al secondo piano e di essersi inoltrata, insieme ad un altro compagno, che le aveva fornito uno spinello poco prima del fatto, nella contigua terrazza a livello, priva di protezioni.

Nel caso di specie, la Suprema Corte - oltre ai profili di responsabilità riconducibili alla struttura alberghiera - ha ritenuto responsabile l'insegnante che accompagnava gli alunni in gita, nonché l'istituto scolastico, sulla scorta del seguente criterio distributivo dell'onere probatorio: allo studente «compete la dimostrazione di aver subito un evento lesivo durante la gita», mentre incombe all'amministrazione scolastica «la prova liberatoria, consistente nella riconducibilità dell'evento lesivo ad una sequenza causale non evitabile e comunque imprevedibile, neppure mediante l'adozione di ogni misura idonea, in relazione alle circostanze, a scongiurare il pericolo di lesioni derivanti dall'uso delle strutture prescelte per lo svolgimento della gita, tenuto conto delle loro oggettive caratteristiche, fatta comunque salva la valutazione dell'apporto causale della condotta negligente o imprudente della vittima».

Le tre vicende menzionate mettono in risalto l'estensione degli obblighi protettivi in capo all'insegnante, laddove nel primo caso - di fatto - l'insegnante/istituto scolastico risponde del proposito suicidiario dell'alunna e, quindi, persino di un evento "imprevedibile"; nel secondo caso, l'onere della prova posto in capo all'insegnante/istituto scolastico risulta difficilmente superabile, poiché quest'ultimo non si può che limitare ad "allegare" il fatto estintivo; nel terzo caso, l'insegnante è colpevole di non aver valutato adeguatamente l'idoneità della struttura alberghiera prescelta per la gita scolastica.

Rispetto alla via seguita nella sentenza in commento, sulla quale subito ci si soffermerà, è dato evidenziare che qui la valutazione dell'onere probatorio in capo all'insegnante/istituto scolastico prescinde da una preliminare e rigorosa considerazione dell'onere di allegazione in capo all'attore.

La via seguita dal Tribunale di Treviso

Nella sentenza in epigrafe, il giudice trevigiano muove da una premessa, se si vuole scontata, ma vera: se in una scuola accade che un ragazzo si procura un danno, ciò non è un fatto che da sé solo dimostra l'inadempimento degli obblighi gravanti sugli insegnanti e sulla scuola, perché molte sono le situazioni - incolpevoli, se viste nell'ottica dei doveri qui in discussione - dalle quali può originare un infortunio scolastico.

Ciò premesso, nel merito va verificato che l'evento dannoso o la situazione di pericolo non siano in qualche modo riconducibili alla condotta (anche omissiva) dell'insegnante tenuto alla sorveglianza o all'istituto scolastico.

Il Tribunale di Treviso compie tale valutazione su due piani di indagine: i.) muove dapprima dal contenuto dell'allegazione di parte attrice, laddove sono richieste affermazioni *puntuali e concrete*; ii.) solo in seconda istanza, qualora sia riscontrato un certo grado di precisione e completezza assertiva di quanto allegato, il giudice procede alla valutazione dell'adempimento da parte dei convenuti dell'onere della prova del fatto estintivo.

Per inciso, occorre notare che il rischio nella scelta di tale approccio da parte del giudicante è quello di sovrapporre a tal punto i due piani di indagine da gravare l'attore della dimostrazione di tali e tanti elementi di fatto da trasformare l'onere di *allegazione* (dell'inadempimento contestato) in (un vero e proprio) onere della *prova*.

Note:

(continua nota 12)

aprile 2009, n. 5223, in *Fam. e dir.*, 2009, 1165, con nota di R. Campione: la fattispecie riguarda la condanna al risarcimento del danno (in misura del 50%) da parte dell'istituto scolastico per l'infortunio occorso ad un'alunna di 19 anni, caduta accidentalmente durante una partitella di pallavolo nel corso della lezione di educazione fisica, in quanto veniva imputato all'insegnante di «non aver preparato adeguatamente ed in maniera accurata i propri allievi all'attività fisica», e cioè sulla considerazione per cui aver acconsentito allo svolgimento dell'attività fisica senza «preventivi esercizi di stretching o comunque senza una previa "corsetta", espone comunque il fisico a sollecitazioni improvvise».

(13) Nello stesso senso, Cass. 3 marzo 2010, n. 5067, in *Giust. civ.*, 2011, 2932, con nota di M. Cocuccio, *Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore*.

(14) Cass. 8 febbraio 2012, n. 1769, cit.

Proprio in questa dicotomia nella valutazione delle rispettive incombenze probatorie, risiede il profilo di interesse della pronuncia in epigrafe; profilo che è possibile apprezzare solo attraverso un'analisi del merito della vicenda processuale.

Al riguardo, per quanto attiene all'onere di allegazione in capo all'attore, si osserva preliminarmente che il giudice trevigiano ha rilevato la presenza di alcuni *deficit* nella domanda attorea e svolto diversi, puntuali rilievi in relazione alle singole allegazioni dell'attore.

In primo luogo, il Tribunale ha osservato che parte attrice, nel lamentare che non si sarebbe dovuto consentire di giocare a calcio su di un campetto in cemento umido per il freddo dicembrino, senza previa verifica dell'adeguatezza delle scarpe calzate dagli alunni, non esplicita che tipo di scarpe calzasse il ragazzo, né che suola avessero e perché le stesse non fossero adeguate.

In secondo luogo, è stata criticata la prospettazione attorea secondo cui la situazione di pericolo sarebbe stata accentuata altresì dalla presenza di aghi di pino sul campo. Al riguardo, il Tribunale di Treviso osserva che l'attore non specifica tuttavia "quanti" aghi di pino fossero presenti sul campo, ossia «non si dice se il campo ne fosse completamente o solo in parte ricoperto, e dunque non si adducono elementi precisi per far comprendere il grado di pericolosità del fondo di gioco» (15). Parimenti, il giudice osserva che l'attore non precisa in quale parte del campo è avvenuta la caduta, né quale incidenza causale, nell'infortunio occorso al ragazzo, possa avere l'utilizzo di un pallone da basket anziché di un pallone da calcio.

In questa prospettiva, nella sentenza in esame si evidenzia che l'obbligazione in capo all'insegnante addetto alla sorveglianza non può tradursi nel dovere di «impedire in assoluto qualsiasi tipo di danno che i suoi alunni possano patire» durante l'attività scolastica o durante la ricreazione.

Il contenuto dell'obbligazione dell'insegnante è rappresentato piuttosto dal controllo «del rispetto delle regole di correttezza nello svolgimento del gioco (ad esempio che non scoppino risse), di valutare che il campo non sia effettivamente impraticabile (come lo sarebbe stato [...] se fosse stato allegato e provato che era ghiacciato, o che vi erano pozze d'acqua qui e là, ciò che avrebbe reso più che concreto ed elevato, e non meramente casuale, il rischio di scivolare), o praticabile solo con un apprezzabile grado di rischio (superiore a quello della mera casualità), o che le scarpe di un alunno non siano assolutamente inadeguate».

Nel caso di specie, dunque, il giudice argomenta co-

me l'insegnante abbia l'obbligo di «impedire la pratica di un tipo di gioco (e dunque ha un obbligo di prevenzione del rischio) solo quando il grado di prevedibilità di un evento supera la soglia di ciò che è prevedibile solo come accidentale».

Riemerge qui il requisito della prevedibilità, quale causa esimente, della situazione di pericolo affinché l'evento dannoso possa essere attribuito alla condotta, anche omissiva, dell'insegnante.

In buona sostanza, osserva l'estensore nella pronuncia in commento, l'insegnante non è titolare di un'obbligazione di risultato volta a proteggere l'alunno da qualsivoglia tipo di danno. Nel caso di specie, gli obblighi legati all'istituto scolastico si limitano alla garanzia della pulizia periodica del fondo di gioco e alla presenza di insegnanti posti a vigilanza degli alunni durante la ricreazione.

Secondo il Tribunale di Treviso, dunque, l'attore non ha «allegato, con le modalità di precisione e completezza assertiva che si sono più sopra richiamate, che l'infortunio sia avvenuto per una qualche ragione attribuibile a responsabilità dell'insegnante» e, pertanto, l'infortunio occorso al ragazzo deve ritenersi «il frutto di una inevitabile casualità».

Il nodo centrale della decisione appare, dunque, quello dell'estensione del concetto di «allegazione» (16). La vasta ed oramai tralaticia giurisprudenza che grava il creditore di un tale onere non ne definisce il contenuto se non in negativo rispetto all'onere di *provare* i fatti (il creditore si limita «alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa»).

Il che non è quanto basta per chiarire se *allegare* l'inadempimento sia onere che si arresta alla mera *asserzione* che un'obbligazione non è stata adempiuta o sia per contro declamazione che va riempita di un qualche contenuto, pur se non tale da costituire *prova* del mancato adempimento.

Quest'ultima direzione, imboccata dal giudice trevigiano, può trovare una giustificazione della medesima natura di quella che, a contrario, ha giustificato,

Note:

(15) Invero, di contro, nel corso dell'istruttoria è emerso come il campo in oggetto venisse regolarmente ripulito dagli aghi di pino, e come la mattina in cui accadde l'infortunio il tempo non fosse piovoso, ma sereno. Inoltre, emerge dalla lettura della sentenza che nessuno dei testi escussi abbia riferito di pozzanghere d'acqua sul campetto, ma solo di non meglio specificata umidità e di aghi di pino.

(16) Che, nel suo significato etimologico più proprio, designa l'atto del citare argomenti, prove e ragioni a sostegno di una tesi.

in Cass. n. 13533/2001, la contrazione dell'onere probatorio spettante al creditore: lì si osservava che «La difficoltà per il creditore di fornire la prova di non aver ricevuto la prestazione ..., può essere data mediante la prova dei fatti positivi contrari»; ma - rilevano le Sezioni Unite - «Si tratta tuttavia di una tecnica probatoria non agevolmente praticabile: il creditore che deduce di non essere stato pagato avrà serie difficoltà ad individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari idonei a dimostrare tale fatto negativo».

Analoghe difficoltà si pongono però, a ben vedere, anche per il debitore; sostenere, come ritiene la Suprema Corte nella decisione del 2001, che per lui «la prova dell'adempimento, ove sia avvenuto, sarà estremamente agevole ...» è assunto che ben può predicarsi in quelle fattispecie nelle quali l'adempimento sia documentalmente dimostrabile (come nell'esempio, ivi riportato, del creditore «in possesso di una quietanza (al rilascio della quale ha diritto: art. 1199 c.c.) o di altro documento relativo al mezzo di pagamento utilizzato»).

Ma, ove così non sia (ed è ciò che avviene, ad esempio, in fattispecie come quella in esame), far carico sul debitore dell'onere di dimostrare l'avvenuto adempimento significa ricorrere ad una *tecnica probatoria altrettanto non agevolmente praticabile*.

Nel segno di una valorizzazione dell'onere di allegazione si pone, per un verso, ed in termini generali, l'esigenza che l'inadempimento addotto sia «qualificato», vale a dire non semplicemente allegato, ma idoneo a costituire causa efficiente del danno verificatosi (17).

Nell'ambito di rapporti negoziali specifici, poi, non è infrequente che il giudizio di responsabilità si articoli lungo una sequenza che presuppone la dimostrazione dell'inadeguatezza della prestazione debitoria (così come, ad esempio, avviene in tema di responsabilità professionale dell'avvocato (18)).

Per altro verso, infine, la dimensione «contenutistica» dell'onere di allegazione può essere valorizzata - così come predicato da una recente giurisprudenza di merito (19) - nella misura in cui appare necessario che l'allegazione sia tale da «fornire un dettaglio sufficiente a radicare credibilmente il contraddittorio sul punto, consentendo al «debitore di sicurezza» di fornire realmente la prova della «insussistenza o non imputabilità a sé dell'inadempimento» (e non dell'evento)» (20).

Condivisibile appare, in conclusione, lo spunto di riflessione offerto, sia pure solo in abbozzo, dal giudice trevigiano, la cui decisione - è opportuno ricor-

darlo - si inserisce in un quadro istruttorio particolarmente avaro di elementi probatori.

Note:

(17) Così come osservano le Sezioni Unite nelle sentenze in tema di emoderivati del gennaio 2008 (cfr. *supra*, nota 6). Vero è, peraltro, che la richiesta *qualificazione* dell'inadempimento è, nel pensiero della Corte, finalizzata a risolvere un problema di natura causale, tramite la condensazione in un'unica *allegazione* sia del profilo dell'inadempimento che della sua connessione eziologica con il danno conseguente.

(18) Si afferma, ad esempio, che «In materia di responsabilità del professionista, il cliente è tenuto a provare non solo di avere sofferto un danno, ma anche che questo è stato causato dalla insufficiente o inadeguata attività del professionista e cioè dalla difettosa prestazione professionale» (Cass. 27 maggio 2009, n. 12354, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2049, con nota di M. Azzalini). Come si può osservare, l'onere incombente sul creditore non si arresta, qui, alla sola prova del nesso di causalità ma, tramite questo, si spinge al nocciolo dell'inadempimento debitorio, vale a dire alla dimostrazione (non allegazione, oltretutto) della difettosità dell'altrui agire. La regola è mutevole: l'accertamento della responsabilità in altre fattispecie di inadempimento segue logiche diverse, sovente vicine ad automatismi risarcitori; si pensi ai casi, nell'ambito della responsabilità medica, in cui l'ascrizione di responsabilità sia fondata sul solo fatto che, in conseguenza dell'intervento medico, le condizioni di salute del paziente siano rimaste inalterate (in tal senso Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, commentata da R. Pucella, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit.).

(19) Trib. Genova, 30 marzo 2012, cit.

(20) Il giudice genovese precisa altresì che «dette allegazioni (ed in ciò consiste l'essenza dell'inquadramento contrattuale della materia) non devono essere accompagnate dalla relativa prova, competendo piuttosto al convenuto dimostrare che non vi furono o vi furono per causa della quale esso non deve rispondere».

Osservatorio di legittimità

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

DANNO NON PATRIMONIALE

DANNO NON PATRIMONIALE DA REATO

Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9445 - Pres. Finocchiaro - Est. Carluccio

In tema di responsabilità civile e di richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale, quando è prospettato un illecito, astrattamente riconducibile a fattispecie penalmente rilevante, 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 (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 caso

Un avvocato ottiene che il giudice dichiari da lui non dovuta una somma a titolo di sanzione amministrativa. Invia, allora, al Comune ed al concessionario del servizio di riscossione tributi copia della sentenza, con diffida ad astenersi dal compiere atti di esecuzione forzata. Ciononostante, un giorno, mentre è nel suo studio insieme con una collega, la figlia e la segretaria subisce il pignoramento mobiliare da parte del menzionato concessionario. Cita, allora, in giudizio il Comune ed il concessionario per il risarcimento del danno non patrimoniale, rappresentando che nella specie ricorre l'astratta configurabilità di un fatto costituente reato (di cui all'art. 328 o 650 c.p.), ma i giudici del merito rigettano la domanda, ritenendo non provato che il professionista abbia subito un danno all'immagine.

Il professionista propone, dunque, ricorso per cassazione lamentando che i giudici del merito hanno errato nel non affrontare il profilo della sussistenza di un fatto di reato produttivo di danno morale, come sofferenza contingente, turbamento d'animo transeunte, ai sensi dell'art. 185 c.p., ritenendo piuttosto che l'esclusione di un danno non patrimoniale in concreto lo esonerava dalla valutazione in ordine alla ipotizzabilità del fatto reato.

La decisione

La sentenza in commento cassa la sentenza impugnata, rile-

vando che, essendo prospettato come causa dell'illecito civile un fatto astrattamente riconducibile a fattispecie penalmente rilevanti, spetta al giudice accertare, *incidenter 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 dal giudice di merito.

Questo, al contrario, ha ritenuto di prescindere totalmente da tale preliminare accertamento ed ha valutato le testimonianze, escludendo la sussistenza del danno morale, come derivante 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 è 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.

I precedenti

L'ultima menzionata affermazione trae origine dalla fondamentale Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972. Cfr. inoltre Cass. 25 settembre 2009, n. 20684, secondo cui, 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.

La dottrina

A. Di Majo, *Il danno e il reato (tornando a Carnelutti)*, in *Corr. giur.*, 2011, 644; G. Fortunato, *Duplicazioni, automatismi e semplificazioni nella nuova sistematica del danno non patrimoniale*, in questa *Rivista*, 2009, 797.

RESPONSABILITÀ CIVILE

VIOLAZIONE DEI DOVERI CONIUGALI

Cassazione civile, sez. I, 1° giugno 2012, n. 8862 - Pres. Vitrone - Est. Dogliotti

I doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi suddetti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo ad un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia a questa preclusiva.

Il caso

All'esito di un procedimento per la separazione giudiziale tra i coniugi il giudice pronuncia la separazione con addebito al marito, assegna la casa coniugale alla moglie, dispone l'affidamento congiunto dei figli, pone a carico del marito gli assegni in favore dei figli. Esclude, tuttavia, che la moglie abbia diritto al risarcimento dei danni derivati dalla violazione, da parte del marito, dell'obbligo di fedeltà coniugale, sostenendo che la condotta di quest'ultimo non è antiggiuridica e che la domanda di risarcimento del danno contrasta con il diritto del coniuge di perseguire le proprie scelte personali, soprattutto in conseguenza della legge che ha eliminato il carattere illecito dell'adulterio. Secondo il giudice del merito il desiderio di libertà e felicità del coniuge, pur comportando disgregazione della famiglia, è sanzionato solo con l'addebito della separazione, ma non si configura quale fonte di risarcimento dei danni.

Propone ricorso per cassazione la moglie separata, lamentando la violazione del combinato disposto degli artt. 143 e 2043 c.c.

La decisione

La sentenza in commento accoglie il ricorso, rilevando che il giudice del merito non ha tenuto conto dell'evoluzione giurisprudenziale di questi anni, di merito e legittimità, con l'affermarsi e l'estendersi di uno dei fenomeni sicuramente più rilevanti nella vicenda più recente del diritto di famiglia; l'introduzione della logica e dei metodi della responsabilità civile nel rapporto tra coniugi e tra genitori e figli, che, del resto, si inserisce nel più generale ampliamento dell'area della responsabilità aquiliana.

La violazione di diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti, anche ai sensi dell'art. 2 Cost., incidendo su beni essenziali della vita, dà luogo a risarcimento di danni non patrimoniali. È vero che una parte della dottrina ha definito il nuovo orientamento giurisprudenziale "illiberale" perché punirebbe ulteriormente il coniuge (magari già sanzionato dalla dichiarazione di addebito), con la "creazione" di diritti assolutamente inesistenti, non essendovi alcuna violazione del principio del *neminem laedere*. Tuttavia, la responsabilità tra coniuge o del genitore nei confronti del figlio, non si fonda sulla mera violazione dei doveri, matrimoniali o di quelli derivanti dal rapporto di genitorialità, ma sulla lesione, a seguito dell'avvenuta violazione di tali doveri, di beni inerenti la persona umana, come la salute, la *privacy*, i rapporti rela-

zionali, etc. Si riteneva in precedenza che l'addebito, strumento peraltro più sanzionatorio che risarcitorio, non soffrisse la cumulabilità di ulteriori risarcimenti, salvo che vi fosse potuto ovviamente essere ritenuto responsabile (ad es. se egli avesse, con il suo comportamento, arrecato perdite al patrimonio dell'altro coniuge); ovvero - ipotesi del tutto differente - il coniuge arrecasse danno all'altro, prescindendo dalla sua qualità, in quanto mero soggetto danneggiante, come qualsiasi estraneo (ad es. con la propria guida spericolata). Al contrario, secondo il nuovo orientamento rileva proprio la qualità di coniuge e la violazione di obblighi nascenti dal matrimonio che, da un lato è causa di intollerabilità della convivenza, giustificando la pronuncia di addebito, con gravi conseguenze anche di natura patrimoniale, dall'altro, si configura come comportamento (doloso o colposo) che, incidendo su beni essenziali della vita, produce un danno ingiusto, con conseguente risarcimento, secondo lo schema generale della responsabilità civile.

Possono dunque sicuramente coesistere pronuncia di addebito e risarcimento del danno, considerati i presupposti, i caratteri, le finalità, radicalmente differenti.

