Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

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

4 2012

www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita

Responsabilità dei giudici davanti alla Corte di giustizia

Danno da farmaci: quali rimedi?

Contratto di *interest rate swap* e danni futuri

Ipsoa, una tradizione di innovazione. Da **40** anni.

DIREZIONE SCIENTIFICA
Vincenzo Carbone
Pier Giuseppe Monateri
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli

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

00129545

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

2013
AGENDA LEGALE

Tutte le informazioni necessarie per l'annotazione delle attività quotidiane dell'Avvocato in un volume agile da consultare

Si compone di due volumi:

- l'**Agenda** classica: ad ogni giorno è dedicata una pagina che consente di annotare razionalmente le **attività quotidiane** (ora, autorità giudiziaria, numero di ruolo, provenienza, parti, provvedimento); le pagine iniziali contengono la **rubrica alfabetica delle pratiche**, delle cause civili, dei decreti ingiuntivi, del processo di esecuzione, del processo cautelare, delle procedure fallimentari, delle cause penali e del Tribunale amministrativo regionale; le pagine finali sono dedicate all'annotazione delle **pratiche in attesa** e **rinviate** ai cinque anni successivi; infine, una pratica **rubrica telefonica**.
- L'**Appendice** riporta la normativa di riferimento aggiornata con le ultime modifiche e la documentazione accessoria, indispensabile per l'attività quotidiana:

• Deontologia
- **Codice di deontologia**
- Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali per svolgere **investigazioni difensive** o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria

• Tariffe
- **Contributo unificato nel processo civile e amministrativo** (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115): Voci di spesa e Diritto di copia
- **Spese** processuali **penali** (d.m.13 novembre 2002 n. 285)
- Indennità per la levata dei protesti cambiari (d.m. 18 marzo 2010)

• Assicurazioni
- L'elenco di **tutte le imprese di assicurazione** con le relative attività e gli indirizzi delle sedi legali, autorizzate alla data di **gennaio 2012**

• Giurisdizioni e Comuni
- L'elenco alfabetico dei **capoluoghi di provincia** con l'indicazione della Corte d'Appello, del Tribunale, del Tribunale amministrativo e della Commissione tributaria provinciale e regionale
- L'**elenco alfabetico dei Comuni italiani** con i relativi CAP, provincia, Giudice di pace, Tribunale (e sezioni distaccate)
- Gli organi di **giurisdizione amministrativa**, **ecclesiastica, militare** e **contabile**

• Avvocati
- **Il ricco elenco degli Avvocati italiani e internazionali** (utile per lo scambio di collaborazioni tra i professionisti)

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.

☐ (00129673) Sì, desidero acquistare l'**Agenda legale 2013**, a **€ 45,00.** (IVA inclusa)

☐ (702413000) Si, desidero abbonarmi all'**Agenda legale 2013**, pagando solo **€ 38,00** (IVA inclusa) anziché € 45,00 (IVA inclusa).
Riceverò ogni anno **la nuova edizione dell'agenda con lo sconto riservato agli abbonati**

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____

Via _____ CAP _____

Città _____

Tel. _____ Fax _____

e-mail (obbligatoria): _____ Cod. cliente _____

Partita IVA _____ C.F. _____

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

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

❑ Mastercard (16 cifre) ❑ American Express (15 cifre) ❑ VISA (16 cifre) ❑ Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

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

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

Y44DT LE

OPINIONI

Danno da farmaci
RESPONSABILITÀ PER DANNO DA FARMACI: QUALI I RIMEDI A TUTELA DELLA SALUTE?
di *Agnese Querci* 353

GIURISPRUDENZA

Comunitaria

Responsabilità dello Stato
LA RESPONSABILITÀ DEI GIUDICI DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA
Corte di giustizia UE, Sez. III, 24 novembre 2011, C-379/10 371
commento di *Francesca Bonaccorsi* 376

Legittimità

Danno non patrimoniale
ILLECITO ENDOFAMILIARE: NUOVI RAPPORTI TRA AZIONE RISARCITORIA E ADDEBITO DELLA SEPARAZIONE
Cassazione civile, sez. I, 15 settembre 2011, n. 18853 382
commento di *Denise Amram* 386
commento di *Sara Oliari* 392

Risarcimento del danno
RESPONSABILITÀ DA CROLLO DEL SOLAIO
Cassazione civile, sez. II, 8 settembre 2011, n. 18420 397
commento di *Roberto Foffa* 398

Responsabilità sanitaria
ONERE DELLA PROVA E CAUSA NON IMPUTABILE NELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA
Cassazione civile, sez. III, 7 giugno 2011, n. 12274 401
commento di *Arianna Barbarisi* 403

Pubblica amministrazione
LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA: DANNO DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO
Cassazione civile, sez. I, 25 febbraio 2011, n. 4690 410
commento di *Veronica Montani* 421

Merito

Contratti derivati
CONTRATTO DI *INTEREST RATE SWAP*, DANNI FUTURI E TUTELA CAUTELARE
Tribunale di Treviso, sez. II, 10 novembre 2011, ord. 429
commento di *Valerio Sangiovanni* 430

Codice delle assicurazioni
L'ART. 139 DI NUOVO DI FRONTE ALLA CORTE COSTITUZIONALE
Giudice di Pace di Torino, sez. V, 21 ottobre 2011, ord. 439
commento di *Giulio Ponzanelli* 447

Osservatorio di legittimità

a cura di *Antonella Batà* e *Angelo Spirito* 451

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di *Gina Gioia* 454

Osservatorio di merito

a cura di *Paolo L. Carbone* 457

INDICE

INDICE DEGLI AUTORI 461

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI 461

INDICE ANALITICO 461

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

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

Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

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

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

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

REDAZIONE
Isabella Viscardi, Francesco Cantisani, Arianna Barsacchi

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

REALIZZAZIONE GRAFICA
Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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

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

PUBBLICITA':

db Consulting s.r.l.
EVENTS & ADVERTISING

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

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

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

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

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

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

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

ITALIA
Abbonamento annuale 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**.

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

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

Danno da farmaci

Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?

di **Agnese Querci** (*)

«*Drugs are different from other products because they alleviate pain and sustain life*» (1) and «*because they can be toxic. This unique property of pharmaceuticals agents is why there are a myriad of statutes, rules and regulations... that govern each aspect of drug distribution from initial testing in animals to ultimate consumption by the patient. Furthermore, unlike products that are designed to be safe when properly used, a drug can cause a catastrophe even when the most elaborate precautions known to medical science have been carefully followed. The drug, however, may be very beneficial and life-saving despite these dangers*» (2). I danni da farmaci (3) sono connessi all'evoluzione delle tecnologie e del sapere medico-scientifico e danno vita ad una casistica sempre nuova, richiedendo un costante bilanciamento fra la salvaguardia di diritti fondamentali della persona (con particolare riguardo a quello della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.) e la necessità di non frenare la ricerca e la produzione industriale (tutelate dagli artt. 33 e 41 Cost.). I prodotti farmaceutici sono destinati, infatti, a comportare un miglioramento nella salute dei pazienti ma la loro assunzione reca con sé l'ineliminabile rischio che qualche effetto collaterale possa verificarsi, tanto che essi, negli Stati Uniti, sono stati normativamente definiti "*unavoidably unsafe*" (4). Cosa può fare allora il giurista, non solo per tutelare il consumatore-paziente danneggiato, ma anche per evitare o contenere il più possibile il prodursi del danno?

Introduzione

Il 27 settembre 2011, l'AIFA (5) ha diffuso una *review* sul rischio cardiovascolare associato ai medicinali antiinfiammatori non steroidei (FANS) (6), mentre il CHMP (7) ha adottato un parere sulla connessione fra assunzione di farmaci antidiabetici contenenti Pioglitazone e rischio di tumore alla vescica.

L'11 settembre 2011, i maggiori quotidiani hanno pubblicato la notizia che una nota casa farmaceutica francese è stata sottoposta ad indagini, a seguito di un dossier dell'EMEA (8), per non aver segnalato gli effetti collaterali, ad essa già noti, di un farmaco an-

Note:

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

(1) *Brown v. Superior Court* (Abbott Laboratories), Corte Suprema della California, 31 marzo 1988, in *Foro it.*, 1989, IV, 119, con note di G.L. Priest, *La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotti negli Stati Uniti d'America*; di G. Ponzanelli, *Il caso Brown e il diritto italiano della responsabilità civile del produttore* e di F. Cosentino, *Responsabilità da prodotto difettoso: appunti di analisi economica del diritto*.

(2) La citazione è tratta da F.C. Woodside e G.M. Sealinger, *Manufacturer's Liability*, in F.C. Woodside (a cura di), *Drug Product Liability*, Newark-San Francisco, 2007, II, cap. 14, 6.

(3) Per approfondimenti di tutte le questioni trattate in questo lavoro, cfr. A. Querci, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, Torino, 2011. Questi temi sono stati discussi anche nell'incontro studi del CSM, *La responsabilità del sanitario e da somministrazione di farmaci*, tenutosi a Roma il 19-21 settembre 2011.

(4) Così avviene nel *Comment K* della *Section 402 A* del *Restatement (Second) of Torts* del 1965, che prevede un esonero da responsabilità per i medicinali soggetti a prescrizione medica (*prescription drugs*) e per i vaccini.

(5) Agenzia italiana del farmaco, istituita con d.l. 30 settembre 2003, n. 269, art. 48, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326.

(6) Non è la prima volta che l'AIFA sottopone a restrizioni i FANS, come già avvenuto con le note nn. 1 e 66. Sul punto si veda anche *Bollettino d'informazione sui farmaci*, bimestrale dell'Agenzia Italiana del Farmaco, I, 2008, 5 ss. e 18 ss.

(7) Il CPMP (*Committee for Proprietary Medicinal Products*), oggi CHMP, è il Comitato per i medicinali costituito in seno all'EMEA, su cui si veda la nota che segue.

(8) Si utilizza qui il nome mediante il quale l'Agenzia è comunemente conosciuta (EMEA), anche se, a seguito della Dir. 2004/27/CE, si dovrebbe più correttamente parlare di EMA, dato che l'organo oggi si chiama *European Medicines Agency*, e non più *European Medicines Evaluation Agency*. Essa è l'Agenzia comunitaria per la valutazione della sicurezza, qualità ed efficacia dei medicinali.

ti-osteoporosi, che avrebbe determinato gravi reazioni allergiche in taluni assuntori (sindrome di Dress) (9). La casa farmaceutica in questione aveva un triste precedente: un antidiabetico (utilizzato *off-label* per la cura dell'obesità, avendo funzione anoressizzante), che determinava il rischio di danni alle valvole cardiache, ritirato dal commercio nel 2009.
Pochi mesi prima, dinnanzi al Tribunale di Viareggio (10), era stata intrapresa, sul modello statunitense (11), una causa avverso il produttore di un farmaco "anti-parkinson" che, avendo effetti dopamino-agonistici (12) (non adeguatamente segnalati), aveva indotto il paziente a dilapidare i propri risparmi, generando la cosiddetta "febbre del gioco" (*fever pitch*).
Questi casi, di grande attualità (ma innumerevoli altri se ne potrebbero prospettare) esemplificano importanti questioni giuridiche, che richiedono l'individuazione di strumenti di tutela, sia in campo processuale (con particolare riguardo al gran numero di parti coinvolte) (13), ma anche ed *in primis* sul versante del diritto sostanziale (specie con riferimento alla responsabilità civile).
In questi casi, il problema non è solo quello di fornire (*ex post*) un'adeguata tutela al soggetto danneggiato, ma anche quello di predisporre strumenti che possano intervenire (*ex ante*) per evitare il prodursi del danno o, comunque, per contenerlo il più possibile.
I rimedi tradizionali, quali quelli contrattuali (14) ed assicurativi (15) e la stessa responsabilità civile, si dimostrano, infatti, spesso inadeguati a fornire risposte idonee a proteggere i consumatori-pazienti (16).
Si prospetta, così, da un lato la necessità di "attua-

Note:

(9) Si tratta di una grave reazione di ipersensibilità, caratterizzata da *rush* cutanei, febbre e altri sintomi generalizzati, con possibile coinvolgimento di fegato, reni e polmoni. Dal 2004 al 2007 sono stati segnalati 16 casi di sindrome di Dress (di cui 13 solo in Francia), due con esiti letali.

(10) La prima udienza si è tenuta l'8 febbraio 2011.

(11) Negli Usa, nel 2008, un poliziotto in pensione di Milwaukee, nel Wisconsin, aveva intentato una causa contro una casa farmaceutica che produceva un farmaco analogo, ottenendo 204.000 dollari come risarcimento da perdite al gioco, 175.000 per le sofferenze subite ed ulteriori 7,8 milioni per danni punitivi.

(12) Si tratta di una classe di molecole che stimolano "direttamente" i recettori dopaminergici e vengono utilizzati in casi di fluttuazioni motorie.

(13) Si pensi a Trib. Roma, 27 novembre 1998, n. 21060, in questa *Rivista*, 1999, II, 214 ss., con nota di U. Izzo, *La responsabilità dello Stato per il contagio da HIV ed epatite di emofiliaci e politrasfusi: i limiti della responsabilità civile*, con ben 390 istanti, fra attori ed intervenuti, ed a Trib. Roma, 14 giugno 2001, in questa *Rivista*., 2001, XI, 1072, con nota di U. Izzo, *La responsabilità dello Stato per il contagio di emofiliaci e politrasfusi. Oltre i limiti della responsabilità civile*, con 223 attori. L'azione collettiva risarcitoria, di cui all'art. 140 *bis* del Cod. Consumo, introdotta dalla Finanziaria 2008 e successivamente modificata, pare applicabile ai danni da prodotti farmaceutici difettosi, ma non ai danni da emotrasfusioni, settore che pure, come evidenziano i casi sopracitati, interessa centinaia di parti. La normativa contiene, infatti, un'elencazione (non meramente esemplificativa, ma esaustiva) di settori in cui è possibile farne applicazione: diritti contrattuali, danni da prodotti difettosi, pratiche commerciali scorrette o concorrenza sleale. Deve, inoltre, trattarsi di «diritti identici». Tre "class actions" sono state promosse dal Codacons con riferimento al vaccino contro l'influenza H1N1 (su cui si vedano note 25 e 111): la prima nei confronti del produttore del vaccino; la seconda contro il produttore dell'"Ego Flu Test" (test "fai da te", per l'individuazione del virus); la terza per chiedere il rimborso agli utenti del Servizio sanitario nazionale delle somme spese dal Ministero della Salute per acquistare le scorte. La seconda è stata già dichiarata ammissibile da Trib. Milano 20 dicembre 2010, inedita, che ha riconosciuto «un carattere menzognero riguardante le indicazioni in parola … nei confronti dell'odierno attore nonché di eventuali ulteriori consumatori», con conseguente «interesse collettivo all'accertamento in parola ai sensi del Cod. Consumo». A. Mantelero, *I danni di massa da farmaci*, in A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 497, evidenzia che «il danno da farmaci pare rientrare a pieno titolo nella più generale categoria dei danni di massa». Per approfondimenti sul tema dei danni da emoderivati e trasfusioni di sangue infetto, si rinvia a A. Querci, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, cit., 229 ss.; A. Lamorgese, *Progresso scientifico e nuove ipotesi di danno risarcibile*, in *www.apprinter.csm.it*, 26 (il cui pensiero è stato di recente, efficacemente riassunto nella relazione presentata al ricordato incontro studi del CSM, 19-21 settembre 2011, con relazione dal titolo *La responsabilità civile per trasfusione di sangue e somministrazione di emoderivati infetti*). Cfr. anche nota 139. Per una recente casistica, Trib. Catanzaro, 13 gennaio 2011, in questa *Rivista*, 2011, VIII-IX, 884, con nota di S. Oliari, *Ancora in tema di trasfusioni di sangue: "danno e (nessuna) responsabilità"*.

(14) Cfr. M. Massimino, *I contratti di sperimentazione clinica*, in *Contratti*, 2000, 183.

(15) Di recente, con riferimento alle sperimentazioni cliniche, si è reso necessario un apposito intervento legislativo, col Decreto Ministero della Salute del 14 luglio 2009, in G.U. 14 settembre 2009, serie generale n. 213, recante i requisiti minimi per le relative polizze assicurative. Di tale provvedimento, la dottrina ha evidenziato che molti aspetti non assicurano adeguata tutela ai partecipanti allo studio: L. Bugiolacchi, *L'assicurazione obbligatoria della R.C. da sperimentazione clinica dopo il d.m. 14 luglio 2009*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, VI, 1434 ss.; A. D'Angelo e V. Roppo (a cura di), *Annuario del contratto 2009*, Torino, 2010, 432 e L. Klesta Dosi, *Ricerca e sperimentazione in campo clinico e farmacologico*, in A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., 575 ss. Si è altresì proposto di estendere la copertura assicurativa obbligatoria a tutto il settore sanitario, anziché limitarla ai settori in cui il rischio risulta più evidente: art. 21 d.d.l. 1183/2008 e art. 3 d.d.l. 1067/2008, che evidenziano come ciò garantirebbe «all'utente del servizio sanitario la massima sicurezza nell'erogazione dell'assistenza».

(16) L. Nocco, *L'interpretazione precauzionale della causalità nell'attività sanitaria: la probabilità logica*, in G. Comandé (a cura di), *Gli strumenti della precauzione, nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, 257 ss., evidenzia che: «la complessità che caratterizza l'odierna "società del rischio" si traduce, a livello giuridico, nell'insufficienza degli schemi classici, quali giungono sino a noi dal diritto romano».

lizzare" le regole della responsabilità civile (17), valorizzandone non solo le funzioni preventive e compensative, ma anche di "*deterrence*" e ridistribuendo così i rischi connessi a situazioni di incertezza. Ciò, onde riequilibrare la posizione di intrinseca debolezza del danneggiato (18) che, nei casi in esame, si trova di fronte una controparte (la casa farmaceutica) economicamente forte ed organizzata, anche dal punto di vista defensionale (19).

Dall'altro, si propone di attivare la predisposizione di ulteriori strumenti di protezione quali, ad esempio, la regolamentazione di sicurezza (20) od il principio di precauzione (21) (operanti *ex ante*); o la farmacovigilanza (22) e l'indennizzo (23) (anch'essi, come il risarcimento, operanti *ex post*, una volta che il danno si è verificato, ma sorretti da una logica differente).

Nuovi o "rinnovati" strumenti sono dunque necessari per affrontare la sempre nuova casistica posta quotidianamente all'attenzione dei giudici e legata allo sviluppo delle tecnologie: si pensi ai farmaci *off-label* (24) od al dibattito in tema di vaccinazioni obbligatorie o solo raccomandate (fra cui quelle antiinfluenzali) (25), su cui si vengono ad affiancare competenze statali e regionali.