I precedenti

Il principio sopra massimato risulta già affermato da Cass. 15 settembre 2011, n. 18853. Più ampiamente, cfr. Cass. 12 giugno 2006, n. 13546, secondo la quale integra il c.d. danno esistenziale, riparabile ex art. 2059 c.c., lo sconvolgimento delle abitudini di vita con alterazione del modo di rapportarsi con gli altri nell'ambito della comune vita di relazione, sia all'interno che all'esterno del nucleo familiare, in conseguenza dell'irreversibile venir meno del godimento del rapporto personale con lo stretto congiunto (cosiddetto danno parentale) nel suo essenziale aspetto affettivo o di assistenza morale (cura, amore) cui ciascun componente del nucleo familiare ha diritto nei confronti dell'altro, come per i coniugi in particolare previsto dall'art. 143 c.c. (dalla relativa violazione potendo conseguire l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e l'addebitabilità della separazione personale); per il genitore dall'art. 147 c.c., e ancor prima da un principio immanente nell'ordinamento fondato sulla responsabilità genitoriale (v. Corte Cost. 13 maggio 1998, n. 166), da considerarsi in combinazione con l'art. 8 legge adoz. (la violazione dell'obbligo di cura o assistenza morale determinando lo stato di abbandono del minore che ne legittima l'adozione); per il figlio nell'art. 315 c.c., valorizzabile secondo tale orientata lettura. Tale aspetto, peraltro, costituisce espressione di interessi essenziali della persona estrinsecantisi nel diritto all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia e alla libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la quale trova riconoscimento nelle norme di cui agli artt. 2, 29, 30, Cost., con incisione di un interesse giuridico diverso sia dal bene salute (la cui tutela ex art. 32 Cost., ove risulti intaccata l'integrità psicofisica, si esprime mediante il risarcimento del danno biologico) sia dall'interesse all'integrità morale (la cui tutela, ricollegabile all'art. 2 Cost., ove sia determinata una ingiusta sofferenza contingente, si esprime mediante il risarcimento del danno morale soggettivo).

La dottrina

M. Fiorini, *La violazione dei doveri matrimoniali integra gli estremi dell'illecito civile*, in *Guida al dir.*, 2011, 42, 12; D. Amram-S. Oliari, *Rimedi giusfamiliari e tutela aquiliana: dall'im-*

munità all'autonomia. Qualche riflessione sul danno intrafamiliare (Amram) - Addebito della separazione e tradimento plateale: funzioni diverse e azioni autonome (Oliari), in questa Rivista 2012, 7, 382; C. Cicero-M.E. Di Franco, La regola risarcitoria nel rapporto coniugale, in Dir. fam., 2012, I, 196.

RISARCIMENTO DEL DANNO

IMMISSIONI RUMOROSE

Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9434 - Pres. Petti - Est. Lanzillo

In tema di immissioni intollerabili, ai sensi dell'art. 844 c.c., 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.

Il caso

I proprietari dell'appartamento del piano sottostante citano in giudizio quelli del piano sovrastante, lamentando le intollerabili immissioni di rumore prodotto dalle figlie dei convenuti, le quali, allieve del conservatorio musicale, si esercitano costantemente al pianoforte. Chiedono, dunque, la condanna dei convenuti ad eseguire opere di insonorizzazione ed a cessare l'uso del pianoforte o a limitarlo a determinate ore. Chiedono, altresì, il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

I giudici del merito impongono ai convenuti di suonare il pianoforte solo in determinati orari e li condannano al risarcimento dei danni.

Gli attori propongono ricorso per cassazione denunciando la violazione dell'art. 844 c.c. sul rilievo che i giudici del merito, 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.

La decisione

La sentenza in commento respinge il ricorso, osservando che 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. Nella specie, il giudice del merito 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; 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 secondo 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.

I precedenti

I parametri fissati dalle norme speciali a tutela dell'ambiente (dirette alla protezione di esigenze della collettività, di rilevanza pubblicistica), pur potendo essere considerati come criteri minimali di partenza, al fine di stabilire l'intollerabilità delle emissioni che li eccedano, non sono necessariamente vincolanti per il giudice civile che, nello stabilire la tollerabilità o meno dei relativi effetti nell'ambito privatistico, può anche discostarsene, pervenendo al giudizio di intollerabilità, ex art. 844 c.c., delle emissioni, ancorché contenute in quei limiti, sulla scorta di un prudente apprezzamento che consideri la particolarità della situazione concreta e dei criteri fissati dalla norma civilistica (invero posta preminentemente a tutela di situazioni soggettive privatistiche, segnatamente della proprietà). La relativa valutazione, ove adeguatamente motivata, nell'ambito dei criteri direttivi indicati dal citato art. 844 c.c., con particolare riguardo a quello del contemperamento delle esigenze della proprietà privata con quelle della produzione, costituisce accertamento di merito insindacabile in sede di legittimità: Cass. 25 agosto 2005, n. 17281.

La dottrina

M.A. Mazzola, *Immissioni intollerabili danno non patrimoniale e lettura costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1519; G. Tommasini, *La tutela d'urgenza della salute contro le immissioni acustiche eccedenti la normale tollerabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, II, 2331.

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di **Gina Gioia**

APPALTI

ESCLUSIONE ILLEGITTIMA E CRITERI
DI DETERMINAZIONE DEL *QUANTUM* RISARCIBILE

Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2012, n. 3444 - Pres. Saltelli - Rel. Gaviano - Comune di Spoleto c. G.C., titolare dell'omonima ditta, in proprio e quale componente dell'A.T.I.

In relazione ad una domanda di risarcimento proposta prima che passi in giudicato quella relativa all'annullamento, la determinazione del *quantum debeatur* deve tener conto delle probabilità astratte di aggiudicazione della gara da parte del danneggiato, con una determinazione percentuale ridotta al 25%, sulla base della stima delle minori *chances* di aggiudicazione da parte dell'escluso.

Il caso

Il Comune di Spoleto indiceva una gara per l'appalto a licitazione privata del «servizio derrate, assistenza tecnica e controllo di qualità per il confezionamento dei pasti per asili nido, scuole materne e medie, case di riposo e altri servizi sociali» dal gennaio 1998 all'agosto 1999, per circa 450.000 pasti.

Il Consiglio comunale aveva approvato il bando mentre l'invito era stato approvato con delibera della Giunta e non del Consiglio.

Partecipavano alla gara solo l'A.T.I., una associazione temporanea tra le ditte cittadine, e la Sodexho Italia s.p.a. L'offerta della prima veniva esclusa, perché talune delle ditte associate avevano presentato in modo incompleto la documentazione prevista dalla lettera d'invito. L'appalto veniva aggiudicato alla Sodexho.

L'A.T.I. impugnava la propria esclusione davanti al T.a.r. per l'Umbria che accoglieva il ricorso perché l'esclusione dell'A.T.I. era stata determinata dall'applicazione di clausole provenienti da una lettera d'invito viziata da incompetenza, in quanto deliberata dalla Giunta comunale anziché dal Consiglio.

L'appello del Comune di Spoleto veniva respinto per cui sull'illegittimità dell'esclusione dell'A.T.I. si formava quindi il giudicato.

Nelle more, le ditte ricorrenti intraprendevano un'azione risarcitoria, sia contro il Comune di Spoleto, sia contro il suo funzionario.

Il T.a.r. rigettava il ricorso proposto nei confronti del funzionario e lo accoglieva, nei confronti del Comune, condannando l'Ente al risarcimento del danno ai ricorrenti, da liquidare col procedimento ex art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 80/1998. Proporzionava il risarcimento al grado di probabilità di aggiudicazione della gara, pari per i due concorrenti, e perciò al 50%. Il

mancato utile (lucro cessante), da determinare tenendo conto dei ricavi lordi prevedibili in base all'offerta fatta ai fini della gara e del numero dei pasti da fornire; dall'altro, dell'insieme dei costi ed oneri di produzione. Oltre al danno ulteriore del 20% del mancato utile, per il mancato sviluppo commerciale dell'azienda e della perdita della *chance* di ulteriori commesse. Il tutto ridotto del 50% per il motivo già indicato, maggiorato degli interessi e della rivalutazione monetaria «secondo i criteri vigenti».

Avverso tale pronuncia il Comune di Spoleto formulava appello.

La decisione

La Sezione rileva preliminarmente la legittimità della domanda di risarcimento prima della formazione del giudicato di annullamento sulla propria esclusione dalla gara in coerenza con l'art. 30, comma 5, c.p.a., che prevede l'introduzione della domanda risarcitoria anche «nel corso del giudizio» di annullamento, norma codicistica non innovativa, dal momento che anteriormente non esisteva alcuna regola di preclusione. Tanto premesso, l'appello nel merito può ottenere un parziale accoglimento, con il risultato di far conseguire al Comune una revisione in senso restrittivo dei criteri dettati dal primo Giudice ai sensi dell'art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 80/1998 per la liquidazione del danno.

Il Comune riprende in questa sede anche il rilievo per cui l'avversaria non avrebbe fornito alcuna prova del proprio diritto all'aggiudicazione.

È opinione comune, invero, che in casi del genere il risarcimento debba essere proporzionato al grado di probabilità che l'avente diritto si aggiudicasse la gara; ed in mancanza di elementi più precisi, si ritiene che la probabilità debba essere considerata alla pari per tutti i concorrenti.

Nel caso in esame, essendovi solo due concorrenti (Sodexho e l'A.T.I. cui aderivano i ricorrenti) la probabilità deve essere stimata al 50%. Pertanto il risarcimento dovrà corrispondere al 50% di quello che si sarebbe potuto liquidare se la vittoria dell'A.T.I. fosse stata pronosticabile con certezza.

Né può addebitarsi al Tribunale di non aver tenuto conto dei margini di successo dell'offerta tecnica dell'A.T.I. a paragone con quella della concorrente Sodexho. Se, difatti, si fosse avuto considerazione per la sola offerta economica delle due contendenti, non pare dubbio che, poiché quella dell'A.T.I. era risultata la migliore, il Tribunale avrebbe dovuto necessariamente valutare le sue *chances* di aggiudicazione come superiori a quelle dell'avversaria. Da ciò la dimostrazione che la prospettiva di analisi del primo Giudice su questo piano è stata completa.

Il Comune addebita alla sentenza in esame, infine, di avere ritenuto fondata l'azione avversaria pur in carenza del requisito della colpa dell'Amministrazione, estremo sulla cui esistenza il primo Giudice non avrebbe motivato.

Osserva la Sezione che la pronuncia in scrutinio correla il sor-

gere della responsabilità dell'Amministrazione direttamente all'illegittimità provvedimento emersa, senza svolgere particolari argomentazioni circa l'elemento della colpa. Ai fini della configurazione del diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, l'illegittimità dell'atto amministrativo costituisce un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale semmai incombe l'onere di provare la sussistenza di un proprio errore scusabile.

La Sezione, in definitiva, conferma il riconoscimento della fondatezza della pretesa risarcitoria azionata dalla parte appellata e tuttavia riformula più restrittivamente i criteri dettati dal primo Giudice ai sensi dell'art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 80/1998 per la liquidazione del danno.

Si è visto sopra, infatti, che il giudicato di annullamento già formatosi aveva lasciato impregiudicata ogni questione attinente alla effettiva sussistenza (o meno) dei requisiti di ammissione alla gara in capo all'A.T.I.; e che il carattere ineluttabilmente incerto del possesso degli stessi requisiti da parte della medesima A.T.I. non può non riflettersi sulla stima delle sue *chances* di aggiudicazione.

La Sezione, pertanto, in dipendenza dell'aspetto dubbio appena detto, non considerato in primo grado, ritiene di ridurre equitativamente l'apprezzamento delle probabilità di aggiudicazione da parte dell'A.T.I. dal 50% fissato dal primo Giudice alla misura del 25%.

I precedenti

Sulla colpa della P.A.: Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5453; Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114 e 9 giugno 2008, n. 2751; Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 785; Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527. Rilevante anche Corte di Giustizia, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09. Cons. Stato, sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2427, in questa *Rivista*, 2011, 679: «Nella determinazione del danno da mancata aggiudicazione, ove il ricorrente non dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione, si presume che l'impresa li abbia ragionevolmente riutilizzati per altri lavori o servizi con conseguente decurtazione dell'*aliunde perceptum*, anche in funzione del dovere di non concorrere ad aggravare il danno ex art. 1227 c.c.».

La dottrina

Proietti, *La colpa della pubblica amministrazione e il danno risarcibile in caso di mancata aggiudicazione*, in *Urbanistica e app.*, 2010, 956; Reggio D'Acì, *Il g.a. riduce le prospettive di risarcimento per mancata aggiudicazione*, in *Urbanistica e app.*, 2009, 557; Serrano, *Ammissione a gara di appalto concorso ed esclusione dall'aggiudicazione*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1998, 209.

RISARCIMENTO DEL DANNO

ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DI UNA GARA
PER CARENZA DI RISORSE FINANZIARIE

T.a.r. Emilia Romagna - Parma, sez. I, 18 giugno 2012, n. 217 - Pres. Arosio - Rel. Poppi - Pro.Ges. - Servizi Integrati Alla Persona Scarl Onlus, Ati c. Comune di Parma

Nel caso in cui in un bando di gara si precisa che il committente si riserva la facoltà di non aggiudicare la concessione e la vendita dei beni immobili per ragioni di

pubblico interesse comportanti variazioni agli obiettivi perseguiti, i concorrenti, avendo accettato il bando, a seguito dell'annullamento, non hanno nulla a pretendere, neanche a titolo di responsabilità precontrattuale.

Il caso

Il Comune di Parma si era espresso a favore di un accordo con STT Holding S.p.A. (di seguito STT) e l'Azienda dei Servizi alla Persona del medesimo Comune (di seguito ASP) per la realizzazione di un "Welfare Community" ove alloggiare assistiti al momento collocati presso diverse strutture.

La Stazione appaltante comunicava che era stata annullata la procedura di gara. Le ricorrenti, che non impugnavano la citata revoca, presentavano ricorso chiedendo il risarcimento del danno patito in conseguenza delle spese sostenute per la partecipazione alla gara, e nel mancato profitto derivante dalla mancata esecuzione dell'appalto che, in quanto unica partecipante, le sarebbe stato aggiudicato (indicato nel 10% dei 4/5 della base d'asta come indicato al Consiglio di Stato, Ad. Plen., 6/2005), oltre ad interessi sulla somma dovuta a titolo di rimborso spese e rivalutazione della somma dovuta a titolo risarcitorio.

In subordine, qualora non fosse riconosciuto il risarcimento del danno, le ricorrenti chiedevano che il risarcimento venisse liquidato nella misura del 10% degli importi a base d'asta delle gare (elencate in ricorso) alle quali non avrebbero potuto partecipare nelle more della definizione della procedura indetta da ASP stante la prolungata immobilizzazione delle risorse necessarie all'esecuzione della commessa imposta dal ritardo con il quale quest'ultima aveva proceduto all'annullamento della gara, oltre al 15% del risultante importo a titolo di mancato assorbimento delle spese generali.

La decisione

Il bando di gara precisava che «ASP si riserva la facoltà di non aggiudicare la concessione e la vendita dei beni immobili per ragioni di pubblico interesse comportanti variazioni agli obiettivi perseguiti, senza che i concorrenti abbiano nulla a pretendere, neanche a titolo di responsabilità precontrattuale. Nel caso in cui venisse meno la relativa copertura finanziaria ovvero per ragioni aziendali, ASP si riserva di revocare o annullare la procedura di gara prima dell'aggiudicazione, senza che i concorrenti abbiano nulla a pretendere, neanche a titolo di responsabilità precontrattuale».

Il disciplinare di gara faceva presente che «le aree attualmente non sono nella disponibilità di ASP. L'Amministrazione Comunale di Parma acquisterà i terreni oggetto dell'intervento trasferendo la proprietà o il diritto di superficie alla Concedente ASP. Qualora tale trasferimento non avvenisse ed ASP fosse costretta ad annullare la gara nessuna richiesta di risarcimento danni può essere avanzata nei suoi confronti». A detta acquisizione il Disciplinare subordinava la nomina della Commissione.

Lo stesso disciplinare contemplava ulteriormente la possibilità per i concorrenti di svincolarsi dalla propria offerta nell'ipotesi in cui non si fosse pervenuti alla stipula contrattuale nel termine di 360 giorni dalla scadenza del termine di proposizione delle domande.

La disciplina di gara prevedeva quindi la possibilità di una offerta comprensiva dell'acquisto degli immobili inutilizzati (circo- stanza che avrebbe determinato di per sé la finanziabilità dell'operazione) o l'acquisto da parte di un terzo soggetto individuato in STT.

In ogni caso era evidente che la realizzazione del progetto, e quindi l'esperienza della gara, fosse subordinato all'acquisizione delle risorse necessarie.

Nel caso di specie non si era realizzata l'auspicata vendita degli immobili né STT aveva provveduto, benché richiesta, all'acquisto per il prezzo pattuito, privando la Stazione appaltante delle risorse necessarie per la realizzazione del progetto.

Delle ragioni che avevano determinato l'impossibilità di procedere all'esperimento della gara veniva dato atto nella delibera n. 86/2011 con la quale si era proceduto alla revoca della procedura e la legittimità del provvedimento non era stata contestata dalle ricorrenti che non avevano ritenuto di gravarlo con ricorso, anzi, era stata espressamente riconosciuta in sede di discussione orale.

La circostanza che la realizzazione dell'opera fosse inequivocabilmente subordinata al reperimento delle risorse necessarie determinava l'impossibilità di riconoscere in capo alla ricorrente alcun affidamento giuridicamente tutelabile.

Nel caso di specie, inoltre, la procedura di gara si era interrotta prima ancora del compimento di qualsiasi atto di gara atteso che non era ancora intervenuta nemmeno nomina della commissione giudicatrice e che, pertanto, la busta della ricorrente non era stata aperta né valutata.

È pacifico in giurisprudenza il principio in base al quale una somma risarcibile, o anche solo ristorabile con indennizzo ex art. 21-*quinques* della l. n. 241/1990, non è riconoscibile nemmeno in capo al soggetto che abbia già conseguito una aggiudicazione provvisoria in quanto «in tema di contratti pubblici la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva del contratto di appalto è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006, idoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con

conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista, come nella specie, nessuna illegittimità nell'operato della P.A. Non spetta nemmeno l'indennizzo di cui all'art. 21-*quinques* della l. n. 241/1990 poiché si è, nella specie, di fronte al mero ritiro di un'aggiudicazione provvisoria (atto avente per sua natura efficacia interinale e non idonea a creare affidamenti) e non ad una revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli come previsto dalla predetta norma per l'indennizzabilità della revoca».

Il ricorso veniva pertanto respinto.

I precedenti

Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 861, in *Dir. e pratica amm.*, 2010, fasc. 6, 40, con nota di Tanzarella, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2010, 430, «È legittima la revoca di un provvedimento amministrativo nel caso in cui non sia stato contestualmente previsto un indennizzo, atteso che la mancata previsione dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinques* l. n. 241 del 1990 in un provvedimento di revoca, non ha efficacia viziante o invalidante di quest'ultima, ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo che potrà scrutinarne i presupposti».

Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4902; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 808.

La dottrina

Crepaldi, *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, in *Resp. civ.*, 2010, 1116; Pavoni, *La revoca della stazione appaltante alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, I, 328.

LIBRI

COLLANA: ITINERA – Guide giuridiche

Arbitrato

Bonelli Erede Pappalardo

a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa

Il volume, curato dallo **Studio Bonelli Erede Pappalardo**, leader assoluto nell'ambito del contenzioso civile, affronta con un **approccio sistematico** e un **taglio assertivo** tutti gli aspetti relativi all'arbitrato.

In particolare vengono analizzati:

- l'**arbitrato generale** (arbitrato rituale e irrituale, procedimento, istruzione probatoria e lodo)
- l'**arbitrato internazionale ed estero**;
- l'**arbitrato societario** (esteso anche all'arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e arbitrato presso la Consob e all'arbitrato bancario e finanziario);
- gli **arbitrati speciali** (nel diritto del lavoro e nelle materie di giurisdizione amministrativa).

Nella trattazione dei singoli istituti sono

contemplati tutti i profili attinenti al tema trattato: sostanziali, processuali e fiscali (laddove presenti).

Arricchiscono e completano l'opera **case history**, **esempi**, **schemi riepilogativi**, **approfondimenti** ed un dettagliato **indice analitico**.

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

Ipsoa 2011, Euro 57,00

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 di merito

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

COSE IN CUSTODIA

UTILIZZO INAPPROPRIATO DELLA COSA

Tribunale di Bari, sez. III, 10 maggio 2012 - Giud. Agnino

In tema di sinistro, per l'attribuzione della responsabilità e conseguente risarcimento dei danni patiti a causa del cattivo funzionamento delle cose in custodia è necessario che il danneggiato dimostri che l'evento dannoso si sia prodotto come fatto non estraneo alla sfera di custodia. L'utilizzo inappropriato e poco prudente della cosa fa decadere la responsabilità dell'avente custodia.

Il caso

Con atto di citazione i sig.ri Tizio, Caio, Sempronio, Mevio, Filano, Calpurnio ed Irnerio convenivano in giudizio il Condominio Alfa ed il suo Amministratore per il risarcimento dei danni patiti, nell'utilizzo di un ascensore, a seguito dello scoppio e conseguente caduta del mezzo meccanico stesso, in quanto ritenuti responsabili per omessa osservanza delle opere di manutenzione delle parti comuni. Si costituivano in giudizio i convenuti chiedendo il rigetto della domanda attorea e spiegando domanda di garanzia nei confronti della ditta incaricata della manutenzione dell'ascensore. Si costituiva la ditta di ascensori Beta, la quale, dopo aver chiesto il rigetto della domanda attorea, spiegava istanza di chiamata in causa della compagnia di assicurazioni. Il contraddittorio era integrato dalla costituzione della Delta Assicurazioni S.p.a. che si associava alle richieste di rigetto della domanda degli attori.

La decisione

Il Giudice adito rigettava la domanda attorea. Sul punto rilevava che gli attori, deducendo lesioni attribuibili al cattivo funzionamento dell'impianto dell'ascensore, intendevano far valere la responsabilità dei convenuti per il danno derivante da cose in custodia (art. 2051 c.c.) a causa dell'inadeguata manutenzione dell'ascensore. Per quanto attiene all'applicabilità dell'art. 2051 c.c., è stato affermato il principio secondo cui la responsabilità del custode richiede che «l'evento sia stato cagionato dalla cosa medesima per sua intrinseca natura ovvero per l'insorgenza in essa di agenti dannosi». La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prescinde dall'accertamento del carattere colposo dell'attività del custode e ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del solo rapporto eziologico tra cosa ed evento. In tale ipotesi, il danneggiato non può sottrarsi dall'onere di provare il nesso causale tra cosa in custodia e danno, ossia dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa, mentre resta a carico del custode offrire la prova contraria alla presunzione *iuris tantum* della sua responsabilità, mediante la dimostrazione del fatto estraneo alla sua sfera di custodia. Nella fattispecie, il giudice ha ritenuto ricorrente l'ipotesi del caso fortuito tale da escludere la respon-

sabilità dell'ente convenuto in quanto, per stessa ammissione degli attori, gli stessi hanno utilizzato in sette l'ascensore, pur sapendo che l'uso dello stesso era consentito contemporaneamente a solo quattro adulti per un peso complessivo non superiore a 350 Kg. Pertanto, la circostanza che gli attori abbiano utilizzato in sette l'ascensore (con portata sino ad un massimo di quattro adulti), affidandosi a meri calcoli empirici sul mancato superamento del peso complessivo di 350 kg, induce a ritenere che, secondo ragionevolezza, il guasto dell'ascensore sia stato causato eventualmente da un suo utilizzo inappropriato e poco prudente, determinando ampiamente il superamento dei limiti ponderali posti proprio a tutela della incolumità degli utenti dell'ascensore.

I precedenti

Cass., sez. III, n. 7276/1997; Cass., sez. un., n. 10015/2006; Cass., sez. III, n. 11264/1995.

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.

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

CULPA IN ELIGENDO PER L'INTERMEDIARIO DI SERVIZI TURISTICI

Tribunale di Verona, sez. IV, 17 maggio 2012 - Giud. Vaccari

In materia di contratti di *package*, l'intermediario non è tenuto verso il consumatore per gli inadempimenti del *tour operator*, né per l'inadempimento da parte dei fornitori dei singoli servizi inclusi nel contratto. Sono fatti salvi i casi in cui l'agenzia, nell'esercizio della propria attività di mandatario, possa essere ritenuta responsabile per *culpa in eligendo* nella scelta dell'organizzatore del viaggio.

Il caso

Gli attori promuovevano ricorso *ex art.* 671 c.p.c. contro l'agenzia di viaggi Y. I ricorrenti chiedevano l'autorizzazione a procedere al sequestro conservativo dei beni mobili ed immobili di Caio sino alla concorrenza della somma di euro 1.300.000,00. Il ricorso in esame è stato proposto nel corso del giudizio con il quale parte attrice avevano convenuto in giudizio l'agenzia di viaggi X e l'agenzia di viaggi Y, in qualità quest'ultima anche di intermediaria. Parte attrice chiedeva il

Nota:

(*) Con la collaborazione di: Tania Bortolu, Chiara Cadoni, Alessandro Mignacca, Elisabetta Sini.

riconoscimento del risarcimento dei danni derivante dal sinistro loro occorso il 17 novembre 2004, durante una vacanza in Egitto. Il danno veniva quantificato in euro 918.755,26 a carico dell'agenzia di viaggi X e in euro 38.950,00 a carico dell'agenzia di viaggi Y.

Si trattava di un viaggio "tutto compreso" per l'Egitto, il quale era promosso dall'Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro - Unione Provinciale di Verona. Il contratto "tutto compreso" prevedeva fra le altre cose anche un'escursione in bus ad Alessandria d'Egitto. Durante l'escursione, a causa della guida imprudente dell'autista, il bus si era ribaltato. Tale sinistro aveva causato delle lesioni gravissime per i ricorrenti consistite nella deformazione del volto per esiti cicatriziali nonché gravi lesioni al braccio superiore destro che ne avevano imposto l'amputazione.

I ricorrenti ritenevano responsabili entrambe le agenzie per la violazione degli obblighi previsti per tali figure dalla l. n. 1084/1977 di ratifica della convenzione sul contratto di viaggio, sia dal D.Lgs. n. 111/1995. Inoltre, parte attrice sollevava questioni di legittimità costituzionale dell'art. 15 D.Lgs. n. 111/1995 nella parte in cui fa rinvio all'art. 13 della CCV, che pone un limite all'indennizzo.

Il 13 ottobre 2011 parte attrice, sul presupposto che in data 6 giugno era stato dichiarato il fallimento dell'agenzia di viaggi X, depositava istanza di riassunzione della causa per proseguire l'azione contro l'agenzia di viaggi Y. Con sentenza del 30 marzo 2012 la Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma sopracitata.

La decisione

Il Tribunale di Verona non ha accolto il ricorso proposto da parte attrice, in ragione dell'assenza di responsabilità dell'agenzia Y. I giudici di merito hanno chiarito preliminarmente che la disciplina applicabile al caso di specie è contenuta nel D.Lgs. n. 111/1995, trasfuso nel Codice del consumo. Per contro ha sostenuto che non possa trovare applicazione il CCV firmato a Bruxelles il 23 aprile 1970.

Durante l'istruttoria era stato sostenuto che il D.Lgs. n. 111/1995 fosse applicabile ai soli viaggi effettuati all'interno della UE, con la conseguenza che, poiché il pacchetto turistico acquistato dagli attori riguardava un viaggio e soggiorno in Egitto, ossia una località extraeuropea, avrebbe dovuto trovare applicazione la CCV. Tuttavia, l'art. 82, comma 1, D.Lgs. n. 206/2005 stabilisce che le disposizioni contenute in tale testo si applicano ai pacchetti venduti sul territorio nazionale dall'agenzia organizzatrice o dal venditore.

Il criterio che determina l'applicazione di tale disciplina, quindi è solo quello del luogo in cui è stato acquistato il pacchetto turistico, a prescindere dal luogo ove tale contratto abbia trovato esecuzione, e anche a prescindere dalla nazionalità dei contraenti.

Il Tribunale asseriva che nel caso di specie il presupposto indicato dalla normativa nazionale fosse pienamente integrato, senza che su di esso potesse influire la condizione delle parti di essere cittadini di uno Stato comunitario. Il problema del coordinamento tra il CCV ed il D.Lgs. n. 111/1995 è stato superato sulla base dei criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La dottrina ha chiarito che il D.Lgs. n. 111/1995 disciplina pacchetti turistici tutto compreso, i quali sono differenti dalle fattispecie di contratto di organizzazione o di intermediazione di viaggio, disciplinati rispettivamente dagli artt. 5 ss. e 17 ss. della Convenzione di Bruxelles del 1970.

Il Tribunale ha sostenuto che il contratto di viaggio di *package* si caratterizza sia sotto il profilo soggettivo che per ogget-

to e finalità. I giudici di merito hanno richiamato la giurisprudenza di legittimità per chiarire tale assunto. La Corte di Cassazione, infatti, ha chiarito che: «Il trasporto o il soggiorno o il servizio alberghiero assumono infatti al riguardo rilievo non già singolarmente e separatamente considerati bensì nella loro unitarietà funzionale, non potendo al riguardo prescindere dalla considerazione dei medesimi alla stregua della "finalità turistica" che la prestazione complessa di cui si sostanziano appunto quali elementi costitutivi è funzionalmente volta a soddisfare».

Il Tribunale ha ritenuto infondato l'assunto degli attori, secondo i quali l'agenzia Y, in qualità di organizzatore, dovesse essere ritenuta responsabile al pari dell'agenzia X.

Le motivazioni dedotte da parte attrice sono state ritenute infondate ed, inoltre, il Tribunale ha sostenuto che l'agenzia Y non potesse essere considerata organizzatrice, al pari dell'agenzia X.

In prima facie è stato chiarito che la proposta di viaggio sottoscritta dai ricorrenti non fosse destinata all'agenzia di viaggi ma al *tour operator*, e conformemente allo schema proposto, questa era stata accettata dall'agenzia X.

Ancora: in calce al modulo che contiene la proposta di acquisto del pacchetto turistico era stato esplicitato, in grassetto, che: «si dava atto che l'agenzia venditrice non è responsabile per l'inadempimento degli obblighi di organizzazione ed esecuzione del pacchetto turistico che gravano direttamente sull'organizzatore». Tale frase costituiva una chiara delimitazione del diverso ruolo dell'agenzia di viaggi e del *tour operator* e delle rispettive responsabilità.

Ancora: diversamente da quanto sostenuto dai ricorrenti, l'agenzia X non si definiva come organizzatrice del viaggio e, in ogni caso, la precisazione che essa operava in collaborazione con l'agenzia Y risulta equivoca atteso che ben può essere intesa come indicativa del ruolo di semplice intermediario dell'agenzia di viaggi.

A nulla è valso sostenere che l'agenzia Y abbia ricevuto sia l'acconto sia il saldo del prezzo pattuito, poiché questo è compatibile con la funzione di mandatario del turista.

Pertanto l'agenzia Y altro non può essere considerata che una mera intermediaria.

Per poter meglio comprendere le ragioni di questa conclusione il giudice di merito ha posto a confronto la disciplina della CCV e quella del D.Lgs. n. 111/1995.

La CCV regola in modo differente le distinte responsabilità dell'organizzatore e dell'intermediario, collocandole rispettivamente agli artt. 12-15. Inoltre all'art. 22 stabilisce anche in modo chiaro ed inequivoco che l'intermediario «non risponde dell'inadempimento totale o parziale di viaggi, soggiorni o altri servizi che siano oggetto del contratto» (art. 22 par. 3). Il D.Lgs. n. 111/1995, per contro, non segue la medesima sistematica perché disciplina in un unico gruppo di norme (dall'art. 14 al 18) le responsabilità dell'organizzatore e del venditore. Inoltre, non è presente alcuna norma del tenore letterale dell'art. 22 della CCV. Inoltre, il legislatore italiano all'art. 14, comma 1, e all'art. 9, comma 2, ha utilizzato un inciso («secondo le rispettive responsabilità») che allude ad una distinta responsabilità dell'uno e dell'altro nei confronti del turista (impostazione, peraltro, mantenuta anche nel codice del consumo e nel codice del turismo).

Inoltre, il tribunale ha obiettato l'opinione della dottrina minoritaria, condivisa da una parte della giurisprudenza, la quale sostiene che il D.Lgs. n. 111/1995 avrebbe optato per un regime di responsabilità solidale tra venditore e organizzatore, pienamente compatibile con l'art. 5 della direttiva 90/314 Cee.

Il Giudice ha ritenuto più persuasiva l'opinione della dottrina dominante secondo cui l'inciso in esame andrebbe più correttamente riletto come «secondo i rispettivi obblighi». La dottrina dominante, infatti, attribuisce il significato che il produttore del pacchetto turistico e il venditore sono responsabili dell'inadempimento degli obblighi, rispettivamente e personalmente, assunti nei confronti del turista, dal primo con il contratto di organizzazione e dal secondo con quello di intermediazione che hanno oggetti diversi.

Il giudice, richiamando anche la giurisprudenza maggioritaria, ha osservato che in base al contratto di organizzazione di viaggio, il *tour operator* si obbliga a proprio nome a procurare al viaggiatore, per un prezzo globale, una serie più o meno ampia di prestazioni comprensive del trasporto. Il contratto di intermediazione di viaggio, invece, prevede che il venditore si obblighi a procurare al viaggiatore, per un determinato prezzo, sia un contratto di organizzazione del viaggio sia uno dei servizi separati che permettono di effettuare un viaggio. Poiché quest'ultima tipologia negoziale va qualificata come mandato con rappresentanza conferito dal viaggiatore, la conseguenza è che il venditore non sarà responsabile della mancata o difettosa esecuzione delle prestazioni in cui si concreta il viaggio bensì unicamente della violazione di siffatto mandato. Pertanto, l'agenzia Y non potrà rispondere in alcun caso delle obbligazioni nascenti dall'organizzazione del viaggio, ma è responsabile esclusivamente per le inosservanze che commette nell'adempimento dei suoi obblighi, tra i quali non rientra l'obbligo di fornire le prestazioni coordinate oggetto del pacchetto turistico, ma esclusivamente le obbligazioni di concludere in nome e per conto del cliente-consumatore un contratto di pacchetto turistico.

Pertanto, il Tribunale ha chiarito che l'unica responsabilità eventualmente configurabile in capo all'agenzia che svolge il ruolo di intermediario, è una responsabilità derivante da una *culpa in eligendo* nella scelta dell'organizzatore del viaggio. Tuttavia, nel caso di specie, parte attrice non ha mai allegato tale tipo di responsabilità in capo all'agenzia Y.

I precedenti

Cass. 24 luglio 2007, n. 16315; Cass. 17 gennaio 2001, n. 9691; Cass. 6 novembre 1996, n. 9643; Cass. 26 giugno 1964, n. 1706; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315; Cass. 10 febbraio 2005, n. 2713; Trib. Mantova 4 marzo 2005.

RESPONSABILITÀ DEI MAESTRI E PRECETTORI

DANNO CAGIONATO DALL'ALLIEVO A SE STESSO

Tribunale di Messina, sez. I, 11 giugno 2012 - Giud. Bonfiglio

In tema di responsabilità civile dei maestri e dei precettori, la presunzione di responsabilità che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., grava sull'insegnante per il danno che l'allievo si sia procurato da solo, può dirsi superata quando l'evento lesivo rientri tra quelli che, secondo uno standard di normale prevedibilità, possono scaturire dall'ordinario svolgimento della disciplina impartita. Perché l'insegnante, e per esso anche la scuola (sportiva), possa essere chiamato a rispondere del danno riportato dall'allievo, è necessario accertare il nesso eziologico tra azione (od omissione) ed evento lesivo: tale nesso non si configura quando il danno derivi dalla natura stessa o

dal normale svolgimento dell'attività, così da risultare una conseguenza ordinaria e normale, anche se accidentale.

Il caso

G.M., agendo in nome e per conto della figlia F.M., all'epoca minorenni, conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Messina l'Accademia Danza T.M., la F.I.D.S., Federazione Italiana Danza Sportiva, e la A.R.A., Attività e Rappresentanze Sportive s.r.l., chiedendo che fossero condannati in solido al risarcimento dei danni conseguiti alla minore a seguito di una caduta avvenuta il giorno 15 gennaio 2004, mentre la stessa stava partecipando ad una lezione di danza all'interno dei locali dell'Accademia convenuta.

Nel frattempo F.M., divenuta maggiorenne, si costituiva personalmente ed insisteva nelle domande iniziali.

Si costituivano in giudizio l'Accademia Danza T.M., la quale respingeva l'addebito di responsabilità, e l'A.R.A., che negava di essere tenuta al risarcimento dei danni a qualsiasi titolo verso l'attrice, posto che detta società, in forza di accordo contrattuale, gestiva i sinistri per conto delle compagnie di assicurazione sulle quali gravava l'obbligo dell'eventuale liquidazione. Peraltro, precisava che nessun obbligo sarebbe potuto sorgere nei confronti dell'attrice, in quanto la stessa risultava iscritta alla F.I.D.S. in data successiva a quella del sinistro.

Inoltre, l'A.R.A. contestava la pretesa risarcitoria nel merito e ne chiedeva la condanna per lite temeraria ex art. 96, comma 1, c.p.c. La F.I.D.S., invece, rimaneva contumace.

La decisione

Il Tribunale di Messina ha preliminarmente verificato la corretta qualificazione giuridica della pretesa risarcitoria formulata dall'attrice, posto che la *causa petendi* della domanda riguardava la (asserita) responsabilità dell'Accademia di danza per un fatto colposo.

Il Tribunale, richiamando l'orientamento pacificamente riconosciuto nella giurisprudenza di legittimità, ha osservato che il giudice di merito, nell'indagine diretta all'individuazione del contenuto e delle domande sottoposte alla sua cognizione, non è tenuto ad uniformarsi alla formulazione letterale dell'atto, dovendo egli avere riguardo al contenuto sostanziale, in relazione alle finalità che la parte vuole perseguire.

Ciò precisato, il Giudice ha argomentato che la pretesa sarebbe potuta essere fondata sulla presunzione di responsabilità prevista dall'art. 2048 c.c. che, al secondo comma, recita «i precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza».

Tuttavia, il giudicante ha precisato che la presunzione di responsabilità posta dall'art. 2048, comma 2, c.c. a carico dei precettori e dei maestri trova applicazione limitatamente al danno cagionato ad un terzo dal fatto illecito dell'allievo; essa, pertanto, non è applicabile in ordine all'azione di risarcimento del danno che l'allievo abbia, con la sua condotta, procurato a se stesso.

Invero, la responsabilità per il danno che l'allievo si procura da se stesso ha natura contrattuale, determinata dall'instaurazione di un vincolo negoziale conseguente l'ammissione dell'allievo alla scuola o all'istituto.

Inoltre, si ritiene che sia configurabile, unitamente all'instaurazione del vincolo negoziale tra genitori ed istituto scolastico, una responsabilità da c.d. contatto sociale nell'ambito della quale l'insegnante assume, oltre agli obblighi di istruire ed

educare, anche uno specifico di protezione e di vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. In ogni caso, sia che si invochi la presunzione di responsabilità ex art. 2048, comma 2, c.c., sia quella di natura contrattuale, il regime probatorio imposto dall'art. 1218 c.c. non muta. Con questo ragionamento, il Giudice ha superato il problema circa la qualificazione giuridica della pretesa, essendo questa superata dalle conseguenze pratiche in punto di riparto dell'onere della prova. Infatti, ai sensi dell'art. 1218 c.c., la presunzione di responsabilità che grava sull'insegnante per il danno che l'allievo si sia cagionato da solo è superata quando l'evento lesivo rientri tra quelli che, secondo uno standard di normale prevedibilità, possono scaturire ordinariamente dall'attività relativa alla disciplina impartita.

Nel caso in esame, dal materiale istruttorio, è emerso che l'attrice era caduta «nell'eseguire movimenti di routine», compresi tra quelli usualmente compiuti nella disciplina della danza e che la caduta sarebbe potuta essere evitata unicamente astenendosi dal compiere quel determinato movimento. Pertanto, poiché l'esercizio non presentava alcun particolare profilo di difficoltà, al contrario, l'attrice era un'atleta esperta, come evinto da diverse dichiarazioni testimoniali, il Tribunale di Messina non ha riconosciuto alcuna responsabilità in capo all'Accademia Danza ed ha rigettato la domanda attorea.

Inoltre, nei confronti dell'A.R.A., altra convenuta, il Giudice ha rilevato un ulteriore motivo di infondatezza, ovvero la mancanza di copertura assicurativa dell'attrice nel momento del sinistro, in quanto l'Accademia Danza non aveva provveduto a stipulare alcuna garanzia per la copertura dei rischi derivanti dall'attività esercitata. Fatto questo che ha determinato la mancanza assoluta di titolo perché l'attrice potesse rivolgere pretese risarcitorie di sorta.

E poiché la F.M. ha ommesso di utilizzare l'ordinaria diligenza nell'acquisire le informazioni afferenti il coinvolgimento dell'A.R.A. nella vicenda giudiziale ed ha perseverato nelle proprie pretese, anche dopo che la convenuta in corso di causa ha illustrato la propria estraneità, il Tribunale di Messina, ritenendo altresì che la detta società abbia conseguito un danno sostanziososi nella gestione di un contenzioso giudiziale, ha accolto la domanda di condanna al risarcimento del danno di cui all'art. 96, comma 1, c.p.c. formulata dall'A.R.A.

I precedenti

Cass., sez. III, 29 aprile 2006, n. 10030; Cass., sez. III, 4 febbraio 2005, n. 2272; Cass., sez. III, 23 luglio 2003, n. 11453; Cass., sez. III, 14 ottobre 2003, n. 15321; Cass., sez. III, 27 marzo 1984, n. 2027.

La dottrina

P.G. Monateri-C. Costantini, *Trattato di diritto civile*, vol. V, Torino, 2009; G. Alpa, *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Milano, 1999; C.M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, vol. V, Milano, 1994.

RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

DANNI CAUSATI AL FONDO ALTRUI

Tribunale di Catania, 30 maggio 2012, n. 1898 - Giud. Di Pietro - X c. Gestione Governativa della Ferrovia Circumetnea e Beta

La Pubblica Amministrazione committente, quale pro-

prietaria del sottosuolo, deve essere considerata, ai sensi dell'art. 840 c.c., responsabile per i danni recati al contiguo immobile del vicino.

Il caso

Con atto di citazione ritualmente notificato, X esponeva di essere proprietario di un immobile danneggiato a seguito dei lavori di scavo nel sottosuolo eseguiti dalla società Beta e commissionati dalla Gestione Governativa della Ferrovia Circumetnea; chiedeva quindi la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni subiti.

La società Beta rimaneva contumace.