La produzione normativa in materia è, in ogni caso, soprattutto di origine comunitaria, nell'ottica del bilanciamento fra la protezione della salute del consumatore e dell'integrazione del mercato (26).

Note:

(17) F. Stella, *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in G. Alpa (a cura di), *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 3; G. Comandé, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, in G. Comandé, (a cura di), Torino, 2004, 25; L. Klesta Dosi, *Produzione di medicinali e di dispositivi medici*, in A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., 612, che evidenzia come lo scarso numero di interventi giurisprudenziali in tema di responsabilità da farmaci sia la dimostrazione che la responsabilità civile, in tale campo, svolga solo un ruolo sussidiario. Ciò che le case farmaceutiche temono di più è la sanzione indiretta, rappresentata dalla sospensione o dal ritiro dell'autorizzazione al commercio.

(18) Così V. Zeno Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, III, 297 ss. L. Klesta Dosi, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, 2002, evidenzia in proposito che: «questa naturale debolezza costituisce un fattore propizio per far confluire il paziente nella categoria del consumatore, dall'altro evidenzia uno stato di fatto già rilevante sotto il profilo giuridico, a prescindere dal riconoscimento del paziente come buyer; l'"inferiorità" del paziente non si traduce in una disparità di potere (economico), che sarebbe legittimo compensare: essa rimane legata alla persona del paziente e quindi a considerazioni di equità che legittimano l'intervento pubblico».

(19) Il singolo è, dunque, scoraggiato ad intraprendere un'azione giudiziaria per ottenere il risarcimento del danno, specie nel caso di "*small claims*" (ossia di danni di lieve entità economica ma, in relazione ai quali, la promozione di più azioni giudiziarie, potrebbe avere comunque rilevanti effetti sulla revisione dell'autorizzazione al commercio): «*Small claims were not individually viable because the costs of litigatining them would not justify the small or modest stakes resulting in*». Così D.A. Fischer, M. Green, W. Powers, J. Sanders, *Products Liability*, St. Paul Minn., 2002, 3a ed., 796.

(20) Sul punto si rinvia a A. Querci, *Advanced Therapy Medicinal Products: the Regulation 1394/2007/Ce, its Inurement in Italy and Connected Liability Regimes*, in *New Developments of Pharmaceutical Law in the EU*, 2010, XII, 259; Id., *Prevenire è meglio che curare: regolamentazione di sicurezza nei diversi prodotti medicali*, in G. Guerra, A. Muratorio, E. Pariotti, M. Piccinni e D. Ruggiu (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, 2011, 227-253. E. Al Mureden, *Danno da consumo di alimenti*, in *Contratto e impresa*, 2011, VI, 1497 ss., propone una lettura integrata fra le norme pubblicistiche sulla sicurezza dei prodotti e quelle di responsabilità civile: il rispetto delle prime comporterebbe, nella maggior parte dei casi, un'esclusione della responsabilità, salvo quando ci si trovi nel campo di applicazione dell'art. 2050 c.c. (su cui si veda il § che segue). A sua volta, per determinare se un'attività possa ritenersi pericolosa *ex* art. 2050 c.c., occorrerà far riferimento alla normativa amministrativa (come nel caso dei danni da farmaci, da fumo e da OGM).

(21) Tale principio, trova, pertanto, «applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante, ma i dati scientifici non consentono una valutazione particolareggiata del rischio» e riguarda le «ipotesi di rischio potenziale, anche se questo rischio non può essere interamente dimostrato o la sua portata quantificata o i suoi effetti determinati per l'insufficienza o il carattere non concludente dei dati scientifici». Art. 5.1. Comunicazione della Commissione n. 1 del 2 febbraio 2000 sul Principio di precauzione, COM (2000), in *www.europea.eu/scadplus/leg/it/lvb/132042.htm*.

(22) Definita dall'OMS (Organizzazione mondiale della sanità) come «qualsiasi procedura che mira a fornire interferenze sistematiche sulle probabili reazioni di causalità intercorrenti tra farmaci e fenomeni inattesi all'interno della popolazione».

(23) «Gli interventi del legislatore italiano, diretti a disciplinare i danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati, costituiscono il sintomo dell'emersione di esigenze di tutela che non possono essere soddisfatte attraverso il sistema della responsabilità extracontrattuale». Così F. Cafaggi, *La responsabilità dell'impresa per i prodotti difettosi*, in N. Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova 2003, IV, 524. Cfr. *infra* § 4.

(24) Cfr. § 3.

(25) Il riferimento è al caso del vaccino contro l'influenza A/H1N1. Il contratto fra la casa farmaceutica ed il Ministero della Salute è stato oggetto della delibera della Corte dei Conti 16/2009/P che, pur effettuando taluni rilievi sulle clausole limitative della responsabilità, ha ritenuto comunque legittimo tale accordo, date le ragioni di «eccezionalità e la somma urgenza dell'intervento». Cfr. *amplius*, § 4 e A. Querci, *Il vaccino contro l'influenza A/H1N1: "pillole" di responsabilità civile,* in questa *Rivista*, 2010, IV, 335.

(26) Di recente, Regolamento 1394/2007/CE del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate e recante le modifiche della Direttiva 2001/83/CE e del Regolamento 726/2004/CE, che regolamenta l'autorizzazione all'immissione in commercio, le caratteristiche, l'etichettatura ed il foglio illustrativo dei medicinali per terapie avanzate, entrato in vigore il 30 dicembre 2008. Si ricordi, inoltre, la Direttiva 2007/47/CE, entrata in vigore in tutto il territorio comunitario solo il 1 dicembre 2010, che ha introdotto importanti novità in tema di dispositivi medici. Anche il "codice

(segue)

Si tratta, infatti, di problemi comuni ad ogni esperienza, altrove studiati ormai da tempo; ragion per cui, al fine di meglio comprendere la situazione italiana (27), si rivela opportuno effettuare una comparazione con altri Paesi, specie con l'ordinamento statunitense (ove molti dei farmaci hanno origine ed in cui il settore oggetto di analisi ha dato vita ad un ampio contenzioso, che si è cercato di arginare, tramite l'introduzione di strumenti quali la *preemption*) (28).

La responsabilità per danno da farmaci: da prodotti difettosi o da attività pericolosa?

Soffermandosi sulla tematica della responsabilità da prodotti farmaceutici, occorre anzitutto individuare la normativa applicabile. La prima notazione che occorre compiere è che, in questi casi (29), la giurisprudenza rifugge dall'applicazione della normativa sulla responsabilità da prodotto difettoso (30).
E ciò nonostante i medicinali siano pacificamente (a parte il caso dei materiali ematici per trasfusione) (31) considerati dei "prodotti" (32).
In questi casi, la giurisprudenza ha sempre preferito applicare l'art. 2050 c.c., concernente la responsabilità per attività pericolose.
Il *leading case* è stato determinato dal Trilergan (medicinale contro la cefalea, posto in commercio all'inizio degli anni settanta e risultato affetto da epatite B), che ha dato vita ad un'articolata vicenda processuale (33).

Note:

(continua nota 26)

dei medicinali per uso umano", di cui al d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, che ne contiene la generale regolamentazione di sicurezza, ha origine comunitaria (essendo attuazione della Direttiva 2001/83/CE e successive direttive di modifica, nonché della Direttiva 2003/94/CE).

(27) Si pensi, ad esempio, al caso del farmaco anti-parkinson sopra illustrato, in cui la controversia italiana ha preso avvio da quella già intentata con successo negli Usa.

(28) La dottrina della *preemption* ricava dall'art. IV sez. II della *United States Constitution* (secondo cui la normativa federale deve prevalere su quella statale) la regola secondo cui un prodotto farmaceutico, che abbia ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio da parte delle Agenzie governative (in campo medicale la *FDA*), è immune da eventuali azioni di responsabilità (basate sulla normativa statale) nei confronti del produttore. Tale tesi ha trovato accoglimento ufficiale in un caso concernente dei dispositivi medici (*Supreme Court of United States*, 20 febbraio 2008, *Riegel v. Medtronic*), ma non in ambito farmaceutico (*Supreme Court of United States,* 4 marzo 2009*, Wyeth v. Levine*), laddove non sussiste una specifica disposizione espressa di legge che consenta di sostenere la *preemption* (nel caso dei dispositivi, individuata nel *Medical Device Amendments* 21 *U.S.C.* § 360). La diversa decisione, nel caso dei farmaci, è giustificata anche dal mutare del quadro politico, col sopravvenire del Governo Obama. Uno strumento drastico come la *preemption* trova la propria *ratio* negli Stati Uniti, per il fatto che ivi le numerose cause contro i produttori, anche tramite gli strumenti delle *class actions* e dei danni punitivi, hanno incrementato drasticamente i costi assicurativi e, conseguentemente, i prezzi dei medicinali, rischiando anche di frenare l'innovazione. Sul punto sia consentito di rinviare a G. Alpa, *La responsabilità del produttore di farmaci*, in *Rass. dir. farm.,* 1984, 349 ed A. Querci, *La responsabilità da farmaci nell'ordinamento statunitense: cronaca di una realtà che cambia,* in questa *Rivista*, 2009, III, 1-20.

(29) È noto un solo caso in cui l'attore richiamò in atti la responsabilità da prodotto. Si trattava di un medicinale antiobesità (Isomeride), che aveva determinato disfunzioni cardiache nell'assuntore (Trib. Roma, 20 aprile 2002, in *Foro it.,* 2002, I, 3225; in questa *Rivista,* 2002, X, 984, con nota di L. La Battaglia, *Danno da prodotto farmaceutico difettoso e prova liberatoria*, e in *Resp. civ. prev.*, 2002, IV-V, 1107, con nota di U. Carnevali, *Farmaco difettoso e responsabilità dell'importatore-distributore*). Nella specie, tuttavia, la domanda, sulla base del solo d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, avrebbe dovuto essere rigettata, in quanto era stato convenuto in giudizio l'importatore (italiano) del farmaco, che risultava, per espressa menzione sulla confezione, prodotto in Francia. Ai sensi dell'art. 4, d.P.R. n. 24 maggio 1988, n. 224 (oggi art. 116, Cod. consumo), peraltro, il fornitore può essere ritenuto responsabile solo se il produttore non sia individuato, e l'importatore può essere chiamato a rispondere solo se abbia importato il prodotto «nell'Unione Europea» (e non semplicemente nel Paese ove si è verificato il danno). La domanda venne, tuttavia, accolta, come di consueto, sulla base dell'art. 2050 c.c., che gli attori avevano prudenzialmente richiamato in giudizio in via sussidiaria.

(30) D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (oggi sostituito dagli artt. 114-127, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Cod. consumo), che ha recepito in Italia la Direttiva CEE n. 85/374, relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

(31) È discusso, infatti, se il "sangue umano" possa essere considerato come un "prodotto", dato che l'art. 118 lett. c) Cod. Consumo, esclude la responsabilità del produttore per i prodotti non fabbricati «per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso». L'art. 2, l. 21 ottobre 2005, n. 219, prevede, infatti, che le attività trasfusionali si basino sulla donazione gratuita (riprendendo il disposto dell'art. 1, 4° e 5° comma, l. 4 maggio 1990, n. 107). Per la tesi negativa, U. Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile: responsabilità, rischio e prevenzione*, in questa *Rivista*, 2000, III, 229 ss.; Id., La *precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale,* Padova, 2004, 282 ss.; S. Guizzi, *I danni da "contagio" da sangue infetto* (*e da impiego di "emoderivati"*) *e quelli da "fumo attivo": due ipotesi a confronto,* in G. Vettori (a cura di), *Il danno risarcibile*, Padova, 2004, II, 1275 ss., ed in *www.appinter.csm.it*; L. Cabella Pisu, *La responsabilità del produttore*, in *Il diritto dei consumi*, III, a cura di P. Perlingeri e E. Caterini, Rende, 2007, 437. Per quella positiva, invece, M. Arietti, *Sieropositività conseguente a trasfusione della moglie e successivo contagio del marito: profili di responsabilità civile in una recente sentenza del BGH*, in *Giur. it.,* 1992, I, 1, 808; M. Biscione, *Hiv da trasfusione, emoderivati e responsabilità civile*, in questa *Rivista,* 1996, II, 145; L. Di Costanzo, *Il danno da trasfusione ed emoderivati infetti,* Napoli, 1998, 151; M. Dellacasa, *Sulle definizione legislative nel diritto privato. Tra Codice e Nuove leggi civili,* Torino, 2004, 355.

(32) Ai sensi dell'art. 2, d.P.R. n. 224/1998 (oggi 115 Cod. consumo), prodotto è «ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile». Sul punto cfr. G. Alpa, *La responsabilità del produttore di farmaci*, cit., 339 ss.

(33) Trib. Napoli, 9 ottobre 1986, in *Resp. civ. prev.,* 1988, 407, e in *Foro it.,* Rep. 1988, voce *Responsabilità civile,* n. 143; App. Trieste, 16 giugno, 1987, in *Resp. civ. prev.,* 1988, 334 e in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Responsabilità civile*, n. 109; Trib. Roma, 27

(segue)

In allora, non essendo ancora entrata in vigore la normativa sulla responsabilità da prodotto, la giurisprudenza ricorse all'applicazione dell'art. 2050 c.c., ponendo così i primi tasselli di quell'orientamento giurisprudenziale, sino ad oggi ancora incontrastato. Per giustificare l'utilizzo di tale norma, si è dovuto adottare una nozione ampia di "attività pericolosa", ricomprendendovi «ogni attività che produce beni potenzialmente pericolosi per la salute», e ritenendo dunque sufficiente l'intrinseca pericolosità del "prodotto" per ritenere tale l'intera "attività" (34).

Del resto, anche al di là del campo farmaceutico, la normativa sulla responsabilità da prodotto ha sempre trovato scarsa applicazione (35), fatto salvo il l'interesse giurisprudenziale verificatosi in quest'ultimo periodo (36).

Ciò non può spiegarsi solo sulla base della mera tralatizia ripetizione delle decisioni (basate sull'art. 2050 c.c.) affermatesi in passato (c.d. *path dependency*) (37).

Quali sono dunque le ragioni di questo orientamento giurisprudenziale?

Si può osservare come la normativa sulla responsabilità da prodotto, di origine comunitaria, ed il modo in cui questa è stata attuata in Italia (38), nel cercare di bilanciare le esigenze della tutela della salute con quelle della produzione, abbia introdotto numerosi limiti alla tutela del danneggiato (39): ed è pro-

Note:

(continua nota 33)

giugno 1987, in *Nuova giur. civ.,* 1988, I, 475; Trib. Milano, 19 novembre 1987, in *Foro it.,* 1988, I, 144; App. Roma, 17 ottobre 1990, in *Giur. it,* 1991, I, 2, 816, con nota di G. Tassoni, *La produzione di farmaci tra l'art. 2050 c.c. e i c.d.* "developement risk", e App. Roma, 7 aprile 1994, in *Gius,* 1994, 213; confermate in sede di legittimità da Cass. 15 luglio 1987, n. 6241, in *Foro it.,* 1988, I, 144, con nota di D. Caruso, *Quando il rimedio è peggiore del male;* in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 475, con nota di E. Da Molo, *Responsabilità civile per attività di produzione e commercio di farmaci;* e in *Resp. civ.*, 1988, 406, con nota di G. Tassoni, *Responsabilità del produttore di farmaci «per rischio di sviluppo» e art. 2050 c.c.;* Cass. 27 luglio 1991, n. 8395, in *Giur. it.*, 1992, I, 1331, con nota di A. Barenghi, *In tema di farmaci difettosi;* Cass. 20 luglio 1993, n. 8069, in *Foro it.*, 1994, 445; in *Resp. civ. prev.*, 1994, 61, con nota di A. Busato, *I danni da emoderivati: le diverse forme di tutela,* e in *Giust. civ.,* 1994, I, 1057, con nota di A. Barenghi, *Brevi note in tema di responsabilità per danni da emoderivati difettosi tra* obiter dicta *e regole giurisprudenziali*; Cass. 1° febbraio 1995, n. 1138, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 164, con nota di S. Bastianon, *La Cassazione, il "Trilergan" e la responsabilità per danni da emoderivati infetti*; Cass. 27 gennaio 1997, n. 814, in *Corr. giur.,*1997, III, 291. La casa farmaceutica (Crinos S.p.a.) chiamò in causa il fornitore di gammaglobuline (l'Istituto sieroterapico milanese) che, a sua volta, citò in giudizio il produttore statunitense del componente (la *Armour Pharmaceutical Co.*). Tutti i soggetti vennero condannati in via solidale, a norma dell'art. 2055 c.c., in quanto risultò che il plasma utilizzato dalla società americana per la produzione delle gammaglobuline conteneva, fin dall'origine, l'antigene AU.

(34) Critiche a questa estensione ermeneutica si rinvengono già in C. Castronovo, *Problema e sistema dei danni da prodotti*, Milano, 1979, 711 ss.; V. Di Martino, *La responsabilità civile nelle attività pericolose*, Milano, 1979, 166 ss. Questa argomentazione viene utilizzata anche nei danni da fumo. Si ricordi Cass. 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Guida al dir.*, 2010, VIII, 59, con nota di P.G. Monateri, *Se il fumatore è consapevole del rischio, può essere escluso il risarcimento*, ed in *Corr. giur.*, 2010, IV, 482, con nota di G. Ponzanelli, *La produzione di sigarette è attività pericolosa*, in cui si legge: «la circolazione delle sigarette e l'uso del fumo da parte del consumatore è compresa nell'attività considerata, inerendo ad essa come scopo prefissato sin dal momento produttivo ed estrinsecatosi poi in fase di commercializzazione - sicché il pericolo che la contraddistingue è propriamente il pericolo dell'attività del produttore-commerciante».

(35) Anche in ambito comunitario, la disciplina ha avuto scarsa applicazione giurisprudenziale. Nei primi quindici anni dall'entrata in vigore della normativa, si sono avute solo tre pronunce della Corte di Giustizia, fra cui CGCE, 10 maggio 2001, causa C-203/99, in *Racc.,* I, 3569, nonché in 10 *Eur. Rev. Priv. L.* 847, (2002), con nota di G. Howells; in *Eur. Prod. Liab. Rev.,* (June 2001), I, 181, con nota di L. Mattheussns e B. Oosting, *The Danish Kidney Case;* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2002, I, 181, con nota di L. Klesta Dosi, *Trapianto di rene e responsabilità per danno da prodotti difettosi: un'interpretazione ardita della Corte di Lussemburgo,* ed in *Resp. civ. prev.,* 2001, 843, con nota di S. Bastianon, *La responsabilità dell'ente ospedaliero alla luce della normativa comunitaria in tema di prodotti difettosi*, in materia di materiali biologici (un liquido di perfusione, in cui era stato conservato un rene da trapiantare e che, essendo difettoso, aveva reso inutilizzabile l'organo).