Nel costituirsi in giudizio, la Gestione eccepeva il proprio difetto di legittimazione passiva, posto che i lavori erano stati affidati alla società Beta con atto di concessione amministrativa e che pertanto solo la concessionaria poteva essere chiamata a rispondere direttamente dei danni cagionati a terzi durante l'esecuzione dei lavori.

La decisione

L'iter argomentativo della decisione prende avvio dall'esame della disposizione di cui all'art. 1655 c.c., il quale stabilisce una presunzione *juris tantum* di autonomia dell'appaltatore nei confronti del committente; tale presunzione può essere vinta dall'appaltatore che provi che il committente abbia rigidamente vincolato la sua attività. Il Tribunale esclude che nel caso di specie ricorrano elementi probatori idonei a comprovare che il committente abbia impartito direttive vincolanti che abbiano pregiudicato l'autonomia dell'appaltatore, riducendolo al rango di *nudus minister*.

Il fondamento della responsabilità del committente viene individuato nell'art. 840 c.c. che riconosce al proprietario il diritto di effettuare escavazioni ed opere nel sottosuolo, ma nel contempo impone l'obbligo di non recare danno al vicino. A ciò consegue che anche la P.A., in qualità di proprietario del suolo, può essere chiamata a rispondere dei danni cagionati a terzi laddove non adotti le opportune cautele consigliate dalla tecnica. La responsabilità del committente non è esclusa dalla circostanza che l'esecuzione dei lavori sia stata affidata in appalto alla società Beta, né dal fatto che l'appaltatore si sia obbligato a tenere indenne il committente da eventuali danni cagionati a terzi. Tale clausola può assumere rilevanza unicamente nell'ambito del rapporto contrattuale tra committente ed appaltatore, ma non può operare nei confronti dei terzi, stante la natura imperativa della norma di cui all'art. 840 c.c. A parere del giudicante, la responsabilità per i pregiudizi subiti dall'attore grava anche sull'appaltatore, la cui attività di scavo integra gli estremi della pericolosità ai sensi dell'art. 2050 c.c.

Alla luce delle suddette considerazioni il Tribunale afferma la responsabilità concorrente e solidale delle parti convenute verso l'attore, a nulla rilevando la diversità dei titoli.

I precedenti

Cass. n. 16080/2002; Cass. n. 14905/2002; Cass. n. 6473/1997; Cass. n. 5421/2000; Cass. n. 14443/2010.

La dottrina

M. De Tilla, *L'appalto privato*, Milano, 2007; M. Comporti, *Le responsabilità oggettive*, Milano, 2009; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006; M. Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2010.

Osservatorio di giustizia penale

a cura di **Carlo Piergallini**

GRATUITO PATROCINIO

DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA

Cassazione penale, sez. IV, 14 marzo 2012 (24 maggio 2012), n. 19611 - Pres. Sirena - Rel. Romis - P.M. - N.C. (1)

L'autocertificazione prodotta per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato ha valenza probatoria ed al giudice è rimesso il mero controllo circa la sussistenza delle condizioni di reddito previste dal d.P.R. n. 115/2002. Ciò nondimeno, se all'esito della verifica da parte degli organi competenti risultino false indicazioni od omissioni, è legittima la revoca del beneficio quand'anche la situazione reddituale effettiva sia inferiore ai limiti di cui all'art. 76 del d.P.R. n. 115/2002.

Il caso

N.C. veniva ammessa al gratuito patrocinio dal Tribunale di Trapani, che, in esito ai controlli effettuati dagli organi competenti, revocava il menzionato beneficio, essendo emerso che, nel corso dell'anno 2008, erano stati percepiti redditi, dall'istante, per un importo di euro 7.728,00 e, dal di lei marito, per euro 18.186,00; circostanze, queste, che certificavano il superamento dei limiti stabiliti dall'art. 76 d.P.R. n. 115/2002. Rilevato, altresì, che la N.C. aveva dichiarato di non aver percepito reddito alcuno per l'anno in esame, il Tribunale disponeva la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica, potendo ravvisarsi gli estremi di reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115/2002.

Avverso tale provvedimento propone ricorso la N.C., avanzando censure in riferimento sia al computo dei redditi del coniuge sia al contestato mendacio. Da un lato, si evidenzia, infatti, che il procedimento penale in relazione al quale era stato richiesto il beneficio *de quo* fosse proprio a carico del marito, imputato per reati di maltrattamenti e minacce ai danni della stessa, e, quindi, che, ai sensi dell'art. 76, comma 4, d.P.R. 115/2002, fossero da escludere dal conteggio i redditi di quest'ultimo. Dall'altro, si contestano le determinazioni del giudicante là dove ritengono mendace l'autocertificazione prodotta dalla N.C., la quale, pur dichiarando di non aver percepito redditi, ha circoscritto tale dichiarazione a «quel che attiene all'art. 76 d.P.R. n. 115/2002», intendendo con ciò escludere, non già la sussistenza di redditi, quanto piuttosto di somme rilevanti ai fini dell'ammissione al gratuito patrocinio.

La decisione

Va, preliminarmente, ravvisata la fondatezza del primo motivo di gravame, ove, alla stregua della disciplina di cui all'art. 76 d.P.R. n. 115/2002, si rivendica la rilevanza del solo reddito personale dell'istante, trattandosi di processo in cui gli interessi di questi sono in conflitto con quelli degli altri componenti il nucleo familiare con lui conviventi. Evidente, pertanto, l'erroneo convincimento del giudicante, che non ha ade-

guatamente considerato il sottostante contesto processuale. Da sottolineare, invece, che, per sua stessa ammissione, la ricorrente percepiva nell'anno 2008 redditi pari ad euro 7.728,00, mentre in sede di autocertificazione la stessa dichiarava di non aver percepito alcunché.

Ora, premesso che il mendacio assume rilevanza in rapporto all'ammissibilità, non già del beneficio, bensì dell'istanza, è legittima la revoca - in autotutela - da parte del Giudice, quand'anche sussistano in concreto le condizioni previste dall'art. 76 d.P.R. n. 115/2002.

Posto che la norma di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115/2002 punisce le false dichiarazioni o le omissioni nella dichiarazione sostitutiva di certificazione e contempla come fattispecie aggravata l'ipotesi dell'ammissione al gratuito patrocinio, quella di specie costituisce, sostanzialmente, la revoca di un beneficio *ab origine* inammissibile.

I precedenti

In senso conforme: Cass. pen., sez. un., 27 novembre 2008, n. 6591, in *Cass. pen.*, 2009, 2323; Cass. pen., sez. V, 24 gennaio 2008, n. 13309, *ivi*, 2009, 1627; Cass. pen., sez. V, 6 marzo 2007, n. 13828, *ivi*, 2008, 620; Cass. pen., sez. III, 20 giugno 2006, n. 28340, *ivi*, 2008, 725. In senso contrario: Cass. pen., sez. V, 19 febbraio 2008, n. 12019, in *Cass. pen.*, 2009, 2070; Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 2007, n. 15139, *ivi*, 2008, 202; Cass. pen., sez. V, 20 dicembre 2007, n. 4467, *ivi*, 2009, 1138.

La dottrina

G. Cocco, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 68 ss.; L. Dipaola, *Qualsivoglia autocertificazione "non veritiera" configura l'ipotesi di reato di cui all'art. 95 del D.P.R. n. 115 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2009, 2328 ss.; L. Dipaola, *Falsa attestazione sulle condizioni reddituali per l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato*, *ivi*, 2006, 3575 ss.

INFORTUNI SUL LAVORO

OMISSIONE DOLOSA DI CAUTELE DESTINATE
A PREVENIRE PATOLOGIE DA AMIANTO E DISASTRO
DOLOSO

Tribunale di Torino, sez. I pen., 13 febbraio 2012 (14 maggio 2012) - Pres. Casalbore - Imp.ti S. e D.C. (2)

Sebbene le ricerche e le cognizioni sulla elevatissima pericolosità dell'amianto, e segnatamente sulle caratteri-

Note:

(1) La nota alla sentenza è stata redatta dal Dott. Alessio Matarazzi.

(2) La nota alla sentenza è stata redatta dal Dott. Manuel Formica.

stiche e sull'incidenza del mesotelioma, non fossero, negli anni sessanta e nei primissimi anni settanta, assimilabili a quelle attuali, e dunque non potessero definirsi "consolidate", è comunque assodato che le conoscenze sulla pericolosità dell'amianto, non solo con riferimento al rischio di asbestosi e di tumore polmonare, ma anche relativamente al rischio di mesotelioma (pleurico e peritoneale), avevano raggiunto, già negli anni sessanta ed all'inizio degli anni settanta, i grandi gruppi industriali che dominavano il mercato mondiale dell'amianto. Costoro, anziché attivarsi per recepire le evoluzioni delle conoscenze scientifiche, adottarono immediatamente contromisure per occultarle, al fine dichiarato di sferrare una controffensiva in difesa dell'amianto, con condotta mantenuta addirittura fino al 1980, quando ormai la correlazione tra esposizione all'amianto e mesotelioma era divenuta conoscenza acquisita. Il tutto pur di proseguire l'attività imprenditoriale, facendo così emergere un dolo di elevatissima intensità (così nel caso degli imputati *sub judice*, esponenti di spicco dei gruppi stranieri che di fatto gestirono la italiana Eternit S.p.A. sino al fallimento nel 1986, condannati per disastro doloso *ex art. 434 cpv. c.p.* e per omissione dolosa di cautele antinfortunistiche *ex art. 437 cpv. c.p.*).

Il caso

L'accusa nei confronti dei due imputati - in un processo di straordinaria complessità, se non altro per la drammaticità degli eventi, il numero di parti civili costituite (inizialmente superiore a seimila unità) e la delicatezza delle tematiche trattate - è quella di non aver collocato, quali esponenti di spicco dei gruppi stranieri che di fatto hanno gestito la italiana Eternit S.p.A. (il "Gruppo Belga", dal 1952 al 1972, e poi il "Gruppo Svizzero", dal 1972 sino al fallimento nel 1986), impianti, apparecchi e segnali destinati a prevenire malattie-infortunio ed, in particolare, patologie da amianto (carcinomi polmonari, mesoteliomi pleurici e peritoneali, asbestosi o patologie da asbesto non di natura tumorale) presso gli stabilimenti produttivi di Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli (Bagnoli) e Rubiera, non avendo adottato idonei impianti di aspirazione localizzata, idonei sistemi di ventilazione nei locali, sistemi di lavorazione dell'amianto a ciclo chiuso (volti ad evitare la manipolazione manuale, lo sviluppo e la diffusione dell'amianto), idonei apparecchi personali di protezione ed organizzati sistemi di pulizia degli indumenti di lavoro all'interno di detti stabilimenti; con l'aggravante che, da tali omissioni, sono derivati molteplici casi di malattia-infortunio in danno dei lavoratori, deceduti od ammalatisi per patologie riconducibili all'esposizione all'amianto. Tali condotte, accompagnate dal dolo, rileverebbero penalmente ai sensi dell'art. 437, commi 1 e 2, c.p.

I medesimi imputati sono inoltre accusati, ai sensi dell'art. 434, commi 1 e 2, c.p., di aver commesso fatti diretti a cagionare un disastro e dai quali è derivato pericolo per la pubblica incolumità, avendo omesso di adottare misure preventive del rischio-amianto nei predetti stabilimenti ed avendo persino consentito la fornitura a privati e ad enti pubblici di materiali di amianto per la pavimentazione di strade, cortili, aie, o per la coibentazione di sottotetti di civile abitazione, determinando una esposizione incontrollata, continuativa e ad oggi perdurante, senza rendere edotti gli esposti circa la pericolosità dei predetti materiali e per giunta inducendo un'esposizione di fanciulli ed adolescenti anche durante attività ludiche; essendo mancata, altresì, l'organizzazione di un

servizio di pulizia degli indumenti di lavoro in ambito aziendale, i medesimi imputati avrebbero inoltre determinato l'esposizione ad amianto anche dei familiari conviventi e delle persone addette alla suddetta pulizia; con l'aggravante che il disastro è avvenuto, in quanto l'amianto è stato immesso in ambienti di lavoro ed in ambienti di vita su vasta scala e per più decenni, mettendo in pericolo e danneggiando la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di lavoratori e di popolazioni, causando altresì il decesso di un numero elevato di lavoratori e cittadini.

La decisione

Con ampia e dettagliata sentenza - della quale si riportano, tra virgolette, taluni passaggi motivazionali -, il Tribunale di Torino rievoca, prima di tutto, la disciplina in vigore all'epoca delle condotte in contestazione, che abbracciava ogni aspetto, anche di tipo organizzativo, relativo alla prevenzione dai rischi conseguenti al contatto con le polveri (anche) di amianto: è dunque «evidente che il datore di lavoro che operava negli anni '60/70, attesa la nota pericolosità delle polveri di amianto, non poteva ignorare quelle misure minime di cautela, quali gli aspiratori, le mascherine, la pulizia dei locali e la lavorazione ad umido, che erano state già previste e disciplinate sin dagli anni '30». Alle cautele di tipo strutturale, da adottare per quanto "tecnicamente possibile", doveva accompagnarsi la consegna ai lavoratori di dispositivi di sicurezza personale, la vigilanza sul loro corretto utilizzo, la prevenzione informativa e formativa dei dipendenti sui rischi cui erano esposti e la prevenzione c.d. secondaria, mediante attenta sorveglianza sanitaria.

Al contrario, negli stabilimenti produttivi additati in capo d'imputazione vigevano condizioni lavorative disastrose, che la sentenza approfondisce soprattutto per Casale Monferrato, ove si producevano anche tubi idraulici (con utilizzo del più pericoloso "amianto blu") e veniva adoperato, dalla seconda metà degli anni '70, un "mulino Hazemag", dedicato al "riciclaggio" degli scarti di produzione.

L'esposizione lavorativa all'amianto era elevatissima, specie nelle fasi del caricamento delle materie prime e delle lavorazioni a secco, molte delle quali eseguite a mano (basti pensare che, quando non era sfuso, l'amianto arrivava presso gli stabilimenti in sacchi, la cui apertura «avvenne a mano e con un semplice coltello per lunghi anni anche nel periodo svizzero, laddove anche la successiva installazione di tramogge in cui rovesciare i sacchi e di aspiratori presso dette tramogge non si palesò risolutiva della problematica»).

Lo sviluppo di polveri, inoltre, era massivo in tutte le fasi inerenti alla gestione degli scarti secchi, dalla pre-frantumazione (svolta «a cielo aperto da parte di una ruspa che operava 24 ore al giorno»), al trasporto (che, almeno con riguardo allo stabilimento di Casale Monferrato, attraversava il centro cittadino, «a bordo di una "camionetta" che viaggiava scoperta con le conseguenze facilmente immaginabili») ed al trattamento in discarica (il materiale veniva semplicemente «spianato» con una pala, operazione effettuata «senza bagnare il materiale» e dopo che esso aveva stazionato per giorni in una discarica sostanzialmente accessibile a tutti).

Le mascherine fornite ai lavoratori erano manifestamente inadeguate alla loro protezione, tanto che v'era chi «si procurò privatamente una mascherina per poter affrontare i lavori maggiormente polverosi».

Le problematiche relative alla gestione degli scarti di produzione non cessarono neppure con l'installazione - dettata, invero, da preminenti esigenze produttive - del "mulino Hazemag", giacché si presentarono come «fasi particolarmente

“polverose”» proprio quelle «dello stoccaggio del materiale e dell'insaccaggio della polvere prodotta dal mulino». Altrettanto massiccia, al di fuori del ciclo di produzione in senso stretto, era l'esposizione all'amianto che i lavoratori subivano durante le operazioni di pulizia dello stabilimento, di manutenzione dei filtri e di pulizia degli indumenti di lavoro. Quanto alla prevenzione informativa-formativa dei lavoratori, l'unica iniziativa in tal senso si concretizzò, nel 1977, con l'inserimento in busta paga di un bollettino, che però tendeva palesemente a sminuire il rischio-amianto, senza far menzione alcuna delle patologie tumorali amianto-correlate. Per quanto i vertici aziendali fossero ben consapevoli delle patologie che affliggevano i dipendenti, non venne mai seriamente attivata la sorveglianza sanitaria: in tal modo «si aggirava il problema di doverli poi adibire ad altre mansioni». Il Tribunale torinese riepiloga, inoltre, come detti stabilimenti divennero fonte di inquinamento esterno, evidenziando le sciagurate modalità di trasporto dell'asbesto, l'abitudine ad affidare il rammendo dei sacchi di amianto rotti ai familiari dei lavoratori, gli enormi quantitativi di polvere riversatisi sui residenti in prossimità degli stabilimenti, la mancata istituzione di un servizio aziendale di lavanderia (gli operai, in realtà, «pulivano le tute da lavoro a casa con conseguente esposizione alle polveri di amianto anche delle mogli per lo più addette a tale incombenza»), gli scarichi dei reflui liquidi di lavorazione degli stabilimenti di Casale e Cavagnolo in canali confluenti nel fiume Po (che determinarono «sia l'inquinamento del fiume, sia la creazione di una vera e propria “spiaggetta”, sulla sponda destra del fiume nei pressi dello stabilimento, in cui gli abitanti di Casale andavano a passare il tempo ignari della grave pericolosità correlata alla composizione di quel sito») nonché le scriteriate modalità di abbandono degli stabilimenti dopo il fallimento di Eternit S.p.A. Perdurante sorgente di inquinamento è ancora oggi il c.d. “polverino”, ossia il materiale di risulta della tornitura, che nello stabilimento di Casale Monferrato «veniva ceduto sia ai dipendenti Eternit che alla cittadinanza, gratuitamente o versando una modesta offerta in denaro, e venne utilizzato in Casale e nei Comuni vicini, almeno sino alla fine degli anni settanta, in modo diffuso ed incontrollato per gli usi più svariati, ma soprattutto per coibentare i sottotetti e per sedimentare cortili, aiuole, piazze e strade». Ed altra perdurante fonte di inquinamento ambientale affligge Cavagnolo, «poiché in detto Comune fu invalsa la pratica da parte della popolazione di riutilizzare i materiali di scarto, previa loro frantumazione, per sedimentare e rendere più agibili strade, aie e cortili». Il dolo degli imputati viene rimarcato in molteplici passaggi della sentenza. Il Tribunale conviene «sul fatto che le ricerche e le conoscenze sulla elevatissima pericolosità dell'amianto, e segnatamente sulle caratteristiche e sull'incidenza del mesotelioma, non fossero, negli anni sessanta e nei primissimi anni settanta, assimilabili a quelle attuali, e non potessero definirsi “consolidate”», ma va comunque ritenuto accertato «che le conoscenze sulla pericolosità dell'amianto, non solo con riferimento al rischio di asbestosi e di tumore polmonare, ma anche relativamente al rischio di mesotelioma (pleurico e peritoneale), avevano raggiunto, già negli anni sessanta e all'inizio degli anni settanta, i grandi gruppi industriali, ed in particolare il “gruppo belga”, come confermato dalla presenza del capo medico L. nelle menzionate riunioni in cui tali rischi sono stati, con grande chiarezza, enunciati. E può dirsi parimenti acclarato che le scoperte di Selikoff e di Wagner della metà degli anni sessanta sul mesotelioma non erano rimaste

circoscritte nell'ambito della comunità scientifica, ma - al contrario - si erano rapidamente diffuse, anche grazie all'attività di sensibilizzazione portata avanti da Selikoff, tra gli industriali dell'amianto: i quali, oltre a minacciare - neppure troppo velatamente - lo stesso Selikoff nel caso non avesse desistito dal pubblicizzare gli esiti delle sue indagini sulla dannosità della sostanza, avevano immediatamente adottato contromisure per occultare tali precise emergenze scientifiche, al fine dichiarato di sferrare una controffensiva in difesa dell'amianto». Condotta mantenuta «addirittura fino al 1980, quando ormai la correlazione tra esposizione all'amianto e mesotelioma era divenuta conoscenza acquisita».

Dagli atti del convegno di Neuss del giugno 1976 - che vide protagonista uno dei due imputati - si evince senza equivoci «la piena consapevolezza dell'industria dell'amianto cemento circa la pericolosità dell'amianto, possibile portatore di malattie anche letali, quali il cancro ai polmoni ed il mesotelioma pleurico e peritoneale» nonché la «sentita esigenza del “Gruppo dell'amianto-cemento” di organizzare “una reazione difensiva”, possibile solo se svolta “ad un determinato livello ed organizzata collettivamente”, contro i “notevoli messi messi in moto contro l'amianto”, attacchi di cui la concorrenza approfittava “per disturbare notevolmente l'industria amianto cemento”».

Blanda ed inadeguata, per precisa scelta “strategica”, è stata la politica degli investimenti in materia di sicurezza, anche nel periodo di “gestione svizzera” della Eternit italiana, durante il quale l'esposizione dei lavoratori alle fibre di amianto rimase comunque critica.

Certamente nota, inoltre, era l'elevata pericolosità del c.d. amianto blu (crocidolite), che indusse ad escluderne l'utilizzo per la produzione delle lastre. Utilizzo che proseguì, invece, con riguardo alla realizzazione dei tubi, data la difficile sostituibilità con altro materiale dotato delle medesime proprietà meccaniche: pare quindi «evidente come il mantenimento dell'uso della crocidolite per la produzione dei tubi fu scelta dettata esclusivamente da ragioni tecnico-produttive ritenute prioritarie rispetto a quelle di tutela della salute dei lavoratori».

Il Tribunale, ancora, rimarca come «la problematica dell'utilizzo di nuove tecnologie e della sostituzione dell'amianto con “fibre alternative” non nocive si rappresentò ai vertici Eternit, e segnatamente a chi presenziava alle periodiche riunioni di lavoro cui partecipavano “tutti gli amministratori delegati di tutte le società che appartenevano al Gruppo”». Il progetto, tuttavia, non decollò «soprattutto perché, per restare competitivi sul mercato, occorreva convincere anche gli altri maggiori produttori di Eternit in Italia», che invece si opposero. Anche in questo caso, pertanto, si svelano «precise scelte strategiche di politica-aziendale indifferenti rispetto al prioritario tema della tutela della salute dei dipendenti di Eternit Italia».

Per quanto la difesa degli imputati abbia sostenuto con forza che le malattie professionali non sono ricomprese nella disposizione dell'art. 437 c.p., che testualmente richiama solo gli infortuni, il Tribunale si allinea all'orientamento di Cassazione secondo cui «ai fini della configurabilità del delitto, tra gli infortuni rientrano le “malattie-infortunio”, intendendosi per tali la sindrome morbosa imputabile all'azione lesiva di agenti diversi da quelli meccanico-fisici, purché insorte in esecuzione di lavoro» e «prodotte da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica, ecc.)», come nel caso, appunto, delle patologie da amianto.

A dispetto dell'indirizzo prevalente, invece, il Tribunale torinese individua nel secondo comma dell'art. 437 c.p. non una

circostanza aggravante, ma un'autonoma figura di reato, con dolo che deve ricomprendere anche l'evento. Il tempo necessario per la prescrizione dei singoli reati, considerati autonomamente in relazione alle singole persone offese, va dunque calcolato a partire dalla verifica di ciascun evento, nel caso di specie costituito, per ogni reato, dalla data in cui è stata diagnosticata per la prima volta l'insorgenza della malattia.

Giacché il Tribunale ritiene che tutte le patologie individuabili nei lavoratori come malattia-infortunio sono da considerare dose-dipendenti - sarebbe infatti netta la «prevalenza, nella comunità scientifica, della tesi secondo la quale anche il mesotelioma, come il tumore polmonare e l'asbestosi, può definirsi patologia dose-correlata» -, dal punto di vista causale risulta «impossibile distinguere le responsabilità degli imputati in relazione a malattie infortunio che riguardino coloro che hanno prestato attività lavorativa presso gli stabilimenti Eternit in periodi di tempo coincidenti con la gestione di entrambi gli imputati».

Pure l'ipotesi di disastro doloso di cui al secondo comma dell'art. 434 c.p. - contestata perché il "disastro esterno" agli stabilimenti industriali è stato realizzato (anche) «con una condotta autonoma e diversa da quella descritta nell'art. 437 c.p.» - va considerata, a detta del Tribunale, ipotesi autonoma di reato e non mera circostanza aggravante, con evento addebitabile anche a titolo di dolo eventuale. Già l'ipotesi di cui al primo comma, del resto, si ritiene realizzabile con dolo generico, dato che all'espressione "fatto diretto a ..." va assegnata «una valenza solo oggettiva e non soggettiva, ritenendola cioè riferita ad un'attitudine della condotta, rispetto alla quale nel soggetto agente è sufficiente che vi sia, dal punto di vista soggettivo, la sola piena consapevolezza».

Quanto alla prescrizione del delitto ex art. 434 cpv., il Tribunale reputa che «la condotta non è l'unico elemento sul quale si possa parametrare la consumazione del reato e, conseguentemente, l'inizio del decorso del termine di prescrizione»: nel caso di specie, infatti, «è importante chiedersi se - una volta cessata la condotta degli imputati e, dunque, una volta che il reato abbia perduto il suo carattere permanente - si possa ragionevolmente affermare che il reato stesso non possa, per ciò solo, ritenersi consumato, perché l'evento-disastro (...) ha continuato e continua a perdurare, producendo il forte pericolo per la pubblica incolumità e, cioè, ininterrottamente prosegue ad offendere il bene giuridico tutelato dalla norma in parola». Un evento-disastro di tal fatta è riscontrabile, secondo il Tribunale, «almeno per quanto riguarda i siti di Cavagnolo e di Casale Monferrato», ove sono state poste in essere «per decenni scellerate attività, quali quella di disinvoltato abbandono di materiali di scarto in discariche di fortuna a cielo aperto, quella di scarico di reflui liquidi contenenti amianto nel fiume Po e quella di cessione di feltri (come si è visto, comune pure a Napoli-Bagnoli, anche se in misura ridotta) e, soprattutto, del polverino, ricordando, a tal proposito, che in Casale Monferrato e zone limitrofe si trattava di vero polverino e, cioè, del materiale di risulta della tornitura dei tubi, mentre in Cavagnolo il c.d. polverino era costituito da materiale frantumato proveniente da scarti di lavorazione e, in particolare, da lastre e canne rotte». In tali siti, insiste il Tribunale, «non vi è solo il forte pericolo di scoprirsi affetti da gravi patologie tumorali in conseguenza di passate esposizioni all'amianto, ma (...) vi è l'attuale ed elevato pericolo di rimanere esposti alle fibre di amianto tutt'oggi indiscriminatamente presenti in molte zone senza che se ne sia stata ancora scoperta la presenza». Non è dubitabile, pertanto, che in Casale Monferrato ed in Cavagnolo «il disastro sia

tuttora perdurante e sia ancor oggi perfettamente in essere, mantenendo attive le specifiche caratteristiche che lo contraddistinguono, consistenti nella "potenza espansiva del nocimento" e nell'"attitudine a mettere in pericolo la pubblica incolumità"»: il decorso della prescrizione estintiva del reato, pertanto, per questi siti non è ancora iniziato.

Sempre con riguardo all'art. 434 cpv., il Tribunale reputa evidente che «gli odierni imputati non sono gli esecutori materiali della condotta, non avendo personalmente provveduto al trasporto di materiali di amianto senza la protezione e senza copertura o ad affidare a privati cittadini i sacchi rotti perché li rammendassero o, ancora, all'abbandono di materiali di scarto in discariche di fortuna a cielo aperto così come non hanno provveduto personalmente alla cessione a privati di feltri e polverino». Ma è comunque assodato che «i vertici della società, non solo fossero a conoscenza di quanto avveniva, ma ne autorizzavano e ne regolamentavano l'effettuazione», e ciò «non può non aver contribuito a rafforzare negli esecutori materiali della condotta del reato di cui si tratta il proposito di continuare in tale attività criminosa»: si ravvisa, pertanto, il concorso morale degli imputati.

Nel decidere sulla complessiva entità della pena, infine, il Tribunale torna ad argomentare sulla intensità del dolo, dopo aver fatto ancora presente che gli imputati «si sono direttamente occupati degli stabilimenti italiani» e «sono risultati perfettamente a conoscenza delle condizioni in cui tali stabilimenti si trovavano, della pessima qualità dei relativi ambienti di lavoro, della pericolosità delle specifiche lavorazioni, della elevata mortalità degli operai e dei cittadini che ne derivava, delle richieste - sempre più pressanti - che le organizzazioni sindacali avanzavano». Ciononostante, detti imputati «hanno continuato e non si sono fermati, né hanno ritenuto di dover modificare radicalmente e strutturalmente la situazione, al fine di migliorare l'ambiente di lavoro e di limitare per quanto possibile l'inquinamento ambientale».

Neppure con riguardo a chi di fatto gestì la Eternit nei primi anni '70 «può essere ipotizzato un dolo di minore intensità, magari con riferimento alle meno approfondite conoscenze di cui avrebbe potuto disporre circa la pericolosità dell'amianto, perché è utile ricordare, a tal riguardo, che (...) fin dal 1968, sulla base degli studi presentati da Selikoff, presso la Saiac [società di coordinamento del "cartello europeo" dell'amianto, dominata dal gruppo belga e svizzero] si discuteva dei pericoli per la salute derivanti dalle polveri di amianto».

Ed, anzi, «l'elemento soggettivo appare ancora di maggiore pericolosità, perché gli imputati hanno pure cercato di nascondere e minimizzare gli effetti nocivi per l'ambiente e per le persone derivanti dalla lavorazione dell'amianto, pur di proseguire nella condotta criminosa intrapresa, facendo così sparire un dolo di elevatissima intensità».

Si giustifica, in tal modo, la condanna degli imputati ad anni 16 di reclusione per i disastri dolosi commessi in Casale Monferrato e Cavagnolo e per le omissioni dolose di cautele antifortunistiche che hanno determinato malattie-infortunio manifestatesi dopo il 13 agosto 1999, con il riconoscimento della continuazione.

I precedenti

Come già avvenuto per il caso ThyssennKrupp (Corte di Assise di Torino, 15 aprile 2011, anche in questa *Rivista*, 2012, 104), la sentenza riconosce la responsabilità dolosa in un contesto sanzionatorio tradizionalmente dominato dall'imputazione per colpa. Sul distinguo tra dolo eventuale e colpa cosciente, *ex pluribus*, v. Cass., sez. I, 1° febbraio 2011, n.

10411, in questa *Rivista*, 2011, 545; Cass., sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 1367, in *C.e.d. Cass.*, rv. 235789; Cass., sez. I, 29 gennaio 2008, n. 12954, in *C.e.d. Cass.*, rv. 240275; Cass., sez. V, 17 settembre 2008, n. 44712, in *C.e.d. Cass.*, rv. 242610; Cass., sez. IV, 24 giugno 2009, n. 28231, in *C.e.d. Cass.*, rv. 244693.

La dottrina

S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra*

dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose, Milano, 1999; G.A. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 113 ss.; P. Veneziani, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium Juris*, 2001, 70 ss. Sulla struttura e sugli elementi costitutivi dei reati ex artt. 434 e 437 c.p., cfr. S. Corbetta, *sub art. 434 e sub art. 437*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, 4459 ss. e 4479 ss., ed *ivi* per ulteriori richiami.

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>**



Danno psichico da mobbing

Il danno biologico da mobbing

di **Elisabetta Ceppi Ratti** e **Francesco De Ambrogi** (*)

Gli autori con il presente contributo vorrebbero portare all'attenzione degli operatori del diritto considerazioni tecniche, in buona sostanza empiriche, utili al contenimento di inadeguate valutazioni del danno non patrimoniale in casi di mobbing *et similia*, sollecitando al contempo una maggior presa di posizione della scienza in merito.

«L'esigenza di accertare se in concreto il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera di legge. È questo il caso del rapporto di lavoro» (1).

Introduzione

Confrontando le decisioni dei giudici del lavoro «costretti a cimentarsi, dopo la pubblicazione della sentenza dell'11 novembre 2008, sul tema del risarcimento del danno non patrimoniale, si può notare nelle soluzioni raggiunte una non trascurabile difformità, indice di una notevole difficoltà d'interpretazione dei principi dettati dalle Sezioni Unite. In alcuni casi i giudici del lavoro sono giunti a riconoscere, ancora come voce a sé stante, il risarcimento del danno esistenziale, liquidandolo secondo equità. In altre decisioni è stato rigidamente escluso il risarcimento del danno esistenziale e morale in assenza di danno biologico. In altre decisioni ancora, la lesione della sfera areddituale ha influito sulla quantificazione del biologico» (2).

Il presente contributo vorrebbe, quindi, senza entrare nel dibattito dottrinale inerente la regola risarcitoria susseguente le Sentenze di San Martino, analizzare la complessità strutturale del danno non patrimoniale da mobbing o situazioni consimili (3) da un punto di vista squisitamente tecnico.

Nello specifico, nel dettagliare i contenuti propri del danno biologico di natura psichica risarcibile si cercherà di metterne in luce gli elementi differenziali rispetto agli altri profili nominalistico descrittivi del danno non patrimoniale utilizzando, come bibliografia primaria, il vissuto dei soggetti lesi, così come raccolto dagli autori nel corso dell'ultimo decennio di attività professionale.

Nello specifico (tra le tutele risarcitorie del contratto di lavoro, all'interno dell'unitaria categoria di danno non patrimoniale, dove oltre alla formula descrittiva del danno c.d. biologico paiono risarcibili profili altri (4)) ci si soffermerà su due principali aree tematiche, considerate da chi scrive, fortemente critiche:

a) il rischio di duplicazione risarcitoria nella personalizzazione del danno biologico di natura psichica, susseguente la scelta novembrina delle Sezioni Unite di suggerire l'utilizzo della componente morale per meglio contestualizzarne l'intensità (da cui la rivisitazione di varie tabelle forensi);

Note:

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

(1) Cass. civ., sez. un., n. 26972/2008.

(2) Cfr. F. Fontana, *Risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente a inadempimento contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 636.

(3) Per un approfondimento delle relazioni intercorrenti tra mobbing e stress lavoro correlato vuoi sotto un profilo normativo, vuoi in un'ottica tecnica si rimanda a: G. Corsalini, *La responsabilità del datore di lavoro per infortunio conseguente a stress*, in questa *Rivista*, 2008, 1061; G.E. Polizzi, *Il Danno da stress lavoro correlato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1964; E. Ceppi Ratti-F. De Ambrogi, *Un contributo tecnico per la stima del danno non patrimoniale da mobbing ai sensi della pronuncia delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1432; G. Frigeri-A. Guardavilla, *Le indicazioni della Commissione Consultiva sulla valutazione del rischio stress lavoro correlato. Considerazioni metodologiche e giurisprudenza della Cassazione in materia*, <http://www.amblav.it>; R. Guariniello, *Rischi psicosociali e stress lavoro correlato*, in *Dir. e prat. del lav.*, 2011, 81 ss.; P. Caiozzo - M.G. Cassito-E. Ceppi Ratti-G. Costa-R. Vaccani, *Implicazioni e suggerimenti per la prevenzione*, in P. Caiozzo-R. Vaccani (a cura di), *Le cause organizzative del Mobbing*, Milano, 2010, 98 ss.

(4) V. par. 4.5, sez. un. civ., sentenza n. 26972/2008; v. Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2352 e il commento di N. Calcagno, in questa *Rivista*, 2010, 1137. V.V. Ceccarelli-I. Sardella, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in questa *Rivista - Speciale*, 2011, 33 ss. V. D. Amram et coll., *Focus sulla giurisprudenza pisana*, in questa *Rivista - Speciale*, 2011, 67.

b) il pericolo di sottostimare le componenti extra-biologiche del danno non patrimoniale, conseguente un misconoscimento delle relazioni empiriche tra danno biologico di natura psichica e le altre componenti descrittive del danno non patrimoniale. Si pensa infatti, per dirla con Hazan, che solo studiando e definendo i rapporti di reciproca interferenza delle varie poste di danno si potrà comprendere in che termini il danno biologico, il danno morale ed il danno esistenziale, possano affiancarsi, coesistere o sovrapporsi se del caso elidendosi (5).

Il fine che si vorrebbe raggiungere consta, dunque, nel mettere al servizio del diritto osservazioni tecniche che se non ponderate potrebbero portare a conseguenze imprevedute in punto di *quantum* e quindi, secondariamente, in sede di c.d. monetizzazione.

La *ratio* che sottende lo scritto è il ritenere che le varie voci descrittive del danno non patrimoniale rispecchino fenomeni ben precisi, i quali si manifestano su di un piano naturalistico (6), la cui sottovalutazione porta seco il pericolo di cadere nel Caos dal quale, parafrasando Marigliano (7), non sorgerà il Cosmo ma solo un'insalata russa mal riuscita e non recuperabile. Si conviene, infatti, con lo stesso autore su come «nessun ordine pre-costruito o potere dello Stato può proporre alcunché che contrasti, modifichi o interferisca con la metodologia di qualunque tipo di accertamento clinico-tecnico messo in essere in capo ad un persona» (8).

Tra moralità ed esistenza: danno biologico di natura psichica - risarcibile da mobbing et similia - sotto il profilo tecnico. Quale spazio alla personalizzazione?

Il danno biologico di natura psichica sarà, dunque, sviscerato nelle sue componenti "strutturali", seguendo un *modus operandi* che nella sua freddezza, ma voluta analiticità potrà apparire riduttivo ai tecnici che ben conoscono l'olismo *mente e soma*. Tuttavia, tale modalità espositiva è stata intenzionalmente scelta poiché, come accennato nell'introduzione, il fine del presente contributo è il tentare una mediazione tra scienza e norma in tema di danno non patrimoniale da mobbing et similia in punto di *quantum*. Mai come oggi, infatti, posto il caldo dibattito dottrinale in tema di danno patrimoniale, chi è chiamato ad accertare un danno biologico «deve farsi capire, [...] rappresentando dettagliatamente e compiutamente il viraggio subito dalla persona a motivo del fatto ingiusto. E soprattutto deve chiara-

mente dire quanto di quel viraggio lui ha già stimato e quanto ora lui rimette all'apprezzamento del magistrato, perché non di sua competenza o perché rilevabile da chiunque e quindi non necessitante della mediazione dell'esperto» (9).

La "moralità" del danno biologico di natura psichica

Sul ruolo che la medicina legale può svolgere in merito alla quantificazione della sofferenza c.d. morale, Buzzi ben sostiene come «nonostante [...] si sia equivocamente affermato che il medico legale potrebbe procedere/cooperare alla quantificazione del danno morale è del tutto chiaro, in seno alla medicina legale stessa, come il consulente possa sì contribuire alla descrizione ed alla valutazione delle sofferenze cliniche e psichiche patite dal soggetto leso (ossia i dolori del corpo e i dolori della mente), ma non delle sofferenze morali che evidentemente si collocano fuori dal danno biologico. [...] Il ruolo dell'operatore deve essere essenzialmente di tipo descrittivo ed esplicativo e il correlato apprezzamento ha quindi significato meramente supplementare. Spetterà poi all'operatore di formazione giuridica utilizzare a sua volta le componenti dolorose riscontrate nell'area del danno biologico per trarne le opportune ispirazioni ai fini della personalizzazione del risarcimento» (10).

Dello stesso parere è anche Domenici il quale afferma come il contributo del medico legale dovrebbe essere «un'accurata descrizione delle varie componenti del danno biologico, la quale serva anche ad evidenziare quegli elementi che, secondo

Note:

(5) Cfr. M. Hazan, *Danno morale e danno biologico: regole di convivenza e RC auto*, in questa Rivista, 2011, 149.

(6) Cfr. P. Ziviz, *Inception (ovvero gli effetti secondari delle Sezioni Unite)*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2253.

(7) Cfr. A. Marigliano, *Il danno psichico e il danno morale: la sofferenza non transeunte cagionata dal reato. Considerazioni di uno psichiatra forense*, in G. Toscano (a cura di), *Il punto di approdo del danno non patrimoniale*, Milano, 2009, 63.

(8) Cfr. A. Marigliano, *Il danno psichico e il danno morale: la sofferenza non transeunte cagionata dal reato. Considerazioni di uno psichiatra forense*, cit., 57.

(9) Cfr. M. Valdini, *La semeiologia*, in F. Buzzi-M. Valdini (a cura di), *Medicina legale e sofferenza fisica e morale*, cit., 182. V. L. Papi-R. Domenici, *Il danno biologico nella giurisprudenza dopo le sentenze delle SS.UU.: il punto di vista medico legale*, in questa Rivista - Speciale, 2011, 13 ss.

(10) Cfr. F. Buzzi, *Compete al medico legale contribuire all'apprezzamento e alla quantificazione della sofferenza morale?*, in F. Buzzi-M. Valdini (a cura di), *Medicina legale e sofferenza fisica e morale*, Milano, 2010, 162 ss.

la comune esperienza, si associano a sofferenza intima» (11).

In merito, vi è il dubbio invero che quanto espresso possa essere considerato poco applicabile nella valutazione di un danno biologico di natura psichica poiché, in tal caso, la “descrizione” della sofferenza psichica e il correlabile apprezzamento non può per “funzione” giocare un ruolo meramente “supplementare” ad uso e consumo degli operatori del diritto. La succitata descrizione è, infatti, indice su cui si basa la motivazione della stessa percentualizzazione del pregiudizio. Per esemplificare, se un soggetto, in reazione ad un’azione lesiva ascrivibile ad un illecito, sviluppa un disturbo di panico con agorafobia, la tipica persistente preoccupazione di avere altri attacchi (come tale parte integrante della sofferenza che il disturbo in questione evoca nel soggetto) non può essere considerata componente estranea alla quantificazione in percentuale del danno biologico di natura psichica, ma diversamente elemento sofferenziale sulla cui “descrizione” poggia la stessa percentualizzazione del pregiudizio (12).

Per altro, lo stesso Buzzi, in altro scritto, evidenzia come «il principale dei problemi che rendono particolarmente difficile la percentualizzazione del danno biologico di natura eminentemente soggettiva è rappresentato dalle variegatissime modalità espressive delle alterazioni delle cenesesi individuale, [...] difficoltà che per il danno biologico di natura psichica è in parte superabile con i metodi di puntualizzazione semeiologica e di classificazione nosografica elaborati dalla moderna psichiatria ad impronta descrittiva idiografica e aneziologica» (13).