(36) Cfr. M. Gorgoni, *La responsabilità* ex *d.P.R. 224/1988 tra rigurgiti giurisprudenziali e manovre normative,* in *Resp. civ.*, 2006, 470; A.L. Bitetto, *La responsabilità del produttore: da mera comparsa a protagonista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, I, 137 ss.; L. Cabella Pisu, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, 3, 618. Ci si riferisce a Cass. 15 marzo 2007, n. 6007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1216 con nota di A.L. Bitetto, ed in *Foro it.*, 2007, I, 2415, con nota di A. Palmieri; Id. 8 ottobre 2007, n. 20985, in questa *Rivista*, 2008, III, 290, con nota di A.L. Bitetto e R. Pardolesi, *Risultato anomalo e avvertenza generica: il difetto nelle pieghe del prodotto*, che parlano di «*decisa inversione di tendenza*»; Id. 13 dicembre 2010, n. 25116, in questa *Rivista*, 2011, X, 975 ss., con note di L. Frata, *La responsabilità per prodotto cosmetico difettoso. L'onere della prova e le "normali condizioni di impiego"* e di M. Astore e E. Locuratolo, *Difetto d'informazione e natura della responsabilità da prodotto*.

(37) In proposito, si veda U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, 2004, 324.

(38) Gli Stati membri erano lasciati liberi di far gravare il rischio di sviluppo (su cui si veda *amplius infra*) sui produttori o sui consumatori. L'Italia - così come la maggior parte degli Stati membri - ha optato per la soluzione più favorevole alle imprese, lasciando questo rischio sul danneggiato. Ciò, onde favorire la ricerca ed evitare di rendere più appetibile la produzione in altri Paesi. Hanno fatto gravare il rischio di sviluppo sul produttore solo il Lussemburgo, la Finlandia, la Germania (solo con riferimento ai prodotti farmaceutici), la Spagna (in relazione ai medicinali ed ai prodotti alimentari destinati al consumo umano) e la Francia (per gli elementi del corpo umano ed i prodotti da essi derivati).

(39) Si pensi, ad esempio, ai limiti della tutela risarcitoria (solo per danni da morte, da lesioni, od a cose diverse da quella difettosa) disposti dall'art. 11, d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (ora art. 123, Cod. consumo) od alla limitata possibilità di convenire in giudizio il fornitore (*supra*, nota 29). Si considerino inoltre il termine di prescrizione triennale (art. 125 Cod. consumo) ed il fatto che la decadenza decennale rischia di precludere l'azione risarci-

(segue)

prio questo a spingere i danneggiati (od i loro avvocati) e, conseguentemente, anche i giudici (*secundum alligata et probata*), a diffidare degli strumenti oggi offerti dal Codice del consumo (la responsabilità da prodotto difettoso) ed a rifugiarsi in quelli tradizionali garantiti dal codice civile (la responsabilità da attività pericolose).

La problematica principale riguarda il rischio di sviluppo. Ai sensi dell'art. 6, lett. *e*) d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (ora art. 118, lett. *e*) Cod. consumo), il produttore è infatti esonerato da responsabilità se «lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso».

Invocando l'art. 2050 c.c., il produttore si libera invece da responsabilità solo nel caso in cui riesca a dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Quest'ultima norma prevede, così, una forma di responsabilità più severa di quella derivante dall'applicazione del rischio di sviluppo e la giurisprudenza esaminata ne adotta una lettura di maggior *favor* possibile per il consumatore (40). La relativa prova liberatoria, infatti, non si ritiene raggiunta tutte le volte in cui, al momento della messa in commercio del farmaco, sussista anche solo la minima possibilità di individuare il difetto, seppure con procedimenti scientifici di recente scoperta e non ancora normalmente introdotti nella prassi.

Applicando l'art. 2050 c.c., inoltre, non è sufficiente conformarsi allo stato della tecnica, esistente al momento della messa in circolazione del prodotto, ma occorre andare oltre, dovendosi eventualmente procedere all'adozione di misure di sicurezza od al ritiro del prodotto, qualora l'evoluzione della tecnica riveli rischi prima inimmaginabili. È qui evidente l'inidoneità dello "stato dell'arte" ad esonerare da responsabilità l'esercente l'attività pericolosa: «la differenza che la scelta applicativa dell'art. 2050 c.c. introduce è anche qui. Il riferimento alla totalità ed idoneità delle misure imposte all'esercente l'attività pericolosa consente, infatti, di astrarre dalla normalità tecnica, per far riferimento alla mera possibilità» (41).

Per continuare ad applicare la più favorevole disciplina di cui all'art. 2050 c.c. si è invocato l'art. 15, del d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (oggi art. 127, Cod. consumo), secondo cui le disposizioni speciali sulla responsabilità del produttore non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi.

Resta da verificare (42) se e quanto questa prassi reggerà all'interpretazione della Corte di Giustizia, che è già intervenuta a condannare altri Stati membri (Spagna, Francia e Grecia) che, tramite norme interne o l'applicazione giurisprudenziale, ostacolavano la piena operatività della normativa sulla responsabilità del produttore e la conseguente uniformità di regolamentazione (43).

In relazione ad un caso di danni da emotrasfusione infetta, la Corte di Giustizia, 25 aprile 2002 (44), ha così sancito che gli Stati membri possono mantenere normative interne più favorevoli, solo se si basino su fondamenti diversi (garanzia per vizi o colpa, regolamentazione speciale di determinati settori produttivi) da quello posto alla base della Direttiva sulla responsabilità da prodotto (non potendo, dunque, più servirsi di strumenti, come l'art. 2050 c.c., che costituisce una forma di "responsabilità oggettiva", proprio come la normativa comunitaria).

Se anche la nostra giurisprudenza (45) dovesse in-

Note:

(continua nota 39)

toria, specie in caso di danni da farmaci, che possono "traghettare" anche virus invalidanti, come l'epatite, che si manifestano a distanza di tempo (c.d. lungolatenti).

(40) L. Cabella Pisu, *La responsabilità del produttore*, cit., 440.

(41) A. Barenghi, *In tema di farmaci difettosi*, cit., 1338.

(42) Come si chiede, L. Cabella Pisu, *La responsabilità del produttore,* cit., 453.

(43) La Direttiva 374/1985 è stata infatti adottata sulla base dell'art. 100 (divenuto poi 94) del Trattato CE (oggi art. 115 TFUE), quale normativa di "armonizzazione totale", al fine di non falsare la concorrenza e garantire una tutela uniforme ai consumatori.

(44) Sentenza 25 aprile 2002, n. C-183/00, in questa *Rivista*, 2002, 725 ss., ed in *Foro it.*, 2002, IV, 294, con nota di A. Palmieri e R. Pardolesi. Cfr. anche causa C-154/00 e C-52/00, anch'esse del 25 aprile 2002, in *Foro it.*, 2002, IV, 294, che hanno rispettivamente ritenuto inadempienti la Repubblica ellenica per non aver rispettato la franchigia di euro 387 per i danni a cose, e la Repubblica francese per le medesime ragioni ed anche per aver equiparato la responsabilità del fornitore a quella del produttore. In un caso più recente (CGCE, sez. I, 4 giugno 2009, C-285/08, *Moteurs Leroy Somer* c. *Dalkia France e Ace Europe*, in questa *Rivista*, 2010, II, 125 ss., con nota di M. E Arbour, *Da Leroy Somer a Aventis Pasteur: ancora a proposito della Direttiva prodotti difettosi*, ed in *Resp. civ. prev.*, 2010, V, 1004, con nota di A. Venchiarutti, *Applicazione estensiva della direttiva sulla responsabilità dei danni da prodotti difettosi: un nuovo equilibrio tra competenze comunitarie ed interne?*), relativo ad un dispositivo medico che, surriscaldandosi, aveva cagionato danni alle attrezzature di un ospedale, la Corte di Giustizia ha tuttavia sancito che gli Stati membri possono disciplinare discrezionalmente gli spazi lasciati vuoti dalla normativa comunitaria.

(45) In un caso concernente un emoderivato, utilizzato durante il trattamento della trombocitopenia idiomatica, la giurisprudenza interna (Trib. Bescia, 31 marzo 2003, in questa *Rivista*, 2004, 666, con nota di R. Breda) fece applicazione dei suddetti principi affermati dalla Corte di Giustizia, evitando però comunque di applicare la normativa sulla responsabilità da prodotto e preferendo utilizzare la norma generale dell'art. 2043 c.c., che non è ostacolata dalla prima, in quanto si basa su di un diverso fondamento (responsabilità per colpa, nella specie ravvisata nel non aver sottoposto il plasma impiegato a tecnologie di individuazione dei virus, al tempo già note).

contrare la censura della Corte di Giustizia (che probabilmente sinora non si è pronunciata in materia solo per la rarità della casistica giurisprudenziale) non si potrebbe, anche per i farmaci, che applicare la disciplina *ad hoc* della responsabilità da prodotti, seppure non abbandonando (nei limiti di quanto permetta il dettato normativo del Codice del consumo) l'interpretazione, sinora sostenuta, volta a tutelare i pazienti-consumatori, dinanzi ai progressi dell'evoluzione scientifica ed alle esigenze della produzione (46).

L'esempio dei farmaci *off-label*: fra innovazione e responsabilità civile

Una recente casistica, laddove ancora più intensa è l'esigenza di bilanciamento fra progresso scientifico e protezione del consumatore, è costituita dai farmaci *off-label* (47), ossia prescrizioni di medicinali non ancora autorizzati al commercio o per patologie, dosaggi o modalità diversi da quelli ammessi ed indicati nella scheda tecnica (48).

Si tratta, ormai, di una prassi diffusa, specie in ambito oncologico, pediatrico, nella cura dell'AIDS, delle malattie neurodegenerative e dell'osteoporosi (49), ove i rimedi tradizionali si rivelano spesso inadeguati ed il medico è chiamato, in "scienza e coscienza", alla ricerca di nuove soluzioni cliniche.

Prima del 1998, non sussisteva una regolamentazione *ad hoc* in materia e ciò comportava il rischio che la prescrizione *off-label* venisse utilizzata per aggirare i limiti e le procedure cui era assoggettata la sperimentazione.

Col d.l. 17 febbraio 1998, n. 23 (50), convertito nella legge 8 aprile 1998, n. 94 (51), è stato ribadito che, in linea generale, la prescrizione di farmaci è consentita solo nei limiti della previa autorizzazione dell'AIFA, ma che, eccezionalmente, il medico, quando lo ritenga necessario, possa procedere a prescrizioni "al di fuori dell'avallo regolatorio", purché si tratti:

a) di farmaci già autorizzati, ma con riferimento ad indicazioni e modalità diverse da quelle approvate;

b) ovvero, in assenza di alternative terapeutiche, di medicinali innovativi con finalità compassionevoli, *ex* art. 1, comma 4, legge 23 dicembre 1996, n. 648, già inclusi in un elenco predisposto dalla Commissione unica del farmaco (52).

Inoltre, affinché ciò sia lecito, è richiesto che:

1) la prescrizione avvenga non come prassi, ma con riferimento a singoli casi clinici, qualora il medico ritenga che la terapia tradizionale non sarebbe efficace o, comunque, non altrettanto benefica;

2) sussistano pubblicazioni scientifiche accreditate

Note:

(46) L. Cabella Pisu, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 32. Per una lettura coordinata della responsabilità da prodotto e della normativa speciale sui cosmetici (l. 11 ottobre 1973, n. 713), che impongono entrambe di tenere conto delle «normali condizioni d'impiego», cfr. Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116, cit.

(47) L'argomento ha attratto solo di recente l'attenzione della dottrina. Cfr. F. Massimino, *La prescrizione dei farmaci "*off-label*"*: *adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in questa *Rivista,* 2003, 925; Id., *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci* off-label, in questa *Rivista*, 2010, XII, 1104 ss.; L. Benci, *La prescrizione e la somministrazione dei farmaci, responsabilità giuridica e deontologica,* Milano, 2007, 93 ss.; M. Piccinni, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007, 286 ss.; C. Caravita, *Sui farmaci* off-label, in *Ragiusan*, 2008, 287-288, 256 ss.; M. Zana, *Ai limiti della responsabilità medica: l'uso* off-label *dei farmaci*, in Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole,* Milano, 2008, I, 729 ss.; B. Guidi, L. Nocco, *The debate concerning the off-label prescriptiones of drugs: A comparison between the Italian and U.S. law*, *paper* presentato al Convegno "*New frontiers of Pharmaceutical Law*, Lecce, 6-7 maggio 2010; B. Guidi, L. Nocco e M. Di Paolo, *La prescrizione* off-label: *dentro o fuori la norma?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, X, 2165 ss.; P. Vinci, *La prescrizione dei farmaci* off-label, in *www.paolovinci.it*. In ambito penale, G. Iadecola, *Prescrizione di farmaci "*off-label*" e responsabilità penale del medico,* in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 9; P. Piras, voce *Sperimentazione e prescrizione di farmaci* off-label, in F. Giunta (a cura di), *I dizionari sistematici. Diritto penale,* Milano, 2008, 929, ss., Id., *La responsabilità del medico per prescrizioni* off-label, in *Cass. pen.,* 2008, 1963 ss.

(48) L. Nocco e B. Guidi, *The debate concerning the off-label prescriptiones of drugs*, cit., così significativamente descrivono la terapia *off-label*, che può assumere una pluralità di forme: «administration of a registered medicine or medical device that is not included nor disclaimed in the product information: different to consumption indications, patient age range or dose instructions that is approved by regualtory authorities».

(49) L'*United States General Accounting Office*, Pub. No. GAO/PEMD-91-14 ha stimato che metà dei pazienti affetti da cancro vengono curati, almeno una volta, con un farmaco *off-label*, e che le due più importanti industrie statunitensi produttrici di farmaci per la cura di tale malattia devono la loro popolarità, per l'85%, alle prescrizioni *off-label*. Inoltre, l'80% dei pazienti affetti da AIDS viene curato con tali farmaci. Ma sono i trattamenti *off-label* dell'osteoporosi ad essere i più diffusi, secondo quanto riportato dalla *FDA*: F-D-C Reports "*The pink Sheet*", at T&G-4, (Dec. 20, 1993). D. Costello, *When Drugs are Used Off-Label*, Los Angeles Times (June 2004), reperibile in *http://www.latimes.com/archives.*

(50) D.l. 17 febbraio 1998, n. 23, recante disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico ed altre misure in materia sanitaria.

(51) L. 8 aprile 1998, n. 94, «Conversione in legge, con modificazioni del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23».

(52) Ci si riferisce a quei farmaci autorizzati in altri Stati; oppure ancora in corso di sperimentazione clinica. Il d.m.s. 8 maggio 2003, «Uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica», che prevede che, in assenza di alternative terapeutiche possa essere autorizzato un medicinale che abbia superato gli Studi di fase III (o di fase II se il paziente è in pericolo di vita).

in campo internazionale, che confermino la comprovata validità del proposto trattamento *off-label*;
3) il paziente sia stato ampiamente informato (sui rischi e sui benefici; sulle caratteristiche della nuova terapia; sulla possibilità di optare per una cura tradizionale) ed abbia prestato il proprio consenso scritto (53).
L'adozione di questa disciplina si è resa necessaria a seguito della vicenda del "Multitrattamento Di Bella" (54), anche al fine di contenere la spesa pubblica, conseguente alla erogazione gratuita della somatostatina, medicinale principale del trattamento (55).
La circostanza che i farmaci *off-label*, spesso provenienti dall'estero, abbiano un costo maggiore di quelli tradizionali, spiega anche perché i successivi interventi normativi siano tutti contenuti in Leggi finanziarie.
In particolare, la Legge finanziaria del 2007 (56) ha cercato di ridurre la prescrizione di farmaci *off-label*, sancendo che il suo abuso può comportare, a carico del medico prescrittore, una responsabilità per danno erariale, oltreché disciplinare (57).
Con tale obiettivo, le Regioni sono state incaricate di nominare, nell'ambito di ciascuna struttura sanitaria, dei soggetti responsabili, che assumano il ruolo di "garanti" (58).
Maggiormente innovativa è la Finanziaria del 2008 (59), che richiede «la disponibilità di dati favorevoli di sperimentazioni cliniche di fase seconda».
Ci si è domandati, in proposito, se ciò abbia comportato un'implicita abrogazione del sopramenzionato criterio delle pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale. Gli studi di fase seconda, o "studi terapeutici pilota" (60), inoltre, sono condotti su di un numero non elevato persone malate (alcune centinaia), per consentire una prima valutazione di sicurezza del principio attivo, per cui ci si chiede se non sarebbe più opportuno riferirsi a studi condotti su campioni ed aree geografiche più ampie (61). Secondo altri, invece, la nuova norma, richiedendo l'effettuazione di sperimentazioni cliniche, risulterebbe più rigorosa, rispetto al semplice canone delle pubblicazioni scientifiche (62).
La giurisprudenza si è pronunciata solo di recente in materia, specie in ambito penale (dal quale possono tuttavia trarsi importanti spunti, anche con riferimento ai profili di responsabilità civile).
Un primo richiamo alla problematica si rinviene in una sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte, 19 febbraio 1997 (63), che, seppure *obiter*, ha ritenuto lecito prescrivere farmaci non approvati soltanto nel rispetto della disciplina delle sperimentazioni cliniche, limitando ancora fortemente la possibilità di ricorrere a trattamenti *off-label* (64): «Il ri-

Note:

(53) Art. 3, comma 2, d.l. 17 febbraio 1998, n. 23 e art. 13 del Codice di deontologia medica (versione 2006), che così sancisce: «la prescrizione di farmaci, sia per indicazioni non previste dalla scheda tecnica sia non ancora autorizzati per il commercio, è consentita purché la loro efficacia e tollerabilità siano scientificamente documentate. In tali casi, acquisito il consenso scritto del paziente debitamente informato, il medico si assume la responsabilità della cura ed è tenuto a monitorarne gli effetti». Il consenso scritto è richiesto anche dal d.m. 15 luglio 1997, sulle sperimentazione cliniche. Ciò è inoltre affermato nel Provvedimento Min. Salute 17 gennaio 1997, art. 5, in G.U. 30 gennaio 1997, riportato in *Bollettino d'informazione sui farmaci* (ed. 1999), che così recita: «il medico può, sotto la sua responsabilità e previa informazione del paziente ed acquisizione del consenso dello stesso, impiegare un medicinale per una via di utilizzazione diversa da quella autorizzata (…) qualora ritenga che il paziente non possa essere utilmente trattato con i medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica».

(54) La nota terapia oncologica, non riconosciuta dalla medicina ufficiale, non conseguì gli obiettivi auspicati. Per un commento A. Anzon, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul "caso Di Bella"*, in *Giur. cost.*, 1998, 1529 ss.; P. Benciolini, *I "Decreti Di Bella": riflessi sugli aspetti deontologici*, in *Riv. dir. prof. san.,* 1998, 95; P. Giangaspero, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in "un'additiva di principio anomala"*, in *Giur. cost.*, 1998, 2817.