Detto in altre parole, «tranne alcuni casi di gravi sindromi psicopatologiche dissociative. [...] Il dolore psichico di per sé indica uno stato di sofferenza che per sua stessa natura riguarda e pertiene la persona che lo prova nella sua interezza psicosomatica e negli elementi sociali, culturali ed antropologici che la costituiscono. Il dolore psichico (riguardante sia la percezione di quello fisico, sia un patire specificatamente di natura psichica) peraltro diventa di interesse psichiatrico nel momento in cui il soggetto che lo esperisce diviene incapace di tollerarlo. Allora la sua valutazione non può che rientrare in quella dei disturbi mentali riscontrati in capo a colui che lo denuncia e lo descrive non come sintomo segno in sé, ma come il suo modo di percepirsi [...]. Ecco perché lo psichiatra, nell’accertare l’esistenza di uno stato di menomazione psichica causata da fatto illecito altrui, si trova gioco forza ad operare con un approccio antropologico, valutandone l’en-

tità che comunque e sempre, proprio per la natura della materia psichica, si riferisce anche alle componenti dinamico relazionali del danno biologico ed a tutte le manifestazioni che si esplicitano nel modo di essere ed esistere della persona» (14), tra cui ovviamente il dolore psichico mediato dal disturbo in essere, altrimenti detto sofferenza clinicamente significativa.

L’“esistenzialità” del danno biologico di natura psichica

Considerando i pregiudizi al *facere* conseguenti una malattia psichiatrica, leggibile come danno biologico di natura psichica risarcibile, pare possibile avanzare considerazioni analoghe a quelle svolte in tema

Note:

(11) Cfr. R. Domenici, *La quantificazione del dolore*, in F. Buzzi-M. Valdinì (a cura di), *Medicina legale e sofferenza fisica e morale*, cit., 213.

(12) C’è chi, come Vender, sostiene che in presenza di un disturbo psichiatrico la concreta espressione dell’intensità/gravità del dolore del soggetto sia riscontrabile nei cambiamenti che, per mediazione dell’influsso della malattia mentale, modificano la vita della persona, che non è più in grado di svolgere quanto prima faceva. Secondo l’autore, dunque, il problema della quantificazione del danno morale clinico in caso di danno biologico di natura psichica trova la sua più agevole soluzione nel constatare che allorché il dolore psichico, portando ad un pregiudizio al *facere*, da sintomo (manifestazione avvertita soggettivamente dal lesò) diviene segno (manifestazione osservabile da un soggetto esterno), come tale potrà allora essere ben accertato e descritto dal tecnico. In altri termini, il dolore psichico deve, secondo l’autore, essere valutato sulla base dei comportamenti e delle capacità operative presenti nella vita quotidiana, che sono segni del sintomo dolore psichico. Cfr. S. Vender, *Obiettività del dolore psichico*, in F. Buzzi-M. Valdinì (a cura di), *Medicina legale e sofferenza fisica e morale*, Milano, 2010, 153, 154.

Invero, si è ovviamente in accordo sul fatto che il fare *in peius* susseguente la comparsa di un disturbo mentale debba considerarsi parte sostanziale sia della diagnosi psichiatrica, sia della conseguente fase di percentualizzazione del danno, tuttavia esso è solo una parte del dolore intrinseco al danno biologico di natura psichica; peraltro, questo fare *in peius* è meglio circoscrivibile nell’area del danno biologico esistenziale e non nel danno biologico morale, i quali non è detto siano tra loro in un rapporto di proporzionalità diretta. Facciamo per esempio il caso di un soggetto che per effetto di un pesante mobbing abbia sviluppato un Disturbo Depressivo Maggiore. Un conto è la sofferenza del soggetto rispetto al non più fare certe cose, sofferenza per vero spesso assente nella depressione maggiore nella quale è diversamente tipico un riferito disinteresse rispetto ad attività nel pregresso considerate piacevoli, un conto è la sofferenza derivante dal percepire di non riuscire più a fare che nella depressione maggiore può assumere carattere delirante, un conto è l’entità dell’alterazione del funzionamento socio lavorativo in quanto tale, ossia indipendentemente dal vissuto del soggetto, conseguente alla malattia.

(13) Cfr. F. Buzzi, *Critica pragmatica agli intenti di quantificare il danno da dolore*, in M. Valdinì (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano, 2009, 109.

(14) Cfr. A. Marigliano, *Gli aspetti psichiatrici e psichiatrico forensi*, in M. Valdinì (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, cit., 60, 65, 91-92.

di "moralità" del danno biologico di natura psichica. Sul punto la Società Italiana di Medicina Legale, nel suo noto decalogo di Ferrara 2001, ha stabilito che «nel caso in cui la menomazione incida in maniera apprezzabile su particolari aspetti dinamico relazionali personali, la valutazione medico legale deve essere completata da indicazioni aggiuntive, da esprimersi in forma esclusivamente descrittiva» (15), impostazione, quest'ultima, ripresa dallo stesso legislatore negli artt. 138 e 139 del d.l. n. 209/2005. In altri termini, la medicina legale pur riconoscendo che il danno biologico nella sua componente percentualizzabile sia contrassegnato da una variabilità misurata sulle caratteristiche individuali della persona lesa quali, ad esempio, lo stato anteriore e l'eventuale incidenza biologica dell'età e/o della differenza di sesso sulla tipologia della menomazioni da valutare, postula, sempre nel noto decalogo ferrarese, che la valutazione in termini percentuali debba essere considerata meramente comprensiva dell'incidenza sulle attività quotidiane comuni a tutti (c.d. aspetto dinamico relazionale del danno biologico).

Ciò detto, pare importante rilevare come, in fase di accertamento del danno biologico di natura psichica risarcibile, nella percentualizzazione dello stesso non sono invero considerati gli aspetti dinamico relazionali comuni a tutti, ma quelli specifici del caso in esame. Invero, gli stessi se da un lato rendono possibile l'inquadramento nosografico, dall'altro sono pur indici su cui poggia la motivazione della percentualizzazione. Per esemplificare, se un soggetto a seguito di un evento traumatico perde l'uso di singole dita della mano, nella percentualizzazione del danno, si terrà conto della menomazione sulle attività quotidiane comuni a tutti (es. mangiare, lavarsi, etc.) attraverso uno specifico rimando alle diverse funzioni della mano (es. esplorazione, presa e manipolazioni, pinza, etc.). Per contro, nella c.d. parte descrittiva potrà trovare spazio, ad esempio, l'evidenza di come, essendo il soggetto lesa un amante del pianoforte la lesione avrà evidentemente influssi "dinamico relazionali" specifici il cui apprezzamento esula dalle competenze tecniche peritali propriamente dette e come tale, se allegato e provato in senso stretto, potrà essere ben utilizzato dall'interprete in fase di personalizzazione. E sul punto *nulla quaestio* in quanto è ovvio come, accertata l'incompatibilità della menomazione con la prosecuzione dell'attività amatoriale, sarebbe davvero eccedente chiedere al tecnico la quantificazione di tale pregiudizio. Tuttavia, utilizzando ancora l'esempio succitato, se un sog-

getto in reazione ad un evento stressogeno slatentizza un disturbo di panico con agorafobia, le eventuali alterazioni del comportamento correlate agli attacchi (es. evitamento di situazioni da parte dell'individuo pregiudicante la capacità di recarsi al lavoro o di portare avanti le incombenze domestiche come fare la spesa, prendersi cura della prole, come anche l'eventuale *vulnus* di attività amatoriali quali il suonare il pianoforte in pubblico, ecc. che, comunque, devono essere sempre opportunamente oggettivati da elementi di prova adeguati) non possono essere considerate componenti altre rispetto alla quantificazione in percentuale del danno biologico di natura psichica (magari facenti parte di un disgiunto danno c.d. esistenziale), ma diversamente elementi sulla cui descrizione poggia la stessa percentualizzazione del danno biologico di natura psichica risarcibile (16).

In sintesi, nel decidere la percentuale di danno biologico di natura psichica risarcibile, il tecnico ben considera sia le ricadute esistenziali mediate dalla patologia psichiatrica, sia la sofferenza clinicamente significativa.

Nel pregiudizio biologico di natura psichica tali pro-

Note:

(15) Sul punto si v. F. Buzzi, *Ovvero in tema di ricercate incomprensioni tra neuropsicologia e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 945 ss.; F. Buzzi, *Siamo ancora convinti di doverci occupare di "pregiudizi di dubbia serietà" e "a volte risibili"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 201 ss.

(16) Volendo schematizzare il processo di valutazione sul quale poggia per consolidata prassi la percentualizzazione di un danno biologico di natura psichica risarcibile, in esso è possibile enucleare due distinte fasi: la prima finalizzata ad accertare il nesso di causa; la seconda a percentualizzare il possibile pregiudizio motivandone la natura temporanea e/o permanente. Nello specifico, in quella che si è definita la seconda fase, il percorso logico fondante il giudizio si basa sui seguenti indici (cfr. F. Buzzi, M. Vanini, *Guida alla valutazione psichiatrica e medico legale del danno biologico di natura psichica*, Milano, 2006, 106-107): 1) entità della sintomatologia; 2) livello di sofferenza cosciente che i disturbi evocano nel suo intimo; 3) alterazioni del funzionamento psichico nella sfera personale e in quella delle relazioni interpersonali; 4) alterazioni dell'adattamento alle situazioni socio-lavorative; 5) prospettive catamnestiche generali (es. trattasi di patologia per sua natura tendenzialmente cronica) che, pur nella loro inevitabile natura statistico probabilistica, rientrano a pieno titolo nel metodo scientifico in quanto basate su conoscenze statistiche epidemiologiche e sull'esperienza clinica; 6) indicatori di prognosi particolari i quali, a differenza delle prospettive catamnestiche generali (che attengono alle linee evolutive generali dei quadri clinici), devono essere specificatamente dedotti dalle peculiari caratteristiche del singolo caso; 7) andamento nel periodo di osservazione e responsività o meno alla terapia. Come il lettore avrà notato, nella valutazione medico legale del danno biologico di natura psichica c'è ben poco di ordinario, in quanto è l'idiosincronicità il cuore del giudizio tecnico, che non solo racchiude i pregiudizi esistenziali derivanti dalla patologia in atto, ma anche quelli "moralì" almeno per quanto concerne il tasso di sofferenza soggettiva derivante dalla patologia di cui al punto 2, ovvero dalle alterazioni di cui al punto 4.

filii non possono, quindi, essere considerati una sorta di *quid pluris* (considerabile eventualmente a discrezione del giudice in fase di personalizzazione), ma diversamente già parte strutturale e dunque inscindibile dello stesso pregiudizio.

Ciò premesso, si spera che il rischio di duplicazione risarcitoria in fase di personalizzazione del danno biologico di natura psichica sia con facilità deducibile dalla presa contezza di come nella percentualizzazione del danno biologico di natura psichica l'aspetto morale "clinico" (c.d. sofferenza clinica: sia essa sofferenza legata a come il soggetto vive nel suo intimo il disturbo psichiatrico, sia a quanto il soggetto soffre per pregiudizi al *facere* susseguenti la malattia psichica) sia già tenuto in debito conto. Conseguenze quindi l'infondatezza, almeno da un punto di vista empirico (ossia senza voler porre limiti alla piena e indiscutibile discrezionalità propria della valutazione equitativa del giudice, *peritus peritorum*, che potrà in ogni modo, in casi particolari, decidere di intraprendere la strada della personalizzazione) di "onerare" l'interprete, anche del compito di personalizzare il danno biologico di natura psichica degli aspetti morali e/o esistenziali di cui è portatrice la patologia psichiatrica (valutata come danno biologico risarcibile).

Le relazioni tra danno biologico di natura psichica risarcibile da mobbing *et similia* e le altre componenti descrittive del danno non patrimoniale

Nel descrivere le relazioni tra danno biologico di natura psichica e le altre componenti descrittive del danno non patrimoniale, si inizierà con l'evidenziare le interconnessioni empiriche tra il grado di sofferenza legato alla percezione di aver subito un *vulnus* alla propria dignità di Persona e il grado di sofferenza legato inscindibilmente ad un eventuale quadro psichiatrico reattivo, così come vissute dai soggetti lesi. Per dirla con Buzzi la medicina legale può senza dubbio dare un suo valido ed apprezzabile contributo nella descrizione delle sofferenze fisiche e psichiche, tuttavia queste indicazioni non hanno in alcun modo ad oggetto i pregiudizi sostanzianti il danno morale. Sul punto, lo stesso autore ipotizza tuttavia come tale descrizione possa indirettamente tornare utile al giurista [...] per la determinazione del danno morale (17).

Nell'opinione degli scriventi, in caso di danno biologico di natura psichica, le cose non sono però sempre così lineari tanto che è possibile affermare l'esatto contrario, nel senso che in più casi nell'ascoltare

i soggetti lesi pare chiaro come l'offesa morale possa essere considerata una sorta di importante "con-causa" o meccanismo regolatore dell'eziopatogenesi del disturbo, quasi a poter asserire che quanto maggiore è l'offesa morale, quanto maggiore sarà l'entità del danno biologico di natura psichica e non viceversa. Ad esempio, nelle vessazioni sul luogo di lavoro il cuore del valore psicotraumatizzante dell'azione lesiva è di fatto spesso riscontrabile proprio nel sentimento di offesa morale che fa da cornice all'intera doglianza. Con ciò, attenzione, non si deve però intendere che una volta sorta la malattia psichica essa come tale inglobi l'offesa morale, ma semplicemente come l'offesa morale possa essere considerata un importante antecedente causativo e/o fattore concorrente che resta comunque fuori dall'area del danno biologico di natura psichica e che, essendo frutto diretto dell'illecito, come tale dovrà essere distintamente valutata.

Detto in altre parole, nel momento in cui insorge un danno biologico di natura psichica il soggetto sarà portatore di un pregiudizio biologico comprendente una componente di sofferenza clinicamente significativa, di cui ampiamente detto al paragrafo precedente, che nulla spartisce con la sofferenza morale pura (i.e. un conto è la sofferenza secondaria al sentirsi lesi nella propria dignità morale, un conto è la sofferenza che il disturbo psichiatrico evoca nell'intimo del soggetto nelle sue varie manifestazioni anche legate ma non solo ad un possibile pregiudizio al *facere* conseguente il disturbo psichiatrico) il tutto in forte antitesi con quanto asserito dalle Sezioni Unite, per le quali *ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente del danno biologico* (18).

Note:

(17) Cfr. F. Buzzi, *Compete al medico legale contribuire all'apprezzamento e alla quantificazione della sofferenza morale?*, cit., 163 e 177.

(18) In merito, al par. 4.9 delle sentenze seriali del 2008 la Suprema Corte ha sostenuto come «[...] la sofferenza morale, senza ulteriori connotazioni in termini di durata, integra pregiudizio non patrimoniale. Deve tuttavia considerarsi sofferenza soggettiva in sé considerata, non come componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale. Ricorre il primo caso ove sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferti, ad esempio dalla persona diffamata o lesa nell'identità personale, senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza. Ove siano dedotte siffatte conseguenze, si rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente. Determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale nei suoi indicati termini inteso, sovente liquidato in percentuale del primo». Invero, a chi scrive nel
(segue)

Sul punto sia permesso osservare che se le Sentenze di San Martino hanno di certo apprezzabilmente contribuito nel donare nuova visibilità alla “sintomatologia” dolorosa, in potenza intrinseca ad una lesione alla salute, ben rilevando sia l'importanza del suo utilizzo in fase di personalizzazione, sia il divieto di computarla in separata sede come disgiunta voce di danno morale; per contro, hanno però, a detta di chi scrive, perso un'importante occasione di chiarezza nel chiamarla “morale”, perché in realtà la sofferenza mediata da un quadro clinico medicalmente accertabile è parte integrante e inscindibile del danno biologico in generale, e del danno biologico di natura psichica in particolare, da tempo tenuta in considerazione nella valutazione medico legale del danno biologico, vuoi anche solo in forma descrittiva. Nel definirla morale vi era diversamente (come poi è stato) il rischio di confonderla con la sofferenza derivante dalla lesione all'integrità morale propriamente intesa, ossia con il «pregiudizio non patrimoniale costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal fatto lesivo in sé considerata». Ma tant'è (19).

Tornando ora ad argomentare sulle relazioni intercorrenti tra le varie componenti del danno non patrimoniale, un ragionare analogo a quanto appena sostenuto (in tema di rapporto tra quanto il soggetto soffre perché sente lesa la sua personalità morale e il grado di gravità di una possibile “malattia mentale”) può essere svolto in merito all'influenza, nella genesi di una patologia psichiatrica reattiva, del grado di afflizione derivante dal percepire il deterioramento della propria attività lavorativa.

In più di dieci anni di esperienza professionale mai è capitato a chi scrive di incontrare casi di mobbing (sia concesso, quelli veri) in cui, se presente una reattiva patologia psichiatrica (fatto salvo soggetti

Note:

(continua nota 18)

prendere contezza del contenuto del par. 4.9 delle succitate sentenze è sempre venuto più naturale interpretarlo in linea con la sentenza del 27 novembre 2008 del Tribunale di Torino dove l'interprete, in un interessante passo della motivazione, sostiene con forza che la sentenza n. 26972/2008 non giustifica in alcun modo un lettura abolizionistica del danno morale in quanto, se si legge con attenzione il testo della sentenza, secondo la suprema corte il risarcimento del danno morale può costituire duplicazione del già riconosciuto danno biologico solo quando sia diretto a ristorare il medesimo tipo di pregiudizio (lesione del diritto alla salute). Se questa fosse la giusta interpretazione tra esegesi tecnica del danno biologico di natura psichica e interpretazione giuridica dello stesso non vi sarebbero, almeno secondo tale profilo, motivi di incongruenza.

(19) Lo stesso Bilotta ben evidenzia come, nei casi in cui la sofferenza propria del soggetto conseguente la lesione alla propria dignità morale (danno morale puro) sia “concausa” di un ulterio-

re danno psichico “la malattia” (ndr. psichiatrica) è solo una espressione di quella sofferenza, medicalmente accertabile. La sofferenza (ndr quella morale pura) c'era prima della malattia e ci sarà purtroppo anche dopo e non è possibile disconoscere tale verità senza rinnegare il principio di integrale risarcimento della persona (cfr. F. Bilotta, *Il risarcimento del danno psichico non esclude il danno morale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 900).

Per contro Bianchi definisce inutile l'interminabile *querelle* tra sofferenza “normale” (che sarebbe pregiudizio morale) e sofferenza “patologica” (che sarebbe pregiudizio biologico) poiché a suo dire la sofferenza empirica, ossia naturalisticamente intesa, è un unico fenomeno, soggetto ad un unico tipo di accertamento naturalistico, da assegnare tutta e solo al tipo biologico di pregiudizio. Secondo l'autore di fatto il pregiudizio morale è ben altra cosa rispetto alla sofferenza dell'individuo empirico, in quanto in tale caso a “soffrire” è la Persona (ndr c.d. sofferenza trascendentale) tant'è che, ad esempio, a soffrire può essere anche la Persona non ancora nata o che è già morta (cfr. A. Bianchi, *Le avventure della sofferenza*, in questa *Rivista*, 2009, 907). Qui l'autore, a detta degli scriventi, par tuttavia non tener in conto sia che il nostro sistema risarcitorio ritenga sostanziale nel circoscrive il danno morale puro il valutare anche la presenza di patimento d'animo non patologico naturalisticamente inteso, ossia il c.d. *pretium doloris* (i.e. *transeunte perturbamento dello stato d'animo della vittima*) e non solo la trascendentale sofferenza della Persona altrimenti detta *pretium laesae dignitatis*, sia delle relazioni intercorrenti tra sofferenza trascendentale e sofferenza clinica di cui al presente paragrafo.

Volendo poi soffermarci sulle occasioni di incontro tra danno morale puro e sofferenza clinica la Ziviz, nel commentare la pronuncia della Cass. civ. n. 13530/2009 (cfr. Cass. 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1779 e il commento di P. Ziviz, *La questione morale*, 2009, 1785 ss.) sostiene come «non sia affatto detto che la sofferenza debba confluire nell'alveo del danno psichico. Il turbamento emotivo - come tale - può essere fonte di una lesione alla salute psichica, ma a sua volta venire generato dalla lesione di un interesse diverso: per cui secondo quest'ultima prospettiva, esso costituisce danno conseguenza e quindi va risarcito come danno morale. Solo quando accada che l'illecito patito dalla vittima venga ad incarnare, per quanto riguarda la sua psiche, un evento traumatico ovvero un evento stressante, tale da produrre un effetto sul substrato neurobiologico, dovrà parlarsi di vera e propria lesione psichica; e qui si tratterà di far luogo all'ulteriore ristoro del danno biologico, di carattere psichico, dalla stessa conseguente. La liquidazione di quest'ultimo pregiudizio dipenderà esclusivamente dalla consistenza assunta dalla patologia mentale, la quale si rivela indipendente dall'ordine di importanza della sofferenza che si è posta all'origine della stessa: una grave sofferenza potrebbe infatti sfociare in una patologia psichica lieve, in considerazione delle peculiari caratteristiche della vittima».

Sul punto piace constatare come in tale stralcio la Ziviz con limpidezza evidenzia l'assenza di un rapporto prestabilibile a priori tra danno psichico e danno morale, ma diversamente l'esistenza di una relazione da analizzare *ad hoc*, caso per caso, sia per ragioni giuridiche (lesioni di interessi diversi), sia per ragioni più pretamente tecniche (peculiari caratteristiche della vittima). Tuttavia nello stesso passaggio è presente un'osservazione che necessita di assoluta attenzione. L'autrice pare sostenere che il danno biologico di natura psichica possa essere accertabile solo quando l'illecito, vissuto come traumatico dalla vittima, produca un effetto sul substrato neurobiologico. Invero tale affermazione deve essere interpretata in un'ottica giuridica e non sotto un profilo tecnico, nel senso che l'autrice vuole semplicemente asserire come la sofferenza psichica integrante una patologia debba essere intesa come lesione psichica, ossia non danno biologico, ma fonte dello stesso. Il lettore non deve quindi leggere tale asserzione come un'apertura dalla quale potrebbe far capolino la voragine di una della più importanti antinomie della psicologia contemporanea, quella tra riduzionisti e antiriduzionisti il cui dibattito, per calore dei toni, ben può essere paragonato a quello tra esistenzialisti ed antiesistenzialisti.

con preesistenze così importanti da non permettere il rispetto del c.d. giudizio contro fattuale) la stessa verosimilmente non trovasse origine e/o concausa o nel vissuto di offesa, o nella sofferenza derivante dal percepire il disfacimento del proprio stato occupazionale. In un certo qual modo potrebbe essere possibile sostenere che, posta un'azione lesiva a natura psico-sociale giuridicamente rilevante (ossia un evento che di per se stesso non ha valore lesivo sulla salute psico-fisica in quanto tale ma molto, se non tutto, dipende da come viene "vissuto" dal soggetto), l'accertamento di un reattivo danno biologico di natura psichica può essere considerato una sorta di "prova per presunzioni" della disgiunta presenza di un vissuto di offesa. Come ovvio, tuttavia, per poter discorrere sull'intensità dell'offesa morale non si potrà però fare semplice riferimento a quella del danno biologico di natura psichica in quanto l'entità di quest'ultimo dipende in buona parte anche dalle caratteristiche idiosincratiche del danneggiato, mentre più agevole sarà ancorare il morale alla gravità dell'offesa, rifacendosi a indici che trascendano la Persona e che, per contro, contraddistinguono l'azione lesiva in sé considerata, come dagli scriventi suggerito in altro scritto in casi di mobbing (20). Naturalmente tale argomentare non deve far pensare che se non c'è danno biologico di natura psichica non vi è danno morale.

Diverso, è il caso di danno biologico di natura psichica da più generico stress lavoro correlato dove la relazione tra situazione lavorativa stressogena e insorgenza della patologia psichiatrica pare non necessariamente così influenzata da aspetti morali nei sui indicati termini intesi. Per esemplificare, piace ricordare il caso di una lavoratrice dipendente di una società di servizi di pulizie alla quale la datrice di lavoro aveva "permesso" orari e carichi di lavoro abnormi. Al termine dell'accertamento psicodiagnostico è parso chiaro come fosse stata la richiesta lavorativa ad aver verosimilmente slatentizzato nell'esaminata un importante disturbo dell'adattamento; al pari era però altrettanto evidente che nella fattispecie in esame, ciò che aveva portato alla rilevanza clinica di quanto accertato era più legato ad uno stato di intollerabile e "oggettiva" spossatezza, con evidenti ricadute di natura depressiva e ansiosa, pur in assenza di vissuti di offesa dal valore psicotraumatizzante, anche perché per la signora il lavorare "tanto" era vissuto positivamente in quanto le permetteva di mantenere la prole.

Infine, risulta essenziale distinguere le alterazioni al *facere* lavorativo conseguenti l'azione lesiva, dalle alterazioni al funzionamento lavorativo secondarie

al sorgere di una possibile psicopatologia reattiva. Una cosa è il pregiudizio al *facere* lavorativo di un soggetto con ruolo dirigenziale relegato ad una posizione scevra di responsabilità peraltro estranea alla sua pregressa esperienza ventennale nel campo; un'altra è la possibile alterazione del suo "funzionamento al lavoro" se il soggetto in questione fosse affetto da una reattiva patologia psichiatrica con importanti e ovvie ricadute in termini di performance. In buona sostanza da un'analisi qualitativa della storia clinica di soggetti interessati da dinamiche di mobbing e/o di stress lavoro-correlato, raccolte in più di dieci anni di esperienza settoriale da chi scrive, sembra possibile osservare varie tendenze come di seguito dettagliate.

- Nel *danno non patrimoniale da mobbing* quanto il soggetto soffre a causa del peggioramento del proprio stato occupazionale (c.d. danno esistenziale professionale nella sua componente "morale") pare spesso direttamente proporzionale al puro deterioramento dello stesso (c.d. danno esistenziale professionale propriamente detto).

- Nel *danno non patrimoniale da mobbing* l'entità del soffrire susseguente lo stravolgimento *in peius* della propria attività lavorativa (c.d. danno esistenziale professionale nella sua componente "morale") pare avere di sovente ricadute amplificatorie sull'intensità della sofferenza legata al sentirsi lesi come "Persona" (c.d. danno morale puro), mentre non paiono esserci relazioni di senso contrario.

- Nel *danno non patrimoniale da mobbing* il soffrire per sentirsi lesi nella propria dignità di Persona e/o il soffrire per la degenerazione della propria situazione lavorativa (c.d. danno morale puro e/o danno esistenziale professionale nella sua componente morale) paiono essere importanti concause nella slatentizzazione di un ulteriore danno biologico di natura psichica risarcibile, mantenendo al contempo una loro individualità (21);

Note:

(20) E. Ceppi Ratti-F. De Ambrogi, *Un contributo tecnico per la stima del danno non patrimoniale da mobbing ai sensi della pronuncia delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1432.

(21) Quanto asserito in termini di valore psicotraumatizzante dei profili "moralistici" del danno non patrimoniale da mobbing può apparire banale considerazione, sotto un profilo tecnico, in quanto copiosa è la letteratura scientifica evidenziante come, per usare le parole del padre del costrutto di stress Hans Seyle, la natura della sindrome generale di adattamento nei confronti di stimolazioni psicosociali (quali appunto il mobbing) non dipende tanto da ciò che ci accade, quanto dal modo in cui noi lo interpretiamo. Ciò nonostante tale considerazione pare di importanza sostanziale al fine di ben delimitare i confini dei vari profili di danno non patrimoniale.

• Nel danno non patrimoniale da stress lavoro correlato la possibile presenza di una formula descrittiva di danno biologico a natura psichica pare, in generale, non necessariamente legata a vissuti di offesa e/o di sofferenza legata alla degenerazione della propria occupazione (c.d. danno morale puro e/o danno esistenziale professionale nella sua componente morale), ma diversamente più connessa alla degenerazione in quanto tale (c.d. danno esistenziale propriamente detto).

Quindi da una prospettiva prettamente tecnica i confini delimitanti le diverse componenti del danno non patrimoniale paiono netti e al contempo sfumati dalle diverse interazioni tra sottocategorie, quasi a dare un fondamento empirico alla tanto criticata *reductio ad unum* operata dalle Sentenze di San Martino.

Breve rassegna giurisprudenziale

Orbene, per rendere “vivo” quanto sopra esposto, prima di concludere, pare utile commentare, a titolo chiarificatore, alcuni passaggi di sentenze nelle quali fanno capolino i fraintendimenti di cui al presente contributo, nonché di pronunce diversamente fedeli ai risvolti naturalistici del danno biologico a natura psichica.

Trib. Milano, sez. lav., 17 novembre 2010, n. 4764

In un caso di demansionamento il giudice, utilizzando la tabella del foro di appartenenza, personalizza la liquidazione di un danno biologico di natura psichica impiegando non la parte dinamica del succitato danno (ossia quella che si è chiamata sofferenza clinicamente significativa e le alterazione esistenziali mediate dal disturbo psichiatrico), ma parametri impiegabili per ancorare la liquidazione del danno morale propriamente inteso (22).

Trib. Tivoli, sez. lav., 10 dicembre 2010

In tale sentenza, relativa ad un caso di mobbing, l'interprete dopo aver fatto proprio il parere della c.t.u., che riconosceva a parte attrice un danno biologico permanente nella misura del 3% per sindrome depressiva acuta, al fine della liquidazione, utilizza le tabelle del Tribunale di Milano (delle quali espressamente elogia la possibilità di personalizzazione, da lui non utilizzata nel caso di specie, per difetto di indici istruttori). Peraltro, in merito al danno morale propriamente inteso ritiene congruo un risarcimento in misura doppia rispetto

a quello riferibile alla lesione del diritto alla salute. Quanto esposto risulta quindi rispettoso dell'autonomia empirica tra sofferenza clinicamente significativa e afflizione derivate da una lesione all'integrità morale (23).

Note:

(22) Cfr. Trib. Milano, sez. lav., 17 novembre 2010: «[...] Con particolare riferimento al danno biologico ... Il CTU ha riconosciuto un danno biologico permanente nella misura del 15% della sua efficienza psichica ... L'importo da liquidarsi per tale causale, tenuto conto della percentuale di inabilità del 15% e dell'età della Ma. alla data del giugno 2007, data di decorrenza del danno così come accertata dal CTU (36 anni compiuti) è di complessivi E. 2.463,28/punto già attualizzato alla data odierna. [...]

Secondo quanto statuito dalla recente pronuncia della Suprema Corte, che questo giudice si sente di condividere (Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26792) entro il danno biologico devono essere ricomprese tutte le sofferenze soggettivamente patite dall'attore in relazione alle condizioni personali dello stesso ed a tutti i risvolti che concretamente la lesione all'integrità psico-fisica ha comportato. [...]

Sulla scorta di tali principi la nuova tabella milanese [...] muove dal presupposto che i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale da lesione della salute debbano prevedere valori monetari riconducibili a quelli già riconosciuti precedentemente, sia a titolo di danno biologico che di danno morale, ma da liquidarsi dal giudice complessivamente all'esito di una personalizzazione del danno accertato.

[...] Nel caso di specie ritiene questo giudice come, alla luce delle lesioni riscontrate e determinate dalla CTU nella misura di 15 punti percentuali nonché della gravità della condotta e della conseguente sofferenza soggettiva del danneggiato, la personalizzazione debba essere determinata nella misura del 31% con una conseguente determinazione del valore/punto in euro 3.226,90 che comporta una determinazione complessiva della somma da risarcirsi in euro 39.933,00 come da tabella di riferimento.

La possibilità che pure permane in capo al giudice di liquidare una somma anche superiore ai valori massimi in relazione a fattispecie del tutto eccezionali rispetto alla casistica comune degli illeciti deve essere esclusa nel caso di specie alla luce della assenza di motivi oggettivi e peculiari che impongano un trattamento “eccezionale” degli aspetti risarcitori.

Il risarcimento del danno biologico causato da demansionamento non presenta infatti quegli aspetti particolarmente gravosi e/o invasivi e/o offensivi che ben avrebbero potuto esser collegati alla condotta mobbizzante (la cui sussistenza è stata peraltro esclusa da questo giudice) che, pur non potendo dare atto ad una autonoma voce di liquidazione, ben avrebbe potuto condurre ad una ulteriore personalizzazione proprio in ragione della particolare “offensività e lesività” della condotta imputabile alla parte datoriale.

(23) Cfr. Trib. Tivoli, sez. lav., 10 dicembre 2010: «[...] Ne deriva che, nel caso di specie, la xxx deve essere condannata a risarcire, innanzitutto, il danno biologico per l'invalidità permanente al 3% accertata dal c.t.u.

Al fine della liquidazione, può essere utilizzata la tabella per la liquidazione del danno biologico del tribunale di Milano, comunemente richiamata in questo ufficio. Tale documento appare, infatti, corrispondere all'indirizzo della Cassazione, espresso con la predetta sentenza 11 novembre 2008, n. 26972, secondo il quale il risarcimento del singolo punto percentuale di invalidità non può essere liquidato forfettariamente in modo standardizzato, ma deve presentare un adeguato grado di corrispondenza alle peculiarità del caso. In tale senso appare particolarmente apprezzabile il meccanismo della personalizzazione della liquidazione, risultante dalla mera applicazione dei punti, attraverso il criterio di un aumento sino al 30% e non vincolato ad una determi-
(segue)

Trib. Tivoli, sez. lav., 28 ottobre 2011

In tal caso, relativo ad un'ipotesi di mobbing e demansionamento il giudicante nuovamente ben elogia la possibilità di personalizzazione propria della tabella meneghina arrivando ad assegnare, ad un danno biologico temporaneo, un valore tendenzialmente prossimo ai massimi di cui alle possibilità della stessa. Di seguito riconosce anche un profilo esistenziale e un profilo morale che invece, come traspone dallo stralcio in nota, empiricamente altro non sono che la parte dinamica del danno biologico psichico già considerata in fase di precedente personalizzazione (24).

Note:

(continua nota 23)

nata percentuale. La menzionata tabella di Milano per il 2009 prevede, per il danno biologico permanente al 3% per una donna compresa tra 41 e 50 anni, una liquidazione di euro 3.606,75, pari ad 1.202,25 per ciascun punto, moltiplicati per 3, somma che appare congrua in difetto di indici di personalizzazione emersi dall'istruttoria.

Quanto al danno morale, per il quale la richiamata giurisprudenza delle sezioni Unite del 2008 non esclude una liquidazione in una percentuale del biologico, ma soltanto a condizione che non si tratti di una valutazione standard e compiuta a priori, nel caso di specie si ritiene congruo un risarcimento in misura doppia rispetto a quello riferibile alla lesione del diritto alla salute. Non è dubitabile, infatti, che per una lavoratrice esposta per anni a mobbing, dal quale derivi una sindrome depressiva, sia molto più intenso il pregiudizio al bene dell'integrità morale, quotidianamente messo a repentaglio dalla costrittività organizzativa, rispetto a quello connesso ad una diminuzione dell'integrità psicofisica di assai lieve entità.

Va aggiunto che, il criterio adottato dalle Tabelle del Tribunale di Milano, secondo il quale è il danno morale a rappresentare normalmente una percentuale di quello alla salute e non viceversa, appare strutturato rispetto ad una condizione di normalità, che si presenta soprattutto nelle controversie aventi ad oggetto sinistri, nelle quali la sofferenza è frutto della malattia e, quindi, è logico che essa sia ristorata in saggio percentuale sul biologico. Nel mobbing del lavoratore, seguito da depressione attiva, il percorso è inverso; in detto ambito, infatti, è il patimento psicologico derivato dalla costrittività organizzativa lavorativa a generare la patologia medico legale, cosicché è del tutto coerente, con tale successione invertire, il rapporto percentuale. Pertanto ritiene il giudice che, nella fattispecie in esame, possano essere liquidati alla ricorrente euro 8.493,90 per il ristoro del danno non patrimoniale connesso alla lesione della salute e dell'integrità morale [...].

(24) Cfr. Trib. Tivoli, sez. lav., 28 novembre 2011: «[...] Al fine della liquidazione, deve considerarsi in primo luogo l'invalidità temporanea totale documentata per giorni 62. In relazione a detta voce, possono essere utilizzate le tabelle per la liquidazione del danno biologico del tribunale di Milano, comunemente richiamate in questo ufficio. Tale fonte appare, infatti, corrispondere all'indirizzo della Cassazione, espresso con la predetta sentenza 11 novembre 2008, n. 26972, secondo il quale il risarcimento non può essere liquidato forfettariamente in modo standardizzato, ma deve presentare un adeguato grado di corrispondenza alle peculiarità del caso. In tale senso appare particolarmente apprezzabile il meccanismo, adottato dalle tabelle di Milano, della fissazione di un arco sufficientemente variabile, compreso (nel 2011) tra euro 91 ed euro 136, entro il quale includere la valutazione in termini monetari di ogni singola giornata di inabilità. Nel

caso di specie, per ciascuno dei 62 giorni di incapacità totale temporanea, sembra che si possa assegnare un valore tendenzialmente prossimo ai massimi di cui alle menzionate tabelle. La patologia riscontrata in capo al ricorrente, infatti, sebbene attualmente superata in termini di postumi permanenti, ha prodotto, come affermato dal c.t.u., almeno sino al novembre 2008 (e quindi, per quanto attiene al periodo rilevante nel presente giudizio, da maggio 2008, ossia quanto meno per sei mesi) un disturbo dell'adattamento che ha comportato la necessità di sottoposizione dell'interessato ad una psicoterapia che dura da anni, come è pacifico tra le parti. Pertanto, moltiplicando il numero di giornate di inabilità totale temporanea, 62, per il valore unitario di 130 euro, si ottiene un risarcimento pari ad euro 8.060. [...] Quanto al danno morale, la richiamata giurisprudenza delle sezioni Unite del 2008 ne consente una liquidazione in una percentuale del biologico, ma soltanto a condizione che non si tratti di una valutazione standardizzata e compiuta a priori. Nella presente fattispecie, peraltro, il pregiudizio per il danno biologico permanente non è risarcibile, atteso che il c.t.u. ha escluso, a decorrere da novembre 2008 sino all'attualità, qualsiasi postumo perdurante. Occorre quindi procedere ad una liquidazione del danno morale avulsa da un rapporto percentuale rispetto alla quantificazione del pregiudizio alla salute. Tale procedimento, del resto, è conforme all'insegnamento della Corte di Cassazione, espresso con la recente sentenza n. 18641 del 12 settembre 2011, con la quale si è affermato che il profilo morale del danno non patrimoniale è autonomo e non può certo considerarsi scomparso per preteso assorbimento all'interno dell'onnicomprendente danno biologico tabellato. Ciò precisato, ritiene il giudice che sia congruo determinare il ristoro dovuto ad euro, per la sofferenza patita a seguito del mobbing subito, in un importo pari ad euro 8.000. Al riguardo, non può non tenersi conto della serietà degli effetti, riscontrati in capo all'attore e collegati all'emarginazione dello stesso nel contesto lavorativo. Egli, come accertato dal c.t.u., ha riportato insonnia, colon irritabile, umore depresso. Almeno da maggio 2008 a novembre 2008, tale stato ha dato luogo alla diagnosi di disturbo dell'adattamento. Ora, se anche la menomazione alla salute non è stata giudicata dal c.t.u. perdurante e, perciò, nulla si liquida con la presente sentenza a titolo di danno all'integrità psicofisica permanente, non di meno l'insonnia, l'irritabilità del colon e l'umore depresso rilevano ai fini del giudizio circa la gravità della sofferenza subita da E. in termini di perdita della tranquillità e, quindi, di danno morale risarcibile. Il patimento psichico, infatti, si è spinto sino a causare una diagnosi clinica, per un considerevole lasso di tempo e, incidendo sul sonno e sul funzionamento del colon, ha anche disturbato il normale svolgimento di funzioni essenziali dell'organismo, così perturbando ulteriormente l'equilibrio della persona nel corso della giornata e, con il protrarsi di tale situazione, in via stabile. La sofferenza, in altri termini, è stata così intensa da procurare, dapprima uno stato morboso e poi, per effetto di quest'ultimo, si è aggravata in una sorta di meccanismo circolare vizioso. Ne consegue, alla luce del richiamato recente approdo giurisprudenziale di cui alla sentenza 18641 del 2011, che è congruo un risarcimento del pregiudizio non patrimoniale, con riguardo specifico al danno morale, nella misura di euro 8.000. Ancora, ritiene il giudice che sia liquidabile, nella fattispecie oggetto di giudizio, anche il danno esistenziale. [...] Infatti, egli, come è pacifico tra le parti, ha intrapreso un lungo percorso di psicoterapia, soltanto grazie al quale il ricorrente è riuscito ad eliminare i postumi invalidanti connessi al disturbo dell'adattamento riscontrato a suo carico. Tale scelta, evidentemente, mai sarebbe stata assunta se E. non avesse patito la patologia diagnosticatagli, la quale, come sopra evidenziato, è stata causata dal mobbing subito ad opera della resistente. La cadenza della terapia è stata descritta dal ricorrente al c.t.u. in una frequentazione settimanale, non giudicata incongrua dall'ausiliario del giudice. Alla luce delle considerazioni che precedono, il danno esistenziale può essere liquidato nella misura di euro 4.748,75, somma da ritenersi congrua rispetto al cambiamento di abitudini esistenziali consistito nella sottoposizione ad un percorso psicoterapico costante durato per anni».

Trib. Teramo, sez. lav., 10 giugno 2011, n. 571

A seguito di un comprovato mobbing il giudice fa proprie le risultanze della c.t.u. che, nel caso di specie, accerta postumi di danno permanenti per depressione maggiore grave nella misura del 30%. In fase di liquidazione, l'interprete utilizza le tabelle milanesi. L'ammontare del danno è poi personalizzato, nei limiti di quanto previsto dalle succitate tabelle, in base a indici che non è detto siano relazionabili con la parte dinamica del danno psichico, quali la reiterazione e la gravità delle vessazioni subite. Di fatto l'interprete vede in tale opera la possibilità di tenere in debito conto anche del danno morale propriamente inteso (25).