(55) Tale erogazione gratuita non era stata consentita dalla Commissione unica del farmaco del Ministero della Sanità, ma la Consulta, con plurimi interventi, ne fece gravare il costo sul servizio sanitario nazionale: si ricordano, ad esempio, Corte cost. 26 maggio 1998, n. 185, in *Ragiusan,* 1998, 172, 184; Corte cost. 13 giugno 2000, n. 188, in *CED Cass.*, 2000; Corte cost. 24 luglio 2003, n. 279, in *Ragiusan*, 2003, 235/236, 433; Cass. 13 gennaio 2006, n. 520, in *Ragiusan*, 2007, 283-284, 267.

(56) L. 27 dicembre 2006, n. 269, art. 1, comma 796, lett. *z*).

(57) Sulle sanzioni applicabili, cfr. L. Benci, *La prescrizione e somministrazione di farmaci*, cit., 95 ss.

(58) F. Massimino, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali*, cit., 1107.

(59) L. 24 dicembre 2007, n. 244.

(60) In tale fase, si compara l'efficacia del farmaco con altri medicinali o con il placebo (sostanza inattiva) e si decide anche quale sia la dose più indicata e meglio tollerata. Come è noto, le fasi in cui si articola la sperimentazione sono quattro.

(61) M. Zana, *Ai limiti della responsabilità medica*, cit., 740.

(62) L. Nocco e B. Guidi, *The debate concerning the off-label prescriptiones of drugs*, cit., 12.

(63) Cfr. Cass., sez. un., 19 febbraio 1997, n. 1532, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Professioni intellettuali*, n. 212 e, per esteso, in *Banca dati Leggi d'Italia Professionale*. Essa ha confermato una sanzione disciplinare, irrogata nei confronti di un medico che aveva distribuito un farmaco (l'Homeopolis) non sterile, preparato senza l'autorizzazione del Ministero della Salute, che aveva cagionato danni a pazienti affetti da malattie neoplastiche.

(64) L'art. 12 del Codice di deontologia medica in allora vigente (ed. 1995), dopo aver riconosciuto al medico «piena autonomia di scelta, nell'applicazione e nella programmazione dell'*iter* dei presidi diagnostici e terapeutici» (comma 1), riservava infatti all'ambito della sperimentazione «il ricorso a terapie nuove, purché la loro efficacia e tollerabilità sia scientificamente documentata» (comma 4).

corso a terapie nuove è riservato all'ambito della sperimentazione clinica, mentre è riprovevole l'adozione e la diffusione di terapie segrete e/o scientificamente infondate, oppure atte solo a suscitare illusioni o speranze».

Il Tribunale di Milano, 21 luglio 2000 (65), ha condannato un medico per lesioni dolose, a norma dell'art. 582 c.p., per non aver adeguatamente informato la paziente dei rischi connessi ad un trattamento a base di insulina, con finalità antiabortiva (66).

Anche il Tribunale di Pistoia, 20 gennaio 2006 (67), ha condannato per lesioni dolose una psichiatra che aveva prescritto ad una dodicenne, per combattere l'obesità, un farmaco autorizzato per la cura dell'epilessia (68), cagionandone un complesso quadro clinico (69).

Nel caso di specie, il Giudice di primo grado ha ravvisato un'ipotesi di "dolo" eventuale poiché il medico non aveva adeguatamente informato la madre della paziente; non aveva effettuato il progressivo aumento del dosaggio del farmaco (stadeazione); non aveva riscontrato pubblicazioni scientifiche a supporto (70); e soprattutto non aveva vigilato sulla cura *in itinere*, abbandonando la paziente al suo destino.

Anche in sede civile, tali pronunce rivestono riflessi importanti, poiché il danno cagionato da lesioni volontarie non è soggetto a copertura assicurativa (71). Il reato è stato tuttavia derubricato in lesioni "colpose" in secondo grado (72), con successiva conferma da parte della Corte di Cassazione penale, 24 giugno 2008 (73), poiché «non si trattava di prescrizioni di farmaco per tentare una sperimentazione pura, dato che vi era qualche pubblicazione scientifica proprio sull'utilizzazione di detto effetto collaterale da un punto di vista terapeutico»; con conseguente prescrizione del reato (74).

La Suprema Corte ha ravvisato ipotesi colpose anche in altri due casi di prescrizioni *off-label*. La prima pronuncia (Corte di Cassazione penale, 19 giugno 2006) (75), concerne danni estetici (76), conseguenti ad un "cocktail" di farmaci (77), somministrati a delle modelle per il trattamento della cellulite (78). Nella seconda (Corte di Cassazione penale, 13 marzo 2008) (79), un medico è stato condannato per omicidio colposo, per aver prescritto ad una giovane paziente, contro l'irsutismo, un farmaco per la cura della prostata, cagionandone la morte per

Note:

(65) Trib. Milano, 21 luglio 2000, in *Boll. It. farm.*, 2001, 134, ricordata anche da M. Zana, *Ai limiti della responsabilità medica*, cit., 732 e da P. Minghetti, I. Palmieri, F. Selmin, *La terapia farmacologica in assenza di medicinali registrati per la patologia diagnosticata*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 99.

(66) Ciò causò alla paziente un coma ipoglicemico e conseguenti lesioni neurologiche.

(67) Trib. Pistoia, 20 gennaio 2006, n. 440, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1125.

(68) Il Topamax, in combinazione con un antidepressivo, il Fevarin. La scelta di tale farmaco derivava dal fatto che esso presentava, quale effetto collaterale, la diminuzione dell'appetito.

(69) Caratterizzato da sonnolenza, incubi, emicrania, depressione, eccitabilità, allucinazioni, calcolosi renale, disturbi oculari e colecistopatia.

(70) Al momento dei fatti di causa (nel 1999), sul Topamax erano stati diffusi solo tre studi, condotti negli USA, di cui due sugli animali e uno su di una donna di 37 anni. Nessuna pubblicazione si riscontrava con riferimento allo specifico caso dei bambini e degli adolescenti.

(71) Art. 1900, comma 1, c.c.

(72) App. Firenze, 22 febbraio-21 marzo 2007, n. 27, inedita.

(73) Cass. pen., 24 giugno 2008, n. 37077, *Ruocco*, in *Corr. giur.*, 2009, II, 182.

(74) La colpa è stata ravvisata, soprattutto, nel non aver monitorato le condizioni della giovane paziente, durante la cura: «l'obbligo di monitoraggio assume connotazioni ancora più pregnanti qualora si tratti, come nel caso, di farmaci prescritti per un'indicazione terapeutica diversa da quella contenuta nell'autorizzazione ministeriale d'immissione in commercio, in quanto la scelta terapeutica *off-label* adottata dal medico, non può prescindere dal perseguire il beneficio del paziente, anche attraverso l'osservanza del rapporto rischio-beneficio, che passa ineludibilmente attraverso un'attenta valutazione dei dati clinici». Quanto al consenso informato, la Suprema Corte ha evidenziato come la sua violazione possa integrare, di per sé, la colpa del medico, soltanto laddove essa rivesta rilevanza causale, precludendo la possibilità di ottenere informazioni utili per prescrivere un trattamento più appropriato: «in un unico caso la mancata acquisizione del consenso potrebbe avere rilevanza come elemento della colpa: allorquando, la mancata sollecitazione di un consenso informato abbia finito con il determinare, mediatamente, l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire un'anamnesi completa (si pensi, alla mancata conoscenza di un'allergia ad un determinato trattamento farmacologico o alla mancata conoscenza di altre specifiche situazioni del paziente che la sollecitazione al consenso avrebbe portato alla attenzione del medico)». Questa sentenza è ricordata anche in Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *CED Cassazione*, 2010, che, compiendo un lungo *excursus* in tema di consenso informato, si sofferma anche sul caso dei farmaci *off-label*, ricordando che tale ipotesi è, di per sé «incompatibile col dolo di lesioni», in quanto «il sanitario si trova ad agire con una finalità curativa», «salvo che si versi in situazioni anomale e distorte…per scopi esclusivamente scientifici».

(75) Cass. pen., 19 giugno 2006, in *Resp. e risarc.*, 2007, II, 80.

(76) Reazioni allergiche, ascessi e conseguenti cicatrici.

(77) Fleboside, Venoplant, Ateroid ed Aminomal.

(78) La CTU, esperita nel corso del processo, poneva in luce che: «nessuno dei farmaci utilizzati prevedeva come indicazione la terapia della cellulite, che per nessuno di essi era prevista la somministrazione sottocutanea, che le posologie indicate non corrispondevano a quelle praticate dalla imputata. Da tali premesse traeva la considerazione che l'uso di quei farmaci *off-label* (fuori regola, come il trattamento eseguito) era legittimo solo se era allegata una documentazione scientifica che contrastasse le indicazioni o la posologia ufficiali e si fosse ottenuto il consenso informato delle pazienti».

(79) Cass. pen., 13 marzo 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 376.

insorgenza di epatite fulminante: «è in colpa il medico che somministri al paziente un farmaco di cui sono noti gli effetti tossici, per scopi terapeutici diversi da quelli autorizzati (c.d. prescrizioni *off-label*) in un caso in cui erano disponibili diverse ed efficaci terapie e senza adeguato e continuo controllo degli effetti della terapia».

Una vicenda peculiare è stata poi decisa dalla Corte di Cassazione penale, 29 marzo - 31 maggio 2007, n. 21234, afferente un caso di uso di farmaci *off-label* in ambito sportivo, che ha disposto la condanna per frode in competizione sportive, *ex* art. 1, legge 13 dicembre 1989, n. 401, per somministrazione ai calciatori di una nota squadra «di sostanze medicinali in specie, quantità o qualità non corrispondenti alle ordinazioni mediche o diversa da quella dichiarata o pattuita».

La vicenda dei farmaci *off-label* è stata sottoposta di recente anche all'attenzione della Corte costituzionale, 12 gennaio 2011 (80), la quale ha censurato una legge regionale (81) che prevedeva condizioni diverse («una disciplina generalizzata in ordine all'utilizzo *off-label* dei farmaci, rimettendo i criteri direttivi alla Commissione regionale del farmaco, così eludendo il ruolo che la legislazione statale attribuisce all'AIFA nella materia considerata») rispetto a quelle sancite dal legislatore nazionale (che, come visto, «circoscrive il ricorso a farmaci *off-label* a condizioni eccezionali e ad ipotesi specificamente individuate»).

Dall'analisi della giurisprudenza in materia si ricava che, al di là delle situazioni estreme di dolo eventuale (che potrebbe ravvisarsi qualora il medico voglia sperimentare il farmaco, al di là dei canoni etici e di legge), la violazione delle condizioni normative (82) può certamente determinare la sussistenza di una colpa specifica (art. 43 c.p.), che si viene ad affiancare ad una colpa generica per negligenza, imprudenza o imperizia professionale (nel caso di scelte terapeutiche inadeguate) (83).

Casi di colpa professionale si potrebbero, ad esempio, ravvisare qualora si sarebbe potuti ricorrere alla più sicura e consolidata terapia tradizionale; ovvero qualora non si fossero riscontrate a supporto pubblicazioni scientifiche di carattere internazionale.

In proposito, il giudice, anche esperendo consulenza tecnica, dovrà valutare se siano sufficienti ad escludere ogni profilo di colpa la diffusione in campo medico di protocolli di sperimentazione (anche se non aventi accreditamento internazionale); ovvero *abstracts* o *papers* presentati a convegni (84), tenendo conto che, in tali sedi, si è soliti attribuire maggior risalto ai risultati positivi.

Come per gli altri farmaci (85) e come avviene per la sperimentazione clinica (86), la dottrina ha ritenuto applicabile anche ai trattamenti *off-label* il disposto dell'art. 2050 c.c. (87).

In tal caso, l'onere della prova graverebbe sul medico, tenuto a dimostrare che la gravità e peculiarità del caso clinico rendeva opportuna (se non necessaria) la somministrazione *off-label* e che la terapia tradizionale non lasciava sperare esiti più consoni (88).

Note:

(80) Corte cost. 12 gennaio 2011, n. 8, inedita.

(81) L. Emilia Romagna, 22 dicembre 2009, n. 24 che, all'art. 35, «attribuiva alla Regione il potere di prevedere, in fase di aggiornamento del Prontuario terapeutico regionale ed avvalendosi della Commissione Regionale del Farmaco, l'uso di farmaci, anche al di fuori delle indicazioni registrate dall'AIC, quando tale estensione consentisse, a parità di efficacia e sicurezza rispetto a farmaci già autorizzati, una significativa riduzione della spesa farmaceutica a carico del SSN e tutelasse la libertà di scelta terapeutica». F. Massimino, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali*, cit., 1109, solleva dubbi di legittimità costituzionale anche con riferimento alla delibera della Regione Toscana n. 394/2008, che ha esteso la rimborsabilità dei medicinali oncologici anche se non inclusi nell'elenco dei farmaci compassionevoli.

(82) Su cui vedi *retro*, in questo §.

(83) Per approfondimenti, F. Massimino, *La prescrizione dei farmaci* off-label, cit., 935.

(84) P. Piras, *La responsabilità del medico per la prescrizione* off-label, cit., 1963.

(85) Su cui *amplius supra* § 2.

(86) Prescrizione di farmaci *off-label* e sperimentazione, pur presentando numerosi punti di contatto, devono tuttavia essere tenute distinte. La seconda, infatti, serve a verificare la sicurezza e l'efficacia del prodotto farmaceutico; mentre la prima riguarda il caso di un medico che decida di utilizzare un farmaco per finalità diverse da quelle approvate, ma comunque suffragate da pubblicazioni scientifiche. La differenza è ben posta in luce da J.R. Deaton, *Liability for Off-Label Use of Drugs and Medical Devices*, in F.C. Woodside, *Drug Product Liability,* Newark-San Francisco, 2007, vol. I, cap. 8B, 7; da R. Munson, *Intervention and Reflection: Basic Issues in Medical Ethics*, *Wadsworth publishing Co.*, 1992, 4a ed., 324, che così evidenzia: «*medical therapy aims at relieving the suffering of people and restoring them to health…; Medical research, by contrast, is a scientific enterprise. It aims to acquire a better understanding of the chemical and physiological processes that are involved in human functioning…the hope, of course, is that this theoretical understanding can be used as a basis for treating individuals. But helping a particular patient get well is not a goal of medical research*»; e da M. Piccinni, *Il consenso al trattamento medico del minore,* Padova, 2007, 293, che riassume: «solo nel caso di attività sperimentale in senso stretto, si è inseriti in un protocollo di ricerca», ma che tuttavia riconosce che le norme sulla sperimentazione possano trovare applicazione in via analogica.

(87) F. Massimino, *La prescrizione dei farmaci "*off-label", cit., 934.

(88) Ciò potrebbe consentire di affermare la responsabilità del medico, non solo in caso di trattamento con esito infausto, ma anche nel caso in cui la terapia non convenzionale non abbia dato i risultati sperati (con nessun miglioramento nella salute del paziente). Nel caso di farmaco "autorizzato", invece, si esclude generalmente che l'inefficacia possa, di per sé, comportare la responsabilità del medico e del produttore (Trib. Milano, 3 febbra-

(segue)

Un risultato analogo potrebbe conseguirsi tramite l'applicazione dell'art. 1218 c.c., secondo un orientamento ormai consolidato (89), che pone a carico del medico l'onere di provare l'impossibilità della prestazione, la diligenza (90) e persino l'irrilevanza eziologica dell'inadempimento (91).

Quanto al produttore del farmaco *off-label*, tuttavia, sia la dottrina (92) che la giurisprudenza (93) hanno escluso che possa rispondere *ex* art. 2050 c.c., qualora abbia fornito adeguate e corrette informazioni nel foglietto illustrativo. Si è altresì ritenuto che il produttore non possa rispondere in base alla normativa sui prodotti difettosi, se il medico abbia utilizzato il farmaco per una terapia od una posologia differenti da quelle da lui indicate: l'art. 118 Cod. consumo prevede, infatti, una clausola di esonero dalla responsabilità, qualora il prodotto sia stato messo in circolazione per un uso diverso da quello cui il produttore lo abbia destinato.

Negli Usa, invece, il produttore è stato ritenuto responsabile se conosceva o avrebbe potuto conoscere l'uso *off-label* del proprio prodotto da parte dei medici e, ciò nonostante, non abbia avvertito dei pericoli che ne sarebbero potuti derivare (94).

In proposito, occorre ricordare che, nel luglio 2008, la vicenda dei farmaci *off-label* è stata al centro di un ampio dibattito negli Stati Uniti, in quanto il *Government Accountability Office* aveva posto in luce come la *FDA* non disponesse delle risorse necessarie a controllare che non venissero promossi utilizzi non autorizzati del farmaco (in tale Paese, infatti, è vietato pubblicizzare gli usi *off-label*, ma le case farmaceutiche hanno sempre aggirato il divieto, tramite distribuzione di pubblicazioni scientifiche, sponsorizzazione di conferenze, o finanziamento di *Continuing Medical Educational Programs*).

Una questione analoga è stata di recente oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia, 5 maggio 2011 (95), che così ha sancito: «l'art. 88, n. 1, lett. a), della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/27/CE, deve essere interpretato nel senso che non osta a che un'impresa farmaceutica diffonda su un sito Internet informazioni relative a medicinali soggetti a prescrizione medica, qualora tali informazioni siano accessibili su tale sito esclusivamente a colui che vuole ottenerle e tale diffusione consista esclusivamente nella riproduzione fedele della confezione del medicinale, conforme all'art. 62 della Direttiva 2001/83, come modificata dalla Direttiva 2004/27, nonché nella riproduzione letterale ed integrale del foglietto illustrativo o del riassunto delle

Note:

(continua nota 88)

io 2000, n. 994, inedita). L'art. 3, comma 2, d.l. n. 23/1998, quando parla di «trattamento utile», non si riferisce alla mancata guarigione, né al miglioramento delle condizioni di salute, bensì ad un presumibile maggior beneficio, rispetto all'utilizzo della cura "standard". Cfr. M. Zana, *Ai limiti della responsabilità medica*, cit., 733.

(89) Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, pubblicata in numerose riviste, fra cui *Corr. giur.*, 1999, IV, 441, con nota di A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Foro it.*, 1999, I, 333, con note di F. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. Lanotte, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 661, con nota di M. Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: "il contatto sociale conquista la Cassazione"*, che ha affermato la responsabilità contrattuale del medico dipendente, fondata sul contatto sociale (ossia sull'affidamento che il paziente pone nella professionalità del medico).

(90) Secondo la giurisprudenza (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, pubblicata in numerose *Riviste*, fra cui *Corr. giur.*, 2001, XII, 1565), il creditore deve provare solo la fonte del proprio diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento di controparte; mentre spetta al debitore provare di avere esattamente adempiuto. Questo principio ha trovato ampia applicazione in campo medico. Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 in *Foro it.,* 2005, I, 2479 e 21 giugno 2004, n. 11488, in questa *Rivista*, 2005, 25 ss.; Cass. 11 novembre 2005, n. 22894, in *Giur. it.*, Mass. 2005; Cass. 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giur. it.,* Mass. 2006; Cass. 31 luglio 2006, n. 17306, in *Giur. it.*, Mass. 2006; Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in questa *Rivista,* 2007, III, 331; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giur. it.,* 2008, 163.

(91) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, su cui si veda *infra* nota 139. *Contra* Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, XII, 1653 e Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, XII, 1275. R. De Matteis, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?* in A. Belvedere e S. Riondato, *Le responsabilità in medicina*, cit., 117 ss., evidenzia che il contrasto è solo apparente: nel caso in cui venga fatta valere la responsabilità della struttura per un fatto del medico (*ex* art. 1228 c.c.), l'onere di provare il nesso causale viene lasciato a carico del paziente (per non far gravare sul medico l'incertezza probatoria, salvo nei casi in cui il rischio di insuccesso sia basso, in cui si registra l'opposto orientamento); qualora invece si prospetti una responsabilità della struttura per infezioni nosocomiali, per difetto di organizzazione, o per carente tenuta della cartella clinica, l'onere di provare l'assenza di nesso causale viene lasciato gravare sull'ente ospedaliero.

(92) F. Massimino, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali*, cit., 1117.

(93) Trib. Milano, 29 marzo 2005, n. 3520, in *Rass. dir. farm.,* 2006, I, 34, che ha ritenuto non responsabile un'impresa, che si era limitata ad indicare nel foglietto illustrativo le informazioni richieste dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 540 in materia di etichettatura dei medicinali per uso umano, pur omettendo di segnalare, nel bugiardino, effetti collaterali ritenuti molto rari o comunque di "modesta rilevanza"nelle pubblicazioni scientifiche.

(94) *Miles Laboratories, Inc., v. Superior Court*, 184 Cal Rptr 98 (Cal. App 4th Dist 1982). *Contra Roback V. Abbott Laboratories*, 797 F. Supp. 45 (D. Md 1992).

(95) Causa C-249/09, *Novo Nordisk AS/Ravimiamet,* inedita.

caratteristiche del prodotto che sono state approvate dalle autorità competenti in materia di medicinali». Nell'ordinamento comunitario, sono dunque leciti i meccanismi di "*pull*" (consultazione a richiesta dell'utente) e non di "*pop-up*" (informazioni che appaiono automaticamente sullo schermo).

L'indennizzo per danni da vaccinazioni e trasfusioni di sangue: un ulteriore strumento di tutela

Anche i vaccini presentano particolari caratteristiche, che li differenziano dagli altri farmaci, «per la peculiare utilità sociale, o perché giudicati idonei a preservare la salute dell'intera collettività e delle generazioni future»; tanto che si è parlato di un rapporto "*genus ad speciem*" (96).

Per questo, si è reso necessario predisporre un ulteriore strumento di tutela, che si affianchi al risarcimento, ravvisandolo nell'indennizzo: ossia, in una misura di solidarietà sociale di natura assistenziale, che risponde ad esigenze di "socializzazione del rischio" (97), ripartendo all'interno della collettività le conseguenze economiche del danno, anche laddove non sia possibile riscontrare alcun profilo di colpa in capo all'Ente od al medico che hanno provveduto alla somministrazione del vaccino.

La legge 25 febbraio 1992, n. 210 (98) ha introdotto tale sostegno a favore dei danneggiati da complicanze di tipo irreversibile, a causa non solo di vaccinazioni (specie obbligatorie), ma anche di trasfusioni e somministrazione di emoderivati (laddove il trattamento, sebbene non obbligatorio, è comunque necessario), rispondendo all'invito della Corte costituzionale, 22 giugno 1990 (99).

Nel "caso Oprandi" (100), la Consulta ha dichiarato, infatti, l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1966, n. 51 (che stabiliva l'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica), nella parte in cui non prevedeva, a carico dello Stato, un'equa indennità in caso di danni derivanti da contagio, o da altra apprezzabile malattia, eziologicamente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria, riportati dal bambino vaccinato, o da altro soggetto che abbia provveduto alla cura ed all'assistenza del bambino, anche al di là dei casi che già potevano trovare tutela nell'art. 2043 c.c.

La Corte costituzionale ha affermato che la legge che imponeva la vaccinazione antipoliomelitica, pur essendo conforme all'art. 32, comma 2, Cost., contrastava tuttavia col comma 1 della medesima norma. Infatti:

1) a norma dell'art. 32, comma 2, Cost. (101) (di cui nel caso in esame non si è riscontrata la violazione), è legittimo imporre, per legge, un trattamento sanitario, purché ciò sia volto a tutelare un interesse generale. E la vaccinazione è finalizzata non solo e non tanto a preservare lo stato di salute del soggetto che vi si sottopone, ma soprattutto a tutelare l'intera

Note:

(96) G. Guerra, *Responsabilità per danno da farmaco e da vaccino: un rapporto genere a specie?*, in questa *Rivista*, 2010, XI, 998 ss.

(97) A. Princigalli, *Nota a Corte cost.*, 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, 2697.

(98) Sulla l. n. 210/1992 e le sue successive modifiche si vedano, fra gli altri, G. Ponzanelli e A. Busato, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992,* in *Corr. giur.,* 1992, 952; M. Lana, *Stato di attuazione della l. 25.2.1992, n. 210 in materia di indennizzo di soggetti danneggiati da trasfusioni e somministrazione di emoderivati,* in *Dir. Uomo*, 1993, III, 81; G. Comandé, *Diritto alla salute tra sicurezza e responsabilità civile,* in questa *Rivista*, 1996, V, 576 ss.; G. Ponzanelli, *"Pochi ma da sempre" la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità,* in *Foro it.,* 1996, I, 2326; Id., *Vaccinazioni obbligatorie: un primo commento alla legge n. 238/1997*, in questa *Rivista*, 1997, 649 ss.; Id., *La misura dell'indennizzo per le vittime di vaccinazioni obbligatorie: il nuovo intervento della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1998, I, 1370; Id., *Responsabilità civile e sicurezza sociale: un decennio "tribolato"*, in *Foro it.*, 2001, I, 5; A. Mazziotti, *L'indennizzo delle vittime di trasfusioni o di vaccinazioni. Necessità di combinare equità e diritto positivo,* in *Riv. giur. lav. e prev.,* 2001, II, 240; G. Vetrugno, A. D'Aloja, F. Paolacci, G. Albertacci, D. De Mercurio, *Aspetti attuali della valutazione delle infermità contratte a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati,* in *Riv. it. Med. leg.,* 2001, 1015; F. Felicetti e M.R. San Giorgio, *Danni da vaccinazioni e trasfusioni e "sperinvalidità",* in *Corr. giur.*, 2002, IV, 527; M. Minniti e F. Minniti, *Danno da contagio, fattispecie* settled, in *Dir. e giust.*, 2004, XXVIII, 98 ss.; M. Minniti, *I danni da contagio: responsabilità, legittimazione e liquidazione. Una cartina di tornasole per determinare la risarcibilità,* in *Dir. e giust.,* 2004, XIV, 85 ss.; S. Barbaro, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da ritardo nell'erogazione dell'indennizzo di cui alla l. n. 210/1992,* in questa *Rivista*, 2009, 713; A. Querci, *L'indennizzo ai danneggiati da vaccinazioni e trasfusioni di sangue ed i suoi rapporti con il risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, IV, 346-354; Id., *I danni da vaccinazioni, fra indennizzo e risarcimento*, in A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, cit., 469-496.

(99) Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, con nota di A. Princigalli, cit., e di G. Ponzanelli, *Lesione da vaccino antipolio, che lo Stato paghi l'indennizzo!;* in *Foro it.,* 1990, I, 2699; in *Giur. cost.*, 1990, 1880, con nota di F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e "responsabilità" dello Stato*; in *Resp. civ. prev.,* 1991, 73, con nota di D. Poletti, *Danni alla salute da vaccino "antipolio" e diritto all'equo indennizzo.*

(100) La vicenda, all'origine della pronuncia, riguarda una donna che aveva contratto la poliomielite, con paralisi spinale permanente, allattando il figlio sottoposto a vaccinazione. Nella specie, non si riscontravano, tuttavia, i presupposti per richiedere il risarcimento del danno, non essendo possibile dimostrare l'esistenza dell'elemento soggettivo in capo al medico od alla struttura sanitaria.

(101) Esso afferma: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

collettività, per evitare il diffondersi di contagi: questo giustifica la limitazione dell'autodeterminazione (102);
2) tuttavia, il comma 1 dell'art. 32 Cost. (ritenuto violato nella specie) prevede che la salute sia un diritto fondamentale dell'individuo *in primis uti singuli*, con la conseguenza che non è giusto lasciare a carico del soggetto vaccinato il pregiudizio connesso alla terapia immunologica (103), il cui costo deve essere riallocato all'interno della collettività, a vantaggio della quale è stata posta in essere (104).
Come detto, la legge 25 febbraio 1992, n. 210, ha tentato di fornire risposta a queste problematiche, ma la formulazione legislativa ha lasciato aperte numerose questioni, che hanno reso necessari ulteriori interventi legislativi (105) e della Corte costituzionale, volti ad estendere la tutela a numerosi soggetti, in situazioni analoghe a quelli che già potevano fruire dell'indennizzo.
Oggi quest'ultimo non è, infatti, più limitato solo ai casi di danni conseguenti a vaccinazioni "obbligatorie" (106) e di contagio da HIV o da epatite, a seguito di somministrazione di sangue o suoi derivati (107), ma è stato esteso anche:
• al personale sanitario (108) venuto a contatto con sangue contaminato (109);
• al coniuge e/o convivente infettato dal partner, ed al figlio che abbia contratto il virus durante la gestazione (110);
• alle vaccinazioni "necessarie" (per motivi di lavoro o di servizio o per potersi recare all'estero) (111);
• alle vaccinazioni "fortemente raccomandate" (nel caso di vaccinazione antipolio e antiepatite B) (112).
Ciò sulla base della *ratio*, secondo la quale è del tutto indifferente se il soggetto si sia sottoposto a profilassi per ragioni di solidarietà sociale o di "autocoscienza" o per evitare una sanzione (113).
Per la medesima ragione, l'indennizzo dovrebbe essere applicato anche nel caso di persone danneggiate da vaccini antinfluenzali (114), poiché altrimenti si rischierebbe di incorrere in un'ulteriore censura, da parte della Corte costituzionale (115).
Del resto, occorre tener conto che le vaccinazioni sono sempre meno "obbligatorie", a seguito delle in-

Note:

(102) Punto 2, 1°, 3° e 5° capoverso, della sentenza.

(103) A. Princigalli, *Nota a Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307,* cit., evidenzia che: «l'esistenza di una tale obbligazione in capo allo Stato viene giustificata sulla base di un principio generale, in virtù del quale il singolo non deve sopportare interamente le conseguenze di un sacrificio imposto a favore della collettività».

(104) «Un corretto bilanciamento fra il valore della salute e lo spirito di solidarietà fra individuo e collettività implica il riconoscimento, per il caso in cui il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento»: punto 3, 6° capoverso, della sentenza.

(105) Cfr. l. 21 ottobre 2005, n. 219, che contiene la nuova regolamentazione in tema di emotrasfusioni e di emoderivati. Ulteriori norme in tema di indennizzo per vaccinazioni obbligatorie sono state introdotte con la l. 29 ottobre 2005, n. 229 (i decreti attuativi della legge sono stati emanati dal Ministero della Salute il 6 ottobre 2006 ed il 20 giugno 2008). Si ricordi anche il d.l. 23 ottobre 1996, n. 548 (convertito in l. 20 dicembre 1996, n. 641), che ha introdotto un'ulteriore misura di sostegno, per il periodo ricompreso fra la domanda amministrativa e la concessione dello stesso (pari al 30% dell'assegno che sarebbe dovuto per ciascun anno). Tale disposizione riguarda solo i danneggiati da vaccinazione e non già gli altri beneficiari della legge, come confermato da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 578, cit., secondo la quale gli altri soggetti sarebbero tutelati a norma dell'art. 38 Cost. (e non dell'art. 32 Cost.).

(106) I vaccini obbligatori sono attualmente D.T.P.; antipoliomelite ed Antiepatite B.

(107) La Corte cost. 6 febbraio 2009, n. 28, in *Foro it.*, 2009, IV, 1, 954, ha dichiarato l'incostituzionalità della l. 25 febbraio 1992 n. 210, nella parte in cui non prevedeva che i benefici ivi riconosciuti spettassero anche ai soggetti danneggiati, a qualunque titolo, a seguito dell'assunzione di emoderivati (anteriormente la legge si limitava a menzionare gli emoderivati con riferimento all'HIV e non facendone cenno per l'epatite). Tali controversie sono tanto numerose che sono stati stanziati fondi (col d.l. 89/2003) al fine di favorire procedure transattive. Le transazioni erano inizialmente limitate solo agli emofilici (d.m. 3 novembre 2003), ma sono poi state estese anche ai talassemici, emofilici occasionali e persone affette da sindrome del Talidomide (l. 24 dicembre 2007, n. 229). I requisiti per accedere a tali procedure transattive sono stati disciplinati con d.m. 29 aprile 2009, n. 132 e Circ., 20 ottobre 2009, n. 28. Sul punto si veda R. Partisan, *La transazione sul danno da trasfusione contagiosa, da somministrazione di emoderivati infetti o da vaccinazione obbligatoria, secondo il Regolamento emanato con d.m. 28 aprile 2009, n. 132*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, II, 488.

(108) Art. 1, comma 2, l. n. 210/1992.

(109) Grazie alla censura di Corte cost. 26 novembre 2002, n. 476, in *Foro it.,* 2003, I, 330, con nota di A. Palmieri; in questa *Rivista,* 2003, II, 154, con nota di G. Ponzanelli, *Vaccinazioni obbligatorie: un'ulteriore lacuna della legge n. 210/92*.

(110) Art. 2, comma 6, l. n. 210/1992. Un caso del genere è stato deciso da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, su cui si veda *infra* nota 139.

(111) Art. 1, comma 4.

(112) Come riconosciuto da Corte cost. 26 febbraio 1998, n. 27, in questa *Rivista*, 1998, 429, con nota di G. Comandé, *Il diritto alla salute, la trilogia costituzionale ed i limiti di bilancio. Ancora sulla l. n. 210 del 1992 e sulla sua rilevanza sistematica*; in *Foro it.*, 1998, I, 1370, con commento di G. Ponzanelli, *La misura dell'indennizzo per le vittime di vaccinazioni obbligatorie*, cit.

(113) Le sanzioni per omessa sottoposizione del bambino a vaccinazione sono state depenalizzate ed oggi rientrano nel disposto della l. 24 novembre 1981, n. 689.

(114) Con riferimento al vaccino contro l'influenza H1N1, tale interpretazione è proposta da A. Querci *Il vaccino contro l'influenza A/H1N1*, cit., 341. La stessa estende la proposta a tutti i vaccini antiinfluenzali in *I danni da vaccinazione, fra indennizzo e risarcimento,* cit., 490 ss.

(115) Trib. Ravenna 20 dicembre 2006, in *Lav. giur.*, 2007, 809, con nota di C. Mazza. G. Guerra, *Responsabilità per danno da farmaco e da vaccino*, cit., 1005, suggerisce, in proposito, che: «analoga *ratio*, giustificatrice della tutela di carattere sociale, può essere ravvisata nella casistica di danno da vaccinazioni antinfluenzali».

dicazioni provenienti dalla Comunità europea che prevedevano, già entro il 2010 (116), la graduale eliminazione dell'obbligatorietà delle vaccinazioni, con maggiore responsabilizzazione (ed autodeterminazione) di genitori e medici.

In questa direzione, nel nostro Paese sono intervenute numerose leggi regionali (117), che progressivamente vengono a limitare l'obbligo vaccinale e le sanzioni connesse alla sua violazione.

Anche la giurisprudenza ritiene sempre meno cogente tale obbligo: in una recente pronuncia della Corte di Appello di Napoli, 13 aprile 2011, si è così revocato il provvedimento con il quale il Tribunale dei minorenni aveva imposto (118) la sottoposizione di una minore a vaccinazione, evidenziando che, nonostante la bambina non presentasse alcuna peculiare condizione di salute che rendesse sconsigliabile la profilassi, tuttavia, tutte le vaccinazioni comportano «la possibilità di complicanze anche di tipo permanente. Del resto, anche il legislatore, nella l. 25 febbraio 1992, n. 210, nel prevedere un indennizzo per i danni biologici, conseguenti a vaccinazioni, non ha escluso la potenziale nocività delle medesime». In tal senso, si è evidenziato che anche l'art. 47 d.P.R. 26 gennaio 1999, n. 355 ha abolito il divieto di ammissione scolastica del minore non sottoposto a vaccinazione obbligatoria, in osservanza «di una nuova politica, intesa a controbilanciare la tutela della salute pubblica con quella della persona all'autodeterminazione consapevole, più compatibile con la legislazione degli altri Paesi della Comunità Europea, ove le vaccinazioni non sono imposte ma solo consigliate», ricordando altresì la «politica sanitaria, svolta da quasi tutte le Regioni, non più fondata sull'imposizione ma sull'adesione informata e partecipata», in quanto «la normativa adottata dalle Regioni Veneto, Piemonte, Toscana, Province Autonome di Trento e Bolzano, Lombardia e Sardegna, ha abolito le sanzioni amministrative per inottemperanza all'obbligo delle vaccinazioni».

Simile pronuncia è stata adottata dal Tribunale per i minorenni dell'Abruzzo, 6 giugno 2011, sottolineando che «le vaccinazioni obbligatorie possono causare danni in generale e nello specifico» (119).

Anche negli USA (120), a fronte di "nuove vaccinazioni" (come quella contro il papilloma virus) (121), ci si è chiesti se sia ancora equo (e non ana-

Note:

(116) Attualmente, l'obbligo sussiste ancora, oltre che "parzialmente" in Italia, in Portogallo ed in Grecia.