Conclusioni

Con riferimento agli obiettivi che si volevano raggiungere con il presente scritto, si spera d'aver contribuito ad aprire uno spazio di riflessione costruttiva rispetto al rischio (in caso di mancata lettura empirica) di mal calibrare l'entità del danno non patrimoniale da mobbing *et similia* sia sotto il profilo dell'*overcompensation* (es. doppia valutazione del profilo di sofferenza clinica nel caso di personalizzazione del danno biologico psichico da parte dell'interprete, fatto ovviamente salvo il suo totale potere discrezionale che potrebbe indurlo a decidere comunque, in casi particolari, d'intraprendere la strada della personalizzazione (26)), sia in merito alle possibilità d'*undercompensation* (es. mancato riconoscimento di profili di danno morale propriamente detto in copresenza di danno biologico di natura psichica), nonché sul piano, per dirla con Ponzanelli, della degenerata ipotesi della *factio* (27).

Peraltro, si auspica che gli operatori, chiamati a vario titolo a cooperare nella valutazione medico legale di un danno biologico di natura psichica, entrino a più voci nel merito di quanto esposto. Di fatto, a parere di chi scrive, come solo nel connubio tra dinamicità giurisprudenziale e vivacità dialettico-dottrinale può trovare espansione l'universo del diritto, che rischierebbe di implodere nell'ossequiosità ceca e acritica rispetto alla mera applicazione della norma. Al pari, una scienza passiva rispetto alle richie-

Note:

(25) Cfr. Trib. Teramo, sez. lav., 10 giugno 2011, n. 571: «[...] Passando ad esaminare la determinazione del danno, è stata acquisita consulenza medico legale, a cura del dr. X, il quale ha indicato nella misura del 30% l'entità dei postumi a carattere permanente residuati dalle lesioni conseguenti alle vessazioni subite, consistite in "depressione maggiore grave". Il CTU, come si

è visto, ha altresì accertato l'esistenza del necessario nesso di causalità della suddetta patologia con le condotte mobbizzanti poste in essere nei confronti della parte ricorrente e la irreversibilità dei postumi accertati. La predetta complessiva valutazione appare condivisibile in quanto immune da errori o vizi logici e supportata da congrua ed esauriente motivazione, come tale idonea a fondare il convincimento del giudice. [...]

La valutazione del danno non patrimoniale viene espressa come segue: valore attuale del punto desunto dalla tabella per l'accertato grado d'invalidità per il coefficiente corrispondente all'età al momento del sinistro. Alla stregua dei criteri sopra richiamati, pare equo liquidare a titolo di danno non patrimoniale conseguente a "lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico legale" e di danno morale soggettivo, conseguente alle medesime lesioni in termini di "dolore" e "sofferenza soggettiva" (c.d. liquidazione congiunta) la somma di euro 160.578,00, valutata all'attualità e calcolata utilizzando il suddetto criterio della liquidazione a punto, prendendo a base del calcolo la misura dell'alterazione psicofisica indicata dal consulente (pari al 30%), fissando il valore del punto danno non patrimoniale 2009, con riferimento all'attualità, in euro 5.607,17 e moltiplicando il danno espresso in migliaia di lire per il coefficiente demoltiplicatore (0,740), relativo all'età anagrafica della vittima (anni 53 al momento dell'inizio del mobbing), sulla base delle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano che si ritiene di far proprie in considerazione della affidabilità dei criteri ispiratori che consentono il serio ristoro del danno ed in funzione dell'uniformità di trattamento a parità di danno.

L'ammontare del danno non patrimoniale, in tal modo calcolato, è stato aumentato, in adesione a quanto stimato dal CTU e nei limiti di quanto previsto dalle tabelle del Tribunale di Milano del 2009, nella percentuale del 29%, sulla base di un equo apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, considerate la gravità e la reiterazione delle vessazioni subite (che hanno condotto all'estromissione anticipata del X dal lavoro) e la mancata liquidazione di somme a titolo di danno esistenziale, sulla base delle chiare indicazioni fornite dal CTU a pag. 52-53 dell'elaborato peritale.

[...] Per quanto concerne il risarcimento del danno morale (c.d. *pretium doloris*), si è detto che questo attiene ad un turbamento transeunte dello stato d'animo e configura un'ipotesi di danno non patrimoniale, già contemplata nella c.d. liquidazione congiunta di cui ai criteri approvati dall'osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano in data 22.5.2009. Di esso si è pertanto già tenuto conto nella valutazione *sub 1*) [...].

(26) Si ricorda usando le parole di Chindemi come «la valutazione discrezionale del giudice nella liquidazione del danno non patrimoniale, sia che faccia ricorso alle tabelle dei vari tribunali, sia che ricorra all'equità pura non va confusa con l'arbitrio, dovendo sempre il giudice fare applicazione della discrezionalità "motivata", con riferimento alle specificità della fattispecie» (cfr. D. Chindemi, *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 203). In tale ottica il presente scritto, lungi dal voler mettere "paletti" al potere discrezionale dell'organo giudicante, diversamente vorrebbe mettere a sua disposizione osservazioni "naturalistiche" che possano facilitare il giudizio in tema di valutazione del danno non patrimoniale da mobbing *et similia*, dove il rispetto del principio di eguaglianza ben sarà agevolato da una più che auspicabile c.d. TIN nazionale la quale, dopo la recente pronuncia della terza sezione civile della Corte di cassazione 7 giugno 2011, n. 12408, pare essere un obiettivo raggiungibile, in prima battuta, attraverso l'ancoraggio alle tabelle milanesi dai più riconosciute a "vocazione nazionale" e, in seconda istanza, sperando in un intervento del legislatore invero, da troppo tempo, contumace rispetto ad una riforma organica in materia del danno alla persona.

(27) Cfr. G. Ponzanelli, *Danni da demansionamento*, in questa *Rivista*, 2011, 883.

ste normative non assolve il compito di aiutare gli operatori del diritto nel rispondere e/o approcciarsi a quesiti/questioni tecniche, rendendosi colpevole di possibili errate decisioni giuridiche.

Infine, si auspica che le osservazioni di questo scritto, ponendosi al di là della diatriba sulla regola risarcitoria siano terreno franco di riflessione per tutti gli operatori del diritto. Il presente contributo non deve essere pertanto considerato né di aspirazione esistenzialista, né di affiliazione antiesistenzialista, ma diversamente votato a dare voce alla realtà sofferen-

ziale dei soggetti lesi, sovente trasfigurata in categorie giuridiche a lei difformi (28).

Nota:

(28) Come ben sostiene Travaglino, se compito del giurista è, naturalmente, quello di individuare il diritto giuridicamente tutelato, onde inferirne criteri di risarcibilità, tuttavia tale operazione non può condurre a cancellare e a dissacrare una realtà fenomenica, quella della persona umana, creando categorie di danno che da meta reali si fanno talvolta surreali nel loro assumere carattere di centralità di sistema che cela in sé il sogno di Fetonte di trasfigurare la sofferenza umana (cfr. G. Travaglino, *Il futuro del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 117).

LIBRI

COLLANA: ITINERA – Guide giuridiche

Diritto sanitario

Rosotto Colombatto & Partners

a cura di Lorenzo Lamberti



L'opera affronta, con un'impostazione **multidisciplinare** e con il giusto bilanciamento di **approfondimento scientifico** e **taglio pratico-operativo**, tutti gli aspetti del diritto sanitario.

Partendo dal **diritto alla salute** e dal "**sistema Servizio sanitario**", il testo offre un'analisi approfondita delle tematiche relative alle **prestazioni sanitarie**, ai **soggetti**, al **personale**.

Un'attenzione particolare è dedicata ai **rapporti di lavoro** (professioni mediche e sanitarie non mediche), alla **responsabilità del medico** (civile, penale, amministrativa, contabile e disciplinare), all'**attività contrattuale** delle aziende ospedaliere e sanitarie, alla **privacy** e al **regime fiscale** delle aziende sanitarie.

Completa il volume l'analisi della **gestione del patrimonio** degli enti sanitari e dello **smaltimento dei rifiuti**. Arricchiscono l'opera **case history**, **esempi**, **schemi riepilogativi** ed un dettagliato **indice analitico**.

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

Ipsoa 2012, Euro 57,00

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 DI PROCEDURA CIVILE COMMENTATO

LA "SEMPLIFICAZIONE" DEI RITI e le altre riforme processuali 2010-2011

Il volume, diretto dal Prof. Claudio Consolo e frutto della collaborazione ed esperienza di 25 professionisti del diritto (professori, avvocati, magistrati e ricercatori), propone:

- il commento, articolo per articolo, al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, sulla **riduzione e semplificazione dei procedimenti civili**;
- il commento alla l. 12 novembre 2011, n. 183, in tema di **posta elettronica certificata, riduzione e accelerazione del contenzioso pendente davanti alle Corti d'appello e alla Corte di cassazione e spese di giustizia**;
- il commento al d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, conv. in l. 17 febbraio 2012, n. 10, in tema di **patrocinio obbligatorio, spese di giustizia e richiesta dell'inventario**;
- il commento alla l. 29 dicembre 2011, n. 218, in tema di **riduzione dei termini di comparizione e di costituzione in giudizio in caso di opposizione a decreto ingiuntivo**.

Completa l'Opera un dettagliato **indice analitico-alfabetico**, che ne agevola la consultazione.

Diretto da: Claudio Consolo

Autori: G. Balena, G. Casarotto, A. Chizzini, C. Consolo, M. De Cristofaro, B. Gambineri, S. Giovannini, C. Glendi, P.P. Lanni, M. Marinelli, G. Mauro Pellegrini, M. Montanari, F. Murino, I. Pagni, A. Pasqualin, L. Penasa, M. Piloni, A. Piraino, P. Porreca, A.A. Romano, A. Scala, S. Turatto, A. Villa, P. Widmann

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.

(00133535) Sì, desidero acquistare il volume **Codice di procedura civile - La "semplificazione" dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011, I ed., pagg. 576 a € 60,00.**

Cognome e Nome		Azienda/Studio	
Via		CAP	
Città			
Tel.		Fax	
e-mail (obbligatoria):		Cod. cliente	
Partita IVA		C.F.	
<input type="checkbox"/> (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			
<input type="checkbox"/> Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:			
<input type="checkbox"/> Mastercard (16 cifre) <input type="checkbox"/> American Express (15 cifre) <input type="checkbox"/> VISA (16 cifre) <input type="checkbox"/> 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 D.lgs. 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.

INDICE DEGLI AUTORI

Amram Denise

Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare - La responsabilità civile nelle relazioni familiari A.D. 2012 870

Barbarisi Arianna

Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria 883

Barcellona Mario

Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti 817

Batà Antonella

Osservatorio di legittimità 898

Caputi Luca

Inadempimento dell'organizzatore di viaggi, attuazione della finalità turistica e tutela del consumatore ... 850

Carbone Paolo L.

Osservatorio di merito 904

Ceppi Ratti Elisabetta

Il danno biologico da mobbing 913

De Ambrogio Francesco

Il danno biologico da mobbing 913

Foffa Roberto

Il danno da bocciatura 861

Foglia Massimo

Danno cagionato dall'alunno a se stesso: il problema del regime della prova 892

Gioia Gina

Osservatorio sulla giustizia amministrativa 901

Grasselli Giovanni

Fondo di garanzia per le vittime della strada: l'impresa è "designata" anche per l'esecuzione forzata 878

Oliari Sara

Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare - Lui, lei e l'altra: dimostrato l'adulterio, va provato il danno 873

Piergallini Carlo

Osservatorio di giustizia penale 908

Spirito Angelo

Osservatorio di legittimità 898

Vasques Luciano

Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare? 824

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte di giustizia

16 febbraio 2012, C-134/11, sez. V 845

Corte di cassazione

Civile

11 novembre 2011, n. 23564, sez. III 882

30 novembre 2011, n. 25587, sez. III 877

17 gennaio 2012, n. 610, ord., sez. VI 867

2 marzo 2012, n. 3256, sez. III 848

20 marzo 2012, n. 4372, sez. III 846

10 aprile 2012, n. 5652, sez. I 868

1° giugno 2012, n. 8862, sez. I 899

11 giugno 2012, n. 9434, sez. III 900

11 giugno 2012, n. 9445, sez. III 898

Penale

14 marzo 2012 (24 maggio 2012), n. 19611, sez. IV 908

Tribunale

Civile

18 gennaio 2012, Treviso, sez. Castelfranco Veneto 889

10 maggio 2012, Bari, sez. III 904

17 maggio 2012, Verona, sez. IV 904

30 maggio 2012, n. 1898, Catania 907

11 giugno 2012, Messina, sez. I 906

Penale

13 febbraio 2012 (14 maggio 2012), Torino, sez. I ... 908

Consiglio di Stato

16 aprile 2012, n. 2138, sez. VI 858

12 giugno 2012, n. 3444, sez. V 901

Tribunale amministrativo regionale

24 novembre 2011, n. 1807, Toscana, sez. I 857

18 giugno 2012, n. 217, Emilia Romagna - Parma, sez. I 902

INDICE ANALITICO

Appalti

Esclusione illegittima e criteri di determinazione del quantum risarcibile (*Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2012, n. 3444*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* 901

Assicurazioni

Fondo di garanzia per le vittime della strada: l'impresa è "designata" anche per l'esecuzione forzata (*Cassazione civile, sez. III, 30 novembre 2011, n. 25587*), con commento di *Giovanni Grasselli* 877

Cose in custodia

Utilizzo inappropriato della cosa (*Tribunale di Bari, sez. III, 10 maggio 2012*), in *Osservatorio di merito*

904

Danno non patrimoniale

Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti, di *Mario Barcellona*

817

Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare - La responsabilità civile nelle relazioni familiari a.d. 2012 (*Cassazione civile, sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 610, ord.; Cassazione civile, sez. I, 10 aprile 2012, n. 5652*), con commento di *Denise Amram* ...

867

Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare - Lui, lei e l'altra: dimostrato l'adulterio, va provato il danno (*Cassazione civile, sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 610, ord.; Cassazione civile, sez. I, 10 aprile 2012, n. 5652*), con commento di *Sara Oliari* ..

867

Danno non patrimoniale da reato (*Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9445*), in *Osservatorio di legittimità*

898

Il danno biologico da mobbing, di *Elisabetta Ceppi Ratti e Francesco De Ambrogi*

913

Gratuito patrocinio

Dichiarazione sostitutiva (*Cassazione penale, sez. IV, 14 marzo 2012 (24 maggio 2012), n. 19611*), in *Osservatorio di giustizia penale*

908

Infortunati sul lavoro

Omissione dolosa di cautele destinate a prevenire patologie da amianto e disastro doloso (*Tribunale di Torino, sez. I pen., 13 febbraio 2012 (14 maggio 2012)*), in *Osservatorio di giustizia penale*

908

Obbligazioni e contratti

Culpa in eligendo per l'intermediario di servizi turistici (*Tribunale di Verona, sez. IV, 17 maggio 2012*), in *Osservatorio di merito*

904

Responsabilità civile

Violazione dei doveri coniugali (*Cassazione civile, sez. I, 1° giugno 2012, n. 8862*), in *Osservatorio di legittimità*

899

Responsabilità dei maestri e precettori

Danno cagionato dall'alunno a se stesso: il problema del regime della prova (*Tribunale di Treviso, sez. Castelfranco Veneto, 18 gennaio 2012*), con commento di *Massimo Foglia*

889

Danno cagionato dall'allievo a se stesso (*Tribunale di Messina, sez. I, 11 giugno 2012*), in *Osservatorio di merito*

906

Responsabilità della P.A.

Il danno da bocciatura (*T.a.r. Toscana, sez. I, 24 novembre 2011, n. 1807; Consiglio di Stato, sez. VI, 16 aprile 2012, n. 2138*), con commento di *Roberto Foffa*

857

Danni causati al fondo altrui (*Tribunale di Catania, 30 maggio 2012*), in *Osservatorio di merito*

907

Responsabilità medica

Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria (*Cassazione civile, sez. III, 11 novembre 2011, n. 23564*), con commento di *Arianna Barbarisi*

882

Risarcimento del danno

Immissioni rumorose (*Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2012, n. 9434*), in *Osservatorio di legittimità*

900

Annullamento in autotutela di una gara per carenza di risorse finanziarie (*T.a.r. Emilia Romagna - Parma, sez. I, 18 giugno 2012, n. 217*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*

902

Tutela del consumatore

Inadempimento dell'organizzatore di viaggi, attuazione della finalità turistica e tutela del consumatore (*Corte di Giustizia, Sez. V, 16 febbraio 2012, C-134/11; Cassazione civile, sez. III, 20 marzo 2012, n. 4372; Cassazione civile, sez. III, 2 marzo 2012, n. 3256*), con commento di *Luca Caputi*

845

Tutela della concorrenza

Private enforcement della disciplina *antitrust* in Italia: si può fare?, di *Luciano Vasques*

824

La nuova collana curata dai professionisti per i professionisti del diritto

La collana sviluppa, in chiave **multidisciplinare**, tutti gli ambiti settoriali del diritto con un approccio **pratico-operativo** di **alto livello qualitativo**. Ciascun titolo è affidato a **Studi e Professionisti** leader dei diversi settori del diritto.

Le Guide sono arricchite da **clausole contrattuali**, **case history**, **esempi**, **casistica giurisprudenziale**, **focus**, **adempimenti**, **quesiti**, **schemi riepilogativi**, **approfondimenti bibliografici** e da un **dettagliato indice analitico**.



Famiglia

a cura di Carlo Rimini

STUDIO RIMINI

ed. 2012 - € 55,00

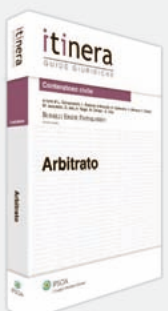


Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati

a cura di L. Acciari, M. Bragantini, D. Braghini,
E. Grippo, P. Iemma, M. Zaccagnini

GIANNI-ORIGONI
& GRIPPO-CAPPELLI
PARTNERS

ed. 2012 - € 68,00



Arbitrato

a cura di L. Salvaneschi,
L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris,
V. Allavena, F. Cintioi, M. Iacoviello,
D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa

BONELLI EREDE PAPPALARDO

STUDIO LEGALE

ed. 2012 - € 57,00



Diritto sanitario

a cura di Lorenzo Lamberti

R&P
Legal

ed. 2012 - € 57,00



Fallimento e altre procedure concorsuali

a cura di Paolo Pototschnig,
Fabio Marelli, Maurizio Cimetti

NCTM
Studio Legale Associato

ed. 2010 - € 95,00



Compravendita immobiliare

a cura di Mariagrazia Monegat
e Augusto Ciria

LEVIUS
SINACTA
WS

ed. 2010 - € 55,00

www.ipsoa.it/itinerà

COLLANA CODICI LEGALI 2012

Propone il testo aggiornato dei **4 Codici**, il **Trattato sul funzionamento UE (ex Trattato CE)**, la **Costituzione della Repubblica italiana** e una ricca raccolta di **Leggi complementari** suddivise per materia.

La sezione **Giurisprudenza** riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione civile e penale (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice).

Compreso nel prezzo, l'**aggiornamento on-line** del testo dei codici.

CODICE CIVILE - XVIII ed.

a cura di Piero Schlesinger

pag. 2464, € 28,00, cod. 00129702

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 2 marzo 2012, n. 16, c.d. "decreto semplificazioni tributarie"; D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "semplificazione e sviluppo"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "sovraindebitamento"; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "decreto liberalizzazioni"; D.M. 12 dicembre 2011, sulla modifica del saggio di interesse legale; D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "Legge di stabilità 2012".



CODICE DI PROCEDURA CIVILE - XVIII ed.

a cura di Claudio Consolo

pag. 2176, € 27,00, cod. 00129703

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "semplificazione e sviluppo"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "sovraindebitamento"; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "decreto liberalizzazioni"; L. 29 dicembre 2011, n. 218, in materia di "opposizione a decreto ingiuntivo"; 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"; L. 11 novembre 2011, n. 180, "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese"; D.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, "disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "Legge di stabilità 2012"; D.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, in materia di "semplificazione e riduzione dei procedimenti civili".



CODICE PENALE CODICE DI PROCEDURA PENALE - XVI ed.

a cura di Giovanni Fiandaca
e Angelo Giarda

pag. 2272, € 30,00, cod. 00129704

Il codice penale è corredato dalle note procedurali, segnalate per ciascun tipo di reato.

Aggiornato, da ultimo, con: L. 15 febbraio 2012, n. 12, "Norme in materia di misure per il contrasto ai fenomeni di criminalità informatica"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "sovraindebitamento"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9, c.d. "sovrappollamento delle carceri"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "Legge di stabilità 2012"; D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, c.d. "Codice delle leggi antimafia"; L. 14 settembre 2011, n. 148, in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro; D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, di "stabilizzazione finanziaria"; D.lgs. 7 luglio 2011, n. 121, in materia di "reati ambientali".



Può acquistare 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.