(117) Nella Regione Veneto, la legge regionale 23 marzo 2007 n. 7, «Sospensione dell'obbligo vaccinale per l'età evolutiva», prevede, per i nuovi nati, a far data dal 1° gennaio 2008, la sospensione degli obblighi vaccinali dettati dalle leggi dello Stato. Più mite è il «Piano delle vaccinazioni», con cui la Giunta della Regione Piemonte, nel 2006, ha sostituito la distinzione fra vaccini obbligatori e facoltativi, con quella fra vaccini "prioritari" ed "altri", sospendendo altresì le sanzioni in materia; per la Regione Lombardia (delibera della Giunta n. VIII/1578 del 22 dicembre 2005); per la Regione Toscana (delibera della Giunta n. 369 del 22 maggio 2006) e per la Sardegna (delibera della Giunta n. 71/12 del 16 dicembre 2008). In Trentino, infine, dal luglio 2010, è prevista la «possibilità di un graduale superamento della vaccinazione obbligatoria». Sui dubbi di legittimità costituzionale si rinvia ad A. Querci, *The Medico Legal and Juridical Aspects*, in A. Molinelli - A. Bonsignore - A. Querci - G. Icardi - M. Martini - P. Durando, *Towards the Suspension of Compulsory Vaccination in Italy: Balancing between Public Health Priorities and Medico-legal and Juridical Aspects*, in *Journal of Preventive Medicine and Hygiene*, III, 2009; Id., *Sospensione dell'obbligo vaccinale a livello regionale: profili di illegittimità costituzionale*, in *Rass. dir. farm.,* 2009, II, 263 ss. Si ricordi anche la Deliberazione della Giunta Regionale Emilia Romagna, 13 marzo 2009, n. 256, di approvazione del documento contenente le «Indicazioni alle Aziende sanitarie per promuovere la qualità delle vaccinazioni in Emilia-Romagna», il quale, all'art. 5.4., a sua volta dispone che la «prevenzione, e la vaccinazione in particolare» devono essere considerate come «un diritto piuttosto che un dovere sociale» e che deve essere favorita «in ogni caso, l'adesione consapevole ed informata degli interessati alla vaccinazione».

(118) Contro la volontà della madre e con la nomina di un curatore speciale *ad hoc*.

(119) Entrambe le pronunce sono inedite, ma reperibili per esteso in rete. Esse riprendono quanto già affermato da App. Lecce, sez. min., 2 novembre 2005, n. 142, che non riteneva «la condotta dei genitori pregiudizievole per il figlio, dal momento che...sono stati, semmai, più accorti e premurosi di tanti altri genitori nell'occuparsi della somministrazione delle vaccinazioni obbligatorie al proprio figliolo, come peraltro viene attestato anche nelle relazioni delle assistenti sociali del Consultorio di..., che hanno riferito di come la scelta dei genitori...fosse il frutto di senso critico, forte personalità e determinazione a portare avanti la scelta di non sottoporre il figlio ai vaccini, ritenendoli un attentato al sistema immunitario, tale da poter sviluppare altre malattie ...».

(120) Il riferimento normativo è al *National Childhood Vaccine Injury Act* del 1986, che consente ai danneggiati di fruire dell'indennizzo, purché rinuncino ad agire in responsabilità contro il produttore. L'indennizzo comprende le spese mediche, la perdita di reddito ed il danno non patrimoniale entro una determinata soglia. Per ottenere il risarcimento integrale, invece, bisogna agire *in tort*, ma il produttore non risponde in caso di effetti collaterali o per violazione del *duty to warn,* e non si può ottenere la rifusione dei danni puntivi, salvo il caso di reato o di dolo. La *ratio* di queste limitazioni di responsabilità deriva dal fatto che, specie per i vaccini, «*the profit per dose is low, and yet the perceived liability per dose is high*», come si legge nel *Public Health Service*, 1989*, Report of the National Commission on Orphan Diseases. U.S. Department of Health and Human Services.* Per questa ragione, le industrie disposte a produrre questo tipo di farmaci sono ormai pochissime negli Usa ed il loro prezzo è lievitato. In particolare, quando i *Wyeth Laboratories* cessarono di produrre il *DTP vaccine*, mancarono scorte sufficienti per vaccinare i bambini di età superiore ad un anno. L. Lasagna, *The Chilling Effect of Product Liability on New Drug Development*, in P.W. Huber e R.E Litan, *The Liability Maze. The Impact of Liability Law on Safety and Innovation*, Washington D.C., 1991, 343 ss. Anche in *Brown c. Abbott Laboratories et Al.*, cit., si evidenzia come il prezzo dei vaccini sia centuplicato, in corrispondenza all'incremento delle cause giudiziarie.

(121) In Italia, tale vaccinazione è "raccomandata" alle giovani di età compresa fra gli 11 ed i 14 anni.

cronistico) limitare la tutela indennitaria alle sole vaccinazioni obbligatorie, o se, invece, oggi essa debba essere estesa a tutti i casi in cui, pur sussistendo cure alternative, il vaccino sia tuttavia il mezzo più idoneo per evitare di contrarre la malattia (122).
In tal modo, alla responsabilità civile si affianca uno strumento pubblicistico (l'indennizzo, appunto), volto a tutelare situazioni che resterebbero altrimenti prive di garanzia, ed il sistema italiano di "*accidents*" viene ad assumere le caratteristiche di un «sistema misto» (123).
La giurisprudenza (124) ritiene infatti che l'indennizzo ed il risarcimento del danno siano due rimedi concorrenti: l'accoglimento della domanda amministrativa di indennizzo non esclude la possibilità di agire in giudizio per richiedere il pieno risarcimento dei danni.
I due strumenti di tutela, infatti, si fondano su diversi presupposti: l'indennizzo prescinde dalla colpa e si basa su un fatto lecito, mentre il risarcimento presuppone un illecito; si riscontrano, inoltre, diversità di esigenze probatorie (125), di *petitum* (126) e di legittimazione attiva. Occorre, poi, «considerare il rischio di *underdeterrence*, connesso ad un'eventuale esclusione della configurabilità della responsabilità per colpa» (127).
La complementarietà dei rimedi è stata più volte affermata anche dalla Corte costituzionale, 22 giugno 1990, n. 307 (128) e dalla stessa legge 29 ottobre 2005, n. 229, la quale ha sancito che «rimane fermo il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivante da fatto illecito» (art. 1, comma 1).
Onde evitare sovrapposizioni di tutele, la giurisprudenza è, tuttavia, ricorsa al principio della *compensatio lucri cum damno* (129) od all'arricchimento senza causa (130), asserendo che dalla somma ottenuta come risarcimento vada detratto quanto già ricevuto a titolo di indennizzo poiché, altrimenti opinando, si godrebbe «in relazione al fatto lesivo del medesimo interesse tutelato, di due diverse attribuzioni patrimoniali, dovute dal medesimo soggetto (il Ministero della Salute) ed aventi causa nel medesimo fatto».

Conclusioni

L'analisi svolta in questo lavoro e più approfonditamente in altra sede (131) mostra come lo sviluppo del progresso scientifico e delle tecnologie, così come l'incertezza ad esso connessa, specie nel campo dei prodotti farmaceutici, richiedano nuove risposte al diritto.

Note:

(122) G. Guerra, *Responsabilità per danno da farmaco e da vaccino*, cit., 12, che a sua volta ricorda, alla nota 68, Note, *Toward a Twenty-First-Century Jacobson V. Massachussetts*, 12J Harv. L. Rev. 1820 (2008).

(123) G. Ponzanelli, *Lesione da vaccino antipolio*, cit., 2701.

(124) Trib. Roma, 14 giugno 2001, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Responsabilità civile*, 345; Trib. Roma, 26 settembre 2003; Trib. Roma, 1° dicembre 2003 e Trib. Roma, 20 gennaio 2004, tutte in *Foro it.*, 2004, I, 2889, con nota di U. Izzo. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., sez. lav., 21 ottobre 2000, n. 13923, in *Giur. it.*, Mass. 2000; in *Resp. civ.*, 2000, 1334, e in *Dir. e giust.,* 2000, 39, 61; Cass. civ., sez. lav., 12 novembre 2003, n. 17047, in *Foro it.*, Rep. voce *Sanità pubblica*, n. 561, e Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in questa *Rivista,* 2006, III, 269 con nota di M. Capecchi, *Note in tema di illecito omissivo* e S. Corongiu, *Danno da trasfusioni di sangue infetto: il Ministero è responsabile per omessa vigilanza fin dai primi anni settanta;* in *Foro it.,* 2006, I, 793, ed in *Resp. civ. prev.*, 2006, 294, con nota di N. Coggiola, *La Cassazione afferma la responsabilità del ministero della salute per i danni da sangue ed emoderivati infetti. Contra* App. Milano, 22 ottobre 1996, in questa *Rivista,* 1997, 734, con nota di M. Gorgoni, *Responsabilità per emotrasfusione: risarcimento od indennizzo*? cit. Ulteriore conferma si ritrova in Cass., sez. un. 11 gennaio 2008, n. 581 su cui si veda *infra* nota 139.

(125) L'accertamento del nesso eziologico è rimesso alle commissioni medico-ospedaliere, che lo valutano con minor rigore rispetto alle regole giudiziali, come evidenziato da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, su cui si veda *infra* nota 138.

(126) La misura dell'indennizzo è quella di cui alla tabella allegata alla l. 29 aprile 1976, n. 177, per la liquidazione delle indennità civili e militari. Essa non può comunque essere irrisoria, come evidenziato da Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.,* 1996, I, 2362, con nota di G. Ponzanelli ed in questa *Rivista,* 1996, V, 573 ss., con nota di G. Comandé, *Diritto alla salute tra sicurezza e responsabilità civile*, cit.

(127) M. Gorgoni, *Responsabilità per emotrasfusione: risarcimento o indennizzo?*, cit., 798.

(128) Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, cit.; Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 118, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1879; Corte cost. 26 febbraio 1998, n. 27, cit.; Corte cost. 16 ottobre 2000, n. 423, in *Foro it.*, 2001, I, 6 ss.

(129) Trib. Roma, 4-15 giugno 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1204; Trib. Roma, 8 gennaio 2003, in *Giur. romana*, 2003, 417. *Contra* Trib. Roma, 27 novembre 1998, cit. A sostegno si rileva che, sebbene l'indennizzo trovi fondamento in un titolo giuridico diverso dal risarcimento, la sua causa diretta deve comunque ravvisarsi nell'interesse dello Stato ad offrire una tutela ai danneggiati da vaccinazioni o emoderivati. Altra parte della giurisprudenza esclude, al contrario, l'applicabilità della *compensatio*, evidenziando che il beneficio non deriva dal medesimo fatto concreto che ha cagionato il danno: Trib. Roma, 20 gennaio 2004, cit., e Trib. Roma, 30 agosto 2005, in *Corr. merito*, 2005, I, 1268. A dirimere il contrasto sono intervenute le sezioni unite, che hanno confermato il primo indirizzo: Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, punto 12.3, su cui si veda *infra* nota n. 139, da cui è tratta la citazione richiamata nel testo. In dottrina, M. Poto, *Problematiche in tema di responsabilità del Ministero della Sanità per omessa vigilanza*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 831; M. Rossetti, *Quando l'offensore diviene vittima: ecco i rischi di un freddo "automatismo risarcitorio",* in *Dir e gius.*, 2004, XXVIII, 76 ss.; L. Di Costanzo, *La riparazione dei danni da trasfusioni e da somministrazione di emoderivati*, cit., 858; A. Busato*, I danni da emoderivati: le diverse forme di tutela*, cit., 71.

(130) Trib. Roma, 20 gennaio 2004, cit., e Trib. Roma, 30 agosto 2005, cit., 1268.

(131) Cfr. A. Querci, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, cit.

A ciò cercano di provvedere sia la giurisprudenza che il legislatore.
La prima (132) riadatta le regole di responsabilità civile in modo tale da «accostarsi, almeno nella sostanza, ai modelli di responsabilità accreditatisi (anche a livello sovranazionale) nei settori in cui si è imposta l'esigenza di compensare situazioni istituzionali di squilibrio, tutelando l'interesse del "consumatore-cliente-utente" di prestazioni e servizi, nei confronti di una controparte professionale ed organizzata» (133).
La necessità di garantire la protezione del soggetto debole (consumatore-paziente) viene perseguita con l'impiego di diversi strumenti (134), ricercando di volta in volta la disposizione più favorevole (135), a seconda di quale sia il soggetto contro cui è rivolta la pretesa risarcitoria: per questo, si segue la via della responsabilità per attività pericolose (*ex* art. 2050 c.c.) quando si agisce contro il produttore di farmaci (136); quella della responsabilità contrattuale (*ex* art. 1218 c.c.), nel caso in cui sia convenuto in giudizio il singolo medico (o la struttura sanitaria), che abbia disposto la prescrizione del farmaco; quella della responsabilità extracontrattuale (*ex* artt. 2043 c.c. e 40 cpv c.p.), quando sia chiamato in causa il Ministero della Salute, per omissione colposa dei suoi doveri di controllo (nel caso degli emoderivati e delle trasfusioni di sangue).
L'unica normativa ancora oggi raramente applicata è quella della responsabilità del produttore, proprio perché più svantaggiosa (coi segnalati dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario) (137).
Ci si chiede, inoltre, se i principi consolidatisi in campo farmaceutico possano essere applicati in via generale, anche oltre i confini dei peculiari casi concreti, in relazione ai quali sono stati affermati. Ciò comporta il rischio che si realizzino "effetti domino" anche in ipotesi non giustificate dalla medesima delicatezza ed incertezza scientifica, che ne hanno suggerito l'adozione (138).
Per svolgere pienamente la sua finalità di protezione, la responsabilità civile non solo viene ad assumere, ad opera della giurisprudenza, contorni diversi da quelli *tradizionali* (139), ma viene anche affian-

Note:

(132) «La giurisprudenza su danni da farmaci si rivela di notevole interesse per la messa a nudo delle politiche del diritto favorevoli ai soggetti lesi, in termine di individuazione delle norme applicabili e della loro interpretazione»: A. Matelero, *I danni di massa da farmaci*, cit., 498.

(133) Così M. Zana e V. Fineschi, *La responsabilità professionale medica: l'evoluzione giurisprudenziale in ambito civile tra errore sanitario e tutela del paziente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, I, 49 ss.

(134) La dottrina, invece, cerca di riportare tutto "a sistema": M. Biscione, *HIV da trasfusione, emoderivati e responsabilità civile,* cit., 145 ss.; L. Di Costanzo, *Il danno da trasfusione ed emoderivati infetti,* cit., 151 ss.; G. Facci, *La trasfusione di sangue ed il rapporto di causalità*, in questa *Rivista*, 1999, 459; U. Izzo, *Sangue infetto e responsabilità civile,* cit., 933 ss., e Id., *La precauzione nella responsabilità civile,* cit., 487 ss., spec. 501; S. Guizzi, *I danni da "contagio" da sangue infetto* (*e da impiego di "emoderivati"*), cit., 1285. Essi invocano l'art. 2050 c.c. anche in ambito trasfusionale, al fine di responsabilizzare maggiormente le strutture sanitarie.

(135) R. De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2007, XLVI, 295, che parla di un vero e proprio "microcosmo".

(136) Cfr. *supra,* § 2.

(137) L. Cabella Pisu, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 641.

(138) V. Zeno Zencovich, *Una commedia degli errori?,* cit., 338; M. Gazzarra, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in questa *Rivista*, 2008, 1008 ss. Si pensi a Cass. 13 giugno 2008, n. 15986, che ha applicato il principio del "più probabile che non" in tema di nesso causale, in un caso di danno da stress derivante da una cartella esattoriale illegittima. Più condivisibile, Trib. Roma, 16 gennaio 2009, in questa *Rivista*, 2010, III, 305 ss., con nota di P. Laghezza, che ha adottato il "più probabile che non" in un caso di incertezza scientifica, rigettando la domanda dell'attore, che asseriva di aver subito un'emorragia nucleo basale destra, a seguito dell'assunzione del Vioxx. In proposito, infatti, gli studi clinici non supportavano l'incidenza eziologica del farmaco sulle emorragie celebrali ed il paziente aveva avuto precedenti attacchi ischemici silenti. Il "più probabile che non" è stato utilizzato nell'ambito della responsabilità da prodotto anche dalla Suprema Corte, in un caso di responsabilità da ustioni riportate a seguito dell'utilizzo di una crema solare, non contenente idonee avvertenze: Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116, cit. Questo orientamento si rinviene già nella giurisprudenza americana, in cui da tempo le Corti verificano che sia "*more probable than not*" che il difetto sussista al momento della vendita e della distribuzione del prodotto e che il danno non sia stato generato da altre cause. *Enrich v. Widmere Corp.*, 616 N.E 2d 1081 (Mass. 1993); *Kroeger v. Ford Motor Co.*, 527 N.W. 2d 178 (Neb. 1995). Cfr. *amplius* A. Querci, *Responsabilità da prodotto negli Usa e in Europa. Le ragioni di un* revirement "*globale*", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 2, 123.

(139) Le sezioni unite hanno introdotto cambiamenti profondi, che vanno dall'onere della prova al nesso causale, sino a giungere alla prescrizione. Cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, già più volte richiamate nelle note che precedono. Alcune di queste sentenze (nn. 577, 578, 581, 582, 584), sono pubblicate, in *Foro it.*, 2008, I, 451 ss. Sulla sentenza n. 576, v. anche il commento di M. Capecchi, *Nesso di causalità e perdita di* chances*: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, V, 149. Nella stessa rivista sono pubblicate anche le sentenze n. 577 e 581, da pag. 612 ss., con nota di R. De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfuioni*. La sentenza n. 577 è rinvenibile altresì in *Resp. civ.*, 2008, V, 397 ss., con nota di R. Calvo, *Diritti del paziente*, onus probandi *e responsabilità della struttura sanitaria;* in *Giur. it.,* 2008, VII, 1653 ss, con nota di A. Ciatti; in *Resp. civ. prev.*, 2008, con nota di M. Gorgoni, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, ed in questa *Rivista*, 2008, VII, 788 ss., con commento di G. Vinciguerra, *Nuovi* (*ma provvisori?*) *assetti della responsabilità medica*. Sul punto si veda anche M. Gazzara, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, cit., 1002

(segue)

cata da strumenti di tutela *nuovi*, come il principio di precauzione (140) e la farmacovigilanza (141), introdotti via via dal legislatore (specie comunitario).
Il quadro dei rimedi è integrato da strumenti *classici* (come l'indennizzo od il contratto di assicurazione) che, peraltro, per affrontare i nuovi rischi, vengono *rinnovati*, assumendo nuove funzioni e fisionomia. Per questa via, recenti disegni di legge hanno proposto di estendere (142), in ogni caso di danno derivante da "alea terapeutica", il meccanismo indennitario, sulle orme del modello francese (143).
Altrove (144), il problema dell'incertezza scientifica nell'ambito della responsabilità da prodotto ha comportato una risposta immediata della giurisprudenza, che ha determinato dapprima una crescita esponenziale della responsabilità civile ed un incremento di severità nei confronti dei produttori e, più di recente, «frustate di ritorno» (145), tramite l'adozione di regole (come la *preemption*) (146), volte ad arginare l'eccessivo impatto che le *tort claims* (col conseguente aumento dei premi assicurativi) potevano rivestire sulla produzione e sull'innovazione (147).
Del resto, l'evoluzione del progresso scientifico (148) e, con essa, la possibilità di diagnosticare e trattare più rapidamente le malattie comporteranno, a livello globale, la sempre più pressante necessità di ripensare ed adattare i presupposti della responsabilità civile e di introdurre nuovi strumenti di tutela (sia *ex ante* che *ex post*), per evitare il reificarsi o l'aggravarsi dei danni.

Note:

(continua nota 139)

ss. La n. 580 è pubblicata anche in *Giur. it.*, 2008, VII, 1646 ss. con nota di A. Valore, *Danno da emotrasfusioni e decorrenza del termine di prescrizione,* e la n. 581 in *Guida al dir.,* 2008, VI, 20, con nota di F. Martini, *Si allungano i tempi della prescrizione per le richieste di risarcimento danni,* ed in *Resp. civ.*, 2008, XII, 983 ss., con nota di C. Romeo, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusioni di sangue infetto.* Sulla sentenza n. 581 si veda altresì R. Simone, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*, in questa *Rivista*, 2008, X, 1011 ss. La sentenza n. 584 è poi pubblicata in *Giur. it*, 2008, V, 1115. Interessanti spunti si possono trarre anche dalla relazione predisposta, in tale occasione, dall'*Ufficio Massimario Corte Cass.*, *Il danno da emotrasfusioni*, a cura di L. Rubino, in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%2035_07.htm.

(140) Su cui si veda *supra* nota 21.

(141) Su cui si veda *supra* nota 22.

(142) Il riferimento è al già ricordato d.d.l. 16 dicembre 2008 n. 1183, recante «Misure per la tutela della salute e per la sicurezza nell'erogazione delle cure e dei trattamenti sanitari e nella gestione del rischio», di iniziativa della Senatrice Bianchi. Cfr. R. De Matteis, *La responsabilità sanitaria fra tendenze giurisprudenziali e prospettive* de iure condendo, in *Contratto e impresa*, 2009, III, 541.

(143) La *Loi Kouchner*, 2002/303, del 4 marzo 2002, «Sui diritti del malato e la qualità del sistema sanitario».

(144) Il riferimento è ancora una volta all'ordinamento statunitense.

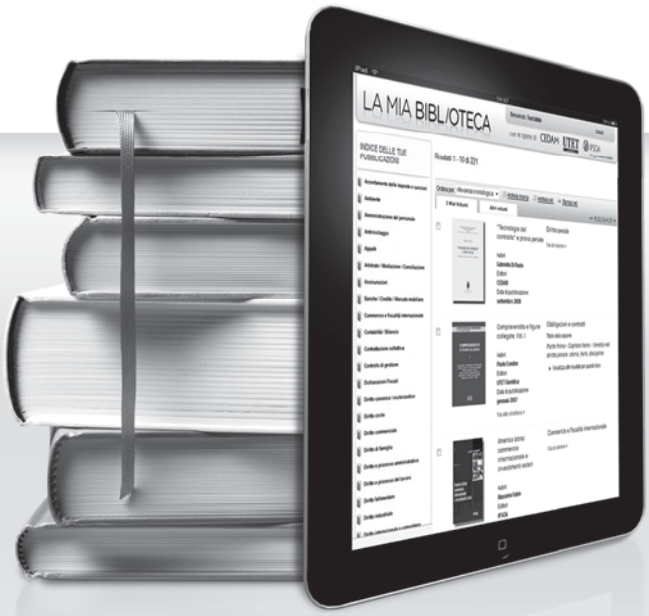
(145) L'espressione è tratta da V. Roppo, *Responsabilità civile e mercato finanziario*, Relazione al Convegno tenutosi a Pisa il 21 settembre 2001 e pubblicata in questa *Rivista*, 2002, 100.

(146) Cfr. *supra* nota 28.

(147) G.L. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in 96 (1987), Yale L.J n. 1521; Id., *La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotto negli Stati Uniti d'America*, in *Foro it.*, 1989, IV, 119 ss.; G. Ponzanelli, *La responsabilità del produttore negli Stati Uniti d'America. Premessa ad Owen*, in questa *Rivista*, 1999, 1065 ss.

(148) T.E. Frosoni, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in G. Comandé e G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 173 ss.; G. Pascuzzi, *Il diritto nell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, II ed., Bologna, 2006, 208; A. Santosuosso, *Diritto, Scienza e nuove tecnologie*, Padova, 2011. R. De Matteis, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, cit., 117, rinviene «in ciò il compiersi di un processo evolutivo che, da un lato, ha interessato l'assistenza sanitaria nell'affermarsi di modelli organizzativi e gestionali, sempre più complessi, attraverso i quali si provvede, non più su base individuale, all'erogazione delle prestazioni sanitarie; dall'altro lato il progresso della medicina che, come scienza applicata, ha scoperto nuove frontiere con interventi sempre più incisivi sulla vita, sulla morte, sulla salute e sulle persone».

TROVARE NEI TUOI LIBRI LA SOLUZIONE CHE CERCAVI, DA OGGI È PIÙ SEMPLICE.



LA MIA BIBL/OTECA

LA PRIMA BIBLIOTECA PROFESSIONALE IN THE CLOUD

Spesso possiedi già le informazioni che cerchi. Il punto è ritrovarle in poco tempo, dove e quando ti servono.
Da oggi con **La Mia Biblioteca** puoi cercare e consultare facilmente online migliaia di volumi firmati dai più autorevoli esperti del tuo settore e pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica e IPSOA.
Grazie ad un sistema di ricerca evoluto puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e trovare in un attimo la tua soluzione proprio nel capitolo che cercavi. In più **La Mia Biblioteca** è integrata con le migliori banche dati a cui sei già abbonato, per una ricerca davvero a 360°.

La biblioteca professionale del futuro è già qui. Scoprila ora.

Consultabile su PC, iPad e altri tablet.
Scarica subito la App gratuita da AppStore!

www.lamiabiblioteca.com

UTET Giuridica ® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Con le opere di

CEDAM

UTET® GIURIDICA

IPSOA Gruppo Wolters Kluwer

LMB05_BN

Illecito compiuto da un magistrato

La responsabilità dei giudici davanti alla Corte di giustizia

CORTE DI GIUSTIZIA UE, Sez. III, 24 novembre 2011, n. C-379/10 - Pres. Lenaerts - Avv. Gen. Jääskinen - Commissione europea c. Repubblica italiana

La Repubblica italiana, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della l. 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 giugno 2006, causa C-173/03; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 30 settembre 2003, causa C-224/01.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Sentenza

1 Con il proprio ricorso, la Commissione europea chiede alla Corte di dichiarare che:
– escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuata dall'organo giurisdizionale medesimo, e
– limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave,
ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati (GURI n. 88, del 15 aprile 1988, pag. 3; in prosieguo: la «legge n. 117/88»), la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale della responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado.

Contesto normativo nazionale

2 Ai sensi del suo art. 1, la legge n. 117/88 si applica «a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria».

3 L'art. 2 di tale legge così recita:
«1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale.
2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove.
3. Costituiscono colpa grave:
a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;
b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;
d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

Fatti

4 L'art. 2 della legge n. 117/88 ha costituito oggetto, a seguito di un rinvio pregiudiziale, della sentenza 13 giugno

2006, causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo (Racc. pag. I-5177).
5 In tale sentenza la Corte ha affermato, ai punti 33-37, quanto segue:
«33 Considerazioni (…) connesse alla necessità di garantire ai singoli una protezione giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro, ostano (…) a che la responsabilità dello Stato non possa sorgere per il solo motivo che una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado risulti dall'interpretazione delle norme di diritto effettuata da tale organo giurisdizionale.
34 Da un lato, infatti, l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti o antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti - nazionali e/o comunitarie - al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta.
35 Dall'altro lato, non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa, se, per esempio, il giudice dà a una norma di diritto sostanziale o procedurale comunitario una portata manifestamente erronea, in particolare alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte in tale materia (v., a questo riguardo, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 56), o se interpreta il diritto nazionale in modo da condurre, in pratica, alla violazione del diritto comunitario vigente.
36 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 52 delle sue conclusioni, escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato a causa del fatto che la violazione del diritto comunitario deriva da un'operazione di interpretazione delle norme giuridiche effettuata da un organo giurisdizionale equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla Corte nella citata sentenza Köbler. Tale constatazione vale, a maggior ragione, per gli organi giurisdizionali di ultimo grado, incaricati di assicurare a livello nazionale l'interpretazione uniforme delle norme giuridiche.
37 Si deve giungere ad analoga conclusione nel caso di una legislazione che escluda, in maniera generale, la sussistenza di una qualunque responsabilità dello Stato allorquando la violazione imputabile ad un organo giurisdizionale di tale Stato risulti da una valutazione dei fatti e delle prove».

Il procedimento precontenzioso

6 In data 10 febbraio 2009 la Commissione inviava una lettera alla Repubblica italiana in cui dichiarava che, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti dall'interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge n. 117/88, la Repubblica italiana era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in considerazione del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado.
7 Il 9 ottobre seguente la Commissione trasmetteva alla Repubblica italiana una lettera di diffida che restava senza risposta.
8 Con lettera del 22 marzo 2010 la Commissione faceva pervenire alla Repubblica italiana un parere motivato, invitandola ad adottare le misure necessarie per conformarvisi entro il termine di due mesi a decorrere dalla sua ricezione. Atteso che tale parere motivato restava parimenti senza risposta, la Commissione decideva di proporre alla Corte il presente ricorso.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

9 La Commissione deduce che le menzionate disposizioni della legge n. 117/88, che hanno già costituito oggetto di esame da parte della Corte nella citata sentenza Traghetti del Mediterraneo, sono incompatibili con la giurisprudenza della Corte relativa alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado, in particolare con la menzionata sentenza Köbler.
10 A sostegno del ricorso la Commissione deduce, sostanzialmente, due addebiti. Da un lato, contesta alla Repubblica italiana di avere escluso, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, della legge n. 117/88, qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni causati a singoli dalla violazione del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado, qualora tale violazione derivi da un'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo. Dall'altro, la Commissione contesta alla Repubblica italiana di aver limitato, in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove, la possibilità di invocare tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, il che non sarebbe conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte.
11 L'istituzione fa valere, a tal riguardo, che, al punto 42 della menzionata sentenza Traghetti del Mediterraneo, la Corte, richiamandosi alla citata sentenza Köbler, ha rammentato che la responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a causa di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado può sorgere solamente per violazione manifesta del diritto vigente compiuta da tale organo giurisdizionale. La Commissione ricorda che tale violazione manifesta viene valutata, in particolare, alla luce di determinati criteri, quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile ovvero inescusabile dell'errore di diritto commesso, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della

Corte in materia. Inoltre, a parere della Commissione, non può escludersi che il diritto nazionale precisi tali criteri, criteri che non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione della manifesta violazione del diritto vigente.
12 La Commissione deduce che, nella menzionata sentenza Traghetti del Mediterraneo, la Corte ha affermato, da un lato, che il diritto dell'Unione osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro interessato per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado, qualora tale violazione derivi da un'interpretazione di norme di diritto o da una valutazione di fatti e prove operate dall'organo giurisdizionale medesimo. L'istituzione ricorda, dall'altro, che la Corte ha parimenti dichiarato l'incompatibilità di una limitazione di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conduca ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata accertata una violazione manifesta del diritto vigente.
13 La Commissione aggiunge che dalla motivazione e dal dispositivo della menzionata sentenza Traghetti del Mediterraneo emerge, conseguentemente, che la Corte ha ritenuto che la normativa italiana in questione determinasse, al tempo stesso, un'esclusione della responsabilità dello Stato nel settore dell'interpretazione delle norme di diritto o della valutazione di fatti e prove nonché una limitazione della responsabilità negli altri settori di attività giurisdizionale, quali la nomina di tutori o le dichiarazioni di incapacità. In tal senso, nella causa da cui è scaturita la detta sentenza, la Corte avrebbe, da un lato, respinto l'interpretazione sostenuta dalla Repubblica italiana all'udienza, secondo cui la legge n. 117/88 conterrebbe unicamente una clausola limitativa della responsabilità per tutti i settori dell'attività giurisdizionale, e, dall'altro, rilevato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione delle disposizioni di cui trattasi.
14 Il tenore dell'art. 2 della legge n. 117/88 sarebbe d'altronde inequivocabile a tal riguardo, in quanto la nozione di «colpa grave» figurerebbe ai commi 1 e 3 di tale articolo, ma non al secondo comma del medesimo.
15 Per quanto attiene al secondo addebito, la Commissione deduce che la giurisprudenza della suprema Corte di cassazione, fermo restando che essa non riguarda disposizioni connesse con l'interpretazione del diritto dell'Unione, ha interpretato la nozione di «colpa grave» in termini estremamente restrittivi, il che, in contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte, determina una limitazione della responsabilità dello Stato italiano, anche in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove.
16 A tal riguardo, la Commissione richiama due sentenze di detto giudice, pronunciate, rispettivamente, in data 5 luglio 2007, n. 15227, e 18 marzo 2008, n. 7272, secondo cui tale nozione sarebbe stata interpretata, sostanzialmente, in termini tali da coincidere con il «carattere manifestamente aberrante dell'interpretazione» effettuata dal magistrato. In tal senso, la Commissione menziona, in particolare, la massima della seconda delle menzionate sentenze in cui la suprema Corte di cassazione avrebbe affermato che i presupposti previsti dall'art. 2, terzo comma, lett. a), della legge n. 117/88 sussistono «allorquando, nel corso dell'attività giurisdizionale, (...) si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo».
17 A parere della Commissione, la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado non può essere quindi fatta valere negli stessi termini stabiliti dalla giurisprudenza della Corte e risulta, in pratica, difficilmente invocabile.
18 Conseguentemente, sembrerebbe che, malgrado la pronuncia della menzionata sentenza Traghetti del Mediterraneo, il testo della legge n. 117/88 sia stato mantenuto inalterato e che la suprema Corte di cassazione non abbia modificato il proprio orientamento giurisprudenziale restrittivo, e ciò nonostante il fatto che detta sentenza abbia operato una «rielaborazione evidente» della normativa di cui trattasi.
19 La Repubblica italiana contesta l'inadempimento addebitatole.
20 A suo parere, la Commissione interpreta erroneamente la legge n. 117/88. L'art. 2 di detta legge conterrebbe unicamente una clausola limitativa della responsabilità, a prescindere dall'attività giurisdizionale in questione. Infatti, i presupposti fissati al primo comma dell'art. 2 della legge medesima, precisati, con riguardo alla nozione di «colpa grave», al successivo terzo comma, si applicherebbero parimenti nell'ambito del secondo comma dell'articolo stesso, relativo all'interpretazione di norme di diritto ed alla valutazione di fatti e prove.
21 Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, nella menzionata sentenza Traghetti del Mediterraneo la Corte non avrebbe respinto l'interpretazione dell'art. 2 della legge n. 117/88 sostenuta dalla Repubblica italiana, bensì si sarebbe limitata a rispondere alla questione pregiudiziale formulata dal giudice del rinvio.
22 Inoltre, in tale sentenza, la Corte non si sarebbe espressamente pronunciata sull'incompatibilità della legge n. 117/88 con il diritto dell'Unione. Orbene, la legge italiana non sarebbe di per sé in contrasto con la giurisprudenza della Corte, atteso che ai giudici nazionali sarebbe consentito procedere ad un'interpretazione di tale legge conforme ai requisiti del diritto dell'Unione e, in particolare, a quelli fissati nelle menzionate sentenze Köbler e Traghetti del Mediterraneo. Infatti, la nozione di «colpa grave» contenuta nella normativa italiana in esame coinciderebbe, in effetti, con la condizione della «violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione», quale definita dalla giurisprudenza della Corte.

23 La Repubblica italiana deduce che un inadempimento potrebbe essere dichiarato solamente qualora la giurisprudenza nazionale interpretasse la legge n. 117/88 in termini non conformi a tali requisiti. Orbene, la Commissione non sarebbe stata in grado di dimostrare l'esistenza, successivamente alla pronuncia della menzionata sentenza Traghetti del Mediterraneo, di sentenze della suprema Corte di cassazione che accolgano un'interpretazione dell'art. 2 della legge n. 117/88 che presenti un collegamento con il diritto dell'Unione né, tanto meno, di sentenze che accolgano un'interpretazione di tale legge differente da quella sostenuta dal governo italiano.
24 Infatti, le due sentenze della suprema Corte successive alla citata sentenza Traghetti del Mediterraneo, richiamate dalla Commissione, non riguarderebbero una violazione dei principi del diritto dell'Unione. Inoltre, dette sentenze dimostrerebbero che la suprema Corte di cassazione ha inteso il terzo comma, dell'art. 2 della legge n. 177/88 quale strumento interpretativo del precedente secondo comma e che quest'ultimo comma non può essere pertanto inteso nel senso che costituisca una clausola di esclusione della responsabilità.
25 A sostegno di tale argomento, la Repubblica italiana sottolinea che la menzionata sentenza della suprema Corte di cassazione del 18 marzo 2008 non fa alcun riferimento all'art. 2, secondo comma, della legge n. 117/88, laddove, secondo la tesi sostenuta dalla Commissione, l'applicazione di tale disposizione avrebbe peraltro consentito alla suprema Corte di respingere il ricorso nella causa oggetto della sentenza stessa. Dalla mancata menzione di detto secondo comma dell'art. 2 deriverebbe che tale disposizione non può essere, in realtà, intesa nel senso che costituisca una clausola di esclusione della responsabilità.
26 L'errore di interpretazione della Commissione sarebbe parimenti evidenziato dall'affermazione, contenuta nella citata sentenza della suprema Corte di cassazione del 5 luglio 2007, secondo cui le «ipotesi specifiche» previste dall'art. 2 della legge n. 177/88, «hanno quale comune fattore» una negligenza inescusabile. Ne conseguirebbe che tale articolo dovrebbe essere complessivamente inteso nel senso che subordina il sorgere della responsabilità dello Stato al compimento di una negligenza di tal genere da parte del giudice nazionale.
Giudizio della Corte
27 Si deve rilevare, in limine, che la Repubblica italiana non contesta l'applicabilità dell'art. 2 della legge n. 117/88 alle azioni di responsabilità proposte da singoli nei confronti dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado.
28 Le parti dissentono, tuttavia, sulla questione della conformità di tale articolo con il diritto dell'Unione e, in particolare, con la giurisprudenza della Corte.
29 Come rammentato da costante giurisprudenza, nell'ambito del procedimento per inadempimento ex art. 258 TFUE, se è pur vero che incombe alla Commissione dimostrare l'esistenza del preteso inadempimento, spetta allo Stato membro convenuto, una volta che la Commissione abbia fornito elementi sufficienti a dimostrare la veridicità dei fatti contestati, confutare in modo sostanziale e dettagliato i dati forniti e le conseguenze che ne derivano (v. sentenze 22 settembre 1988, causa 272/86, Commissione/Grecia, Racc. pag. 4875, punto 21; 7 luglio 2009, causa C-369/07, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-5703, punto 75, e 6 ottobre 2009, causa C-335/07, Commissione/Finlandia, Racc. pag. I-9459, punto 47).
30 Si deve rilevare che, al di fuori dei casi di dolo e di diniego di giustizia, l'art. 2, primo comma, della legge n. 117/88 prevede che la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione può sorgere qualora un magistrato abbia commesso «colpa grave» nell'esercizio delle proprie funzioni. Quest'ultima nozione viene definita nel successivo terzo comma, lett. a), quale «grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile». Ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'interpretazione di norme di diritto né la valutazione dei fatti e delle prove.
31 In primo luogo, la Commissione contesta alla Repubblica italiana di escludere, per effetto dell'art. 2, secondo comma, della legge n. 117/88, qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni causati a singoli derivanti da una violazione del diritto dell'Unione compiuta da uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado, qualora tale violazione derivi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dal giudice medesimo.
32 A sostegno di tale primo addebito la Commissione deduce che tale disposizione costituisce una clausola di esclusione di responsabilità autonoma rispetto al disposto di cui ai commi 1 e 3 del medesimo art. 2.
33 Si deve ricordare, a tal riguardo, che, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 117/88, la normativa italiana in materia di responsabilità dello Stato per i danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie prevede, da un lato, ai commi 1 e 3 di tale articolo, che tale responsabilità è limitata ai casi di dolo, di colpa grave e di diniego di giustizia, e, dall'altro, al secondo comma dell'articolo stesso, che «non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». Dall'esplicito tenore di quest'ultima disposizione emerge che tale responsabilità resta esclusa, in via generale, nell'ambito dell'interpretazione del diritto e della valutazione dei fatti e delle prove.
34 Negli stessi termini il giudice del rinvio ha d'altronde esposto l'art. 2 della legge n. 117/88 nelle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte nella causa da cui è scaturita la menzionata sentenza Traghetti del Mediterraneo, come emerge dal punto 20 della medesima.
35 Orbene, ai punti 33-40 di tale sentenza, la Corte ha affermato che il diritto dell'Unione osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulti da un'inter-

pretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale.
36 La Repubblica italiana deduce, richiamandosi alle due sentenze della suprema Corte di cassazione menzionate *supra* al punto 16, che l'interpretazione dell'art. 2 della legge n. 117/88 operata dalla Commissione è erronea.
37 Tuttavia, a prescindere dal significato da attribuire al fatto che la motivazione della sentenza della suprema Corte di cassazione del 18 marzo 2008 non fa riferimento all'art. 2, secondo comma, della legge n. 117/88 nonché al passo della sentenza della Corte medesima del 5 luglio 2007, secondo cui le «ipotesi specifiche» previste all'art. 2 di tale legge hanno quale «comune fattore» una negligenza inescusabile, si deve rilevare che, a fronte dell'esplicito tenore dell'art. 2, secondo comma, di tale legge, lo Stato membro convenuto non ha fornito alcun elemento in grado di dimostrare validamente che, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, tale disposizione venga interpretata dalla giurisprudenza quale semplice limite posto alla sua responsabilità qualora la violazione risulti dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e non quale esclusione di responsabilità.
38 Il primo addebito della Commissione deve essere conseguentemente accolto.
39 In secondo luogo, la Commissione contesta alla Repubblica italiana di limitare, in casi diversi dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione di fatti e di prove, la possibilità di invocare la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado ai soli casi di dolo o di colpa grave, il che non sarebbe conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte. A tal riguardo, la Commissione sostiene, segnatamente, che la nozione di «colpa grave», di cui all'art. 2, commi 1 e 3, della legge n. 117/88, viene interpretata dalla suprema Corte di cassazione in termini coincidenti con il «carattere manifestamente aberrante dell'interpretazione» effettuata dal magistrato e non con la nozione di «violazione manifesta del diritto vigente» postulata dalla Corte ai fini del sorgere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.
40 Si deve ricordare, a tal riguardo, che, secondo costante giurisprudenza della Corte, tre sono le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni causati ai singoli per violazione del diritto dell'Unione al medesimo imputabile, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (v. sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame, Racc. pag. I-1029, punto 51; 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim, Racc. pag. I-5123, punto 36, nonché 24 marzo 2009, causa C-445/06, Danske Slagterier, Racc. pag. I-2119, punto 20).
41 La responsabilità dello Stato per i danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado che violi una norma di diritto dell'Unione è disciplinata dalle stesse condizioni, ove la Corte ha tuttavia precisato che, in tale contesto, la seconda di dette condizioni dev'essere intesa nel senso che consenta di invocare la responsabilità dello Stato solamente nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente (v. sentenza Köbler, cit., punti 52 e 53).
42 Dalla giurisprudenza della Corte emerge, inoltre, che, se è pur vero che non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione, criteri da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato in un'ipotesi di tal genere, tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente (v. sentenza Traghetti del Mediterraneo, cit., punto 44 nonché la giurisprudenza ivi citata).
43 Nella specie, si deve rilevare che la Commissione ha fornito, alla luce, segnatamente, degli argomenti riassunti *supra* al punto 16, elementi sufficienti da cui emerge che la condizione della «colpa grave», di cui all'art. 2, commi 1 e 3, della legge n. 117/88, che deve sussistere affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato italiano, viene interpretata dalla suprema Corte di cassazione in termini tali che finisce per imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di «violazione manifesta del diritto vigente».
44 In risposta a tale argomento della Commissione la Repubblica italiana si limita, sostanzialmente, ad affermare, da un lato, che le sentenze della suprema Corte di cassazione menzionate *supra* al punto 16 non riguardano una violazione del diritto dell'Unione e, dall'altro, che l'art. 2 della legge n. 117/88 può essere oggetto di interpretazione conforme al diritto dell'Unione medesimo e che la nozione di «colpa grave» di cui al detto articolo è, in realtà, equivalente a quella di «violazione manifesta del diritto vigente».
45 Orbene, indipendentemente dalla questione se la nozione di «colpa grave», ai sensi della legge n. 117/88, malgrado il rigoroso contesto in cui essa si colloca all'art. 2, terzo comma, della legge medesima, possa essere effettivamente interpretata, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado dello Stato membro convenuto, in termini tali da corrispondere al requisito di «violazione manifesta del diritto vigente» fissato dalla giurisprudenza della Corte, si deve rilevare che la Repubblica italiana non ha richiamato, in ogni caso, nessuna giurisprudenza che, in detta ipotesi, vada in tal senso e non ha quindi fornito la prova richiesta quanto al fatto che l'interpretazione dell'art. 2, commi 1 e 3, di tale legge accolta dai giudici italiani sia conforme alla giurisprudenza della Corte.
46 Alla luce della giurisprudenza citata *supra* al punto 29,

si deve concludere che la Repubblica italiana non ha confutato in termini sufficientemente sostanziali e dettagliati l'addebito contestatole dalla Commissione, secondo cui la normativa italiana limita, in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove, la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado in modo non conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte.
47 Alla luce delle suesposte considerazioni, il secondo addebito della Commissione deve essere accolto ed il ricorso dalla medesima proposto deve ritenersi fondato.
48 Conseguentemente si deve dichiarare che:
– escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e
– limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave,
ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge n. 117/88, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Francesca Bonaccorsi (*)

La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee offre l'occasione per richiamare l'attenzione sull'urgenza di modificare la l. n. 117/1988, per evitare che la (ir)responsabilità dello Stato per l'illecito compiuto dal magistrato continui a dar luogo ad una responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario.

Premessa

Con la sentenza in epigrafe la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha condannato lo Stato italiano ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (1) perché, «escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave [...] è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado».

Le ragioni dell'«accusa»

La sentenza in commento altro non è se non l'esito (peraltro alquanto scontato) di un particolare «dialogo» tra la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la Corte di Cassazione, nel corso del quale la prima ha inutilmente tentato di interloquire con la seconda, e la seconda si è mostrata «sorda» verso le richieste della prima.

Risale, infatti, ormai ad oltre cinque anni e mezzo fa la storica sentenza «*Traghetti del Mediterraneo*» (2), con la quale la Corte di Lussemburgo ha riaffermato la contrarietà del diritto comunitario ad una legisla-

Note:

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

(1) Ove si prevede che «la Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea».

(2) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, 13 giugno 2006, C-173/03, in *Resp. civ.*, 2007, 625, con nota di F.M. Scaramuzzino, *Mancato rinvio pregiudiziale del giudice d'ultima istanza e risarcimento del danno*; in *Guida al diritto*, 2006, n. 4, 31, con nota di A. Damato, *Cancellato il limite che subordina l'azione alla dimostrazione del dolo o colpa grave*; in *Foro it.*, 2006, IV, 420, con nota di E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, A. Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile* e M. Giovannetti, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*; in *Corr. giur.*, 2006, 1513, con nota di R. Conti, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*; in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2039, con nota di R. Caranta, *Giudici responsabili?*; in www.forum costituzionale.it, con nota di F. Biondi, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*.

zione nazionale (nel caso particolare la l. n. 117 del 13 aprile 1988) che escluda la responsabilità dello Stato membro «per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove» e «che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente» (3).

Le conseguenze che una simile sentenza, chiarissima nel suo contenuto precettivo, avrebbe potuto avere nel quadro normativo-giurisprudenziale italiano erano (o dovevano essere) evidenti e dirompenti. In primo luogo, la pronuncia (che di fatto imponeva una sostanziale disapplicazione della l. n. 117/1988 solo nei casi in cui fosse venuta in rilievo una questione di interpretazione ed applicazione di normative comunitarie) avrebbe dovuto evidenziare la grave ed irragionevole disparità di trattamento che si sarebbe venuta a creare (anche solo in astratto) tra cittadini lesi dall'interpretazione di una norma di diritto comunitario e cittadini pregiudicati dall'interpretazione di una norma di diritto interno (4). A sua volta, questa grave ed irragionevole disparità di trattamento avrebbe dovuto essere risolta (in concreto) tramite un radicale intervento (normativo o, quantomeno, interpretativo) sulla l. n. 117/1988.

Purtroppo, il tanto agognato intervento sulla legge in materia di responsabilità civile dei magistrati non c'è stato, visto che i pur numerosi disegni di legge depositati in Parlamento (5) rimangono da anni

Note:

(3) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, 13 giugno 2006, C-173/03, cit. Ma già nel 2004 il Tribunale di Roma aveva affermato che «l'art. 2 legge 117/1988, nella parte in cui pone limitazioni all'esercizio dell'azione risarcitoria dei cittadini per cattiva interpretazione della legge da parte del magistrato, è in contrasto con la normativa comunitaria volta ad affermare che gli stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario […] anche quando la violazione di cui trattasi deriva da una decisone di un organo giurisdizionale di ultimo grado» (Trib. Roma, 29 settembre 2004, in *Dir. & giust.*, 2004, n. 41, 80).

(4) Cfr. V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione, e diritto europeo: una* case story *in attesa del finale*, in *La responsabilità dello Stato*, a cura di Dal Canto, Pisa, 2006, 48.

(5) Si vedano, solo per citare alcuni tra i disegni di legge più recenti, il disegno di legge presentato al Senato n. 54 («*Disposizioni in materia di responsabilità civile del giudice*»), reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/29673.htm; il disegno di legge presentato al Senato n. 1604 («*Modifica della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/33799.htm; il disegno di legge presentato al Senato n. 1879 («*Norme sulla responsabilità civile dei magistrati e sul diniego di giustizia*»), reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/34501.htm; il disegno di legge presentato al Senato n. 1889 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/34548.htm; il disegno di legge presentato al Senato n. 2390 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35942.htm; il disegno di legge presentato alla Camera n. 252 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=0252; il disegno di legge presentato alla Camera n. 1429 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*"), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=1429; il disegno di legge presentato alla Camera n. 3285 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=3285; il disegno di legge presentato alla Camera n. 1956 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*"), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=1956; il disegno di legge presentato alla Camera n. 2089 («*Modifiche agli articoli 2 e 8 e abrogazione dell'articolo 5 della legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=2089; Il disegno di legge presentato alla Camera n. 2773 («*Modifica dell'articolo 2 della legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità per atti e provvedimenti adottati nell'esercizio di funzioni giudiziarie*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126pdl=2773&stralcio=&navette=&cerca=Cerca; il disegno di legge presentato alla Camera n. 2796 («*Abrogazione della legge 13 aprile 1998 n. 117 in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?pdl=2796&ns=2; il disegno di legge presentato alla Camera n. 3300 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati e al decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, in materia di sanzioni per gli illeciti disciplinari dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=3300; il disegno di legge presentato alla Camera n. 3592 («*Modifiche agli articoli 4, 7 e 8 e abrogazione dell'articolo 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di responsabilità civile dei magistrat*») reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35611.htm; il disegno di legge presentato alla Camera n. 4069 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati, disposizioni in materia di ineleggibilità e di incompatibilità dei medesimi, nonché delega al Governo per la separazione delle carriere della magistratura ordinaria giudicante e requirente*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?pdl=4069&ns=2; il disegno di legge presentato alla Camera n. 4127 («*Modifica all'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?Pdl=4127; il disegno di legge presentato alla Camera n. 4148 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.parlamento.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/36541.htm; il disegno di legge presentato alla Camera n. 4059 («*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee -*

(segue)

«lettera morta». Non c'è stato anche dal punto di vista interpretativo, dato che, nelle tre occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi dopo la sentenza «*Traghetti del mediterraneo*» (6), la Corte di Cassazione ha ritenuto non opportuno sollevare una questione di legittimità costituzionale della normativa *de qua*, o mutare il proprio orientamento. Ed invero, anche nelle più recenti sentenze di Cassazione in materia di responsabilità per attività giudiziaria si legge che «la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile [...] deve consistere in una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi ed in una trascuratezza così marcata ed ingiustificabile da apparire espressione di vera e propria mancanza di professionalità concretizzantesi in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico, l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, la manipolazione arbitraria del testo normativo» (7), che «i presupposti della responsabilità dello Stato per grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile nell'esercizio di funzioni giudiziarie [...] devono ritenersi sussistenti allorquando nel corso dell'attività giurisdizionale, spesso caratterizzata da opzioni tra più interpretazioni possibili di una norma di diritto, si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero» (8) e che la colpa grave deve risultare «come "non spiegabile", e cioè priva di "agganci" con le particolarità della vicenda idonee a rendere comprensibile, anche se non giustificato, l'errore del magistrato» (9).

La Commissione Europea lamenta, in particolare, il fatto che, nonostante il chiaro dettato della sentenza «Traghetti del Mediterraneo», «il testo della legge n. 117/88 sia stato mantenuto inalterato e che la suprema Corte di cassazione non abbia modificato il proprio orientamento giurisprudenziale restrittivo», ma abbia, anzi, continuato ad interpretare il concetto di colpa grave «in termini estremamente restrittivi, il che, in contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte, determina una limitazione della responsabilità dello Stato italiano, anche in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla violazione di fatti e prove» (10).

Davanti ad un panorama nazionale così ostinatamente arroccato nella difesa di immunità che non hanno ragione di esistere, la Commissione Europea

Note:

(continua nota 5)

Legge comunitaria 2010») reperibile sul sito *internet* http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/ID0018_a.htm. Merita, inoltre, segnalare che in data 2 febbraio 2012 è stato approvato dalla Camera dei Deputati un emendamento che, andando ad incidere direttamente sul testo della legge n. 117/1988, affianca la responsabilità diretta del magistrato a quella indiretta dello Stato e modifica, ampliandole, le ipotesi che possono dar luogo a responsabilità del magistrato. Questo il testo dell'emendamento approvato: «il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. Chi ha subìto un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato in violazione manifesta del diritto o con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato e contro il soggetto riconosciuto colpevole per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale. Costituisce dolo il carattere intenzionale della violazione del diritto" »; b) il comma 2, è sostituito dal seguente: «2. Salvo i casi previsti dai commi 3 e 3-*bis* nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di valutazione del fatto e delle prove»; c) dopo il comma 3, è inserito il seguente: «3-*bis*. Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste una violazione manifesta del diritto ai sensi del comma 1, deve essere valutato se il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto. In caso di violazione del diritto dell'Unione europea, si deve tener conto se il giudice abbia ignorato la posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione europea, non abbia osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché se abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea».

(6) Cass. 5 luglio 2007, n. 15227, in *Giur. it.*, Mass. 2007; Cass. 18 marzo 2008, n. 7272, in questa *Rivista*, 2008, p. 1119, con note di P. Dellachà, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura;* F. Bonaccorsi, *I primi vent'anni della legge n. 117/1988 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*; L. Frata, *Cronaca di una legge inutile: la Cassazione e la responsabilità civile dei magistrati* e Cass. 26 maggio 2011, n. 11593, in www.leggiditaliaprofessionale.it. Si noti che tutte e tre le sentenze, pure intervenute dopo la sentenza «*Traghetti del mediterraneo*», non solo hanno rigettato completamente le istanze dei ricorrenti, ma hanno anche condannato questi ultimi (verrebbe da dire in modo quasi sanzionatorio) al pagamento delle spese di lite (liquidate, nella prima sentenza, in euro 3.100,00, nella seconda in euro 5.100,00 e nella terza in euro 4.200,00), nonostante che il precedente giurisprudenziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee legittimasse (*rectius*: imponesse) una completa rivisitazione delle modalità di interpretazione della l. n. 117/1988.

(7) Così Cass. 26 maggio 2011, n. 11593, cit.

(8) Così Cass. 18 marzo 2008, n. 7272, cit., ma in tal senso cfr. anche Cass. 7 novembre 2003, n. 16696, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce «astensione e ricusazione», n. 93; Cass. 29 novembre 2002, n. 16935, *ivi*, 2002, voce «astensione e ricusazione», n. 95; Cass. 20 settembre 2001, n. 11859, *ivi*, 2001, voce «astensione e ricusazione», n. 104; Cass. 6 ottobre 2000, n. 13339, *ivi*, 2000, voce «astensione e ricusazione», n. 112; Cass. 6 novembre 1999, n. 12357, in *Giust. civ.*, 2000, 2054.

(9) Così Cass. 5 luglio 2007, n. 15227, cit.

(10) Così si legge nella sentenza in epigrafe.

ha più volte sollecitato un atteggiamento più responsabile da parte dell'Italia, dapprima (il 10 febbraio 2009) con una lettera ove si sottolineava che, mantenendo questa linea interpretativa, l'Italia veniva meno agli obblighi su di essa incombenti nei confronti dell'Unione Europea, successivamente (il 9 ottobre 2009) con una formale lettera di diffida e, infine, con un parere (del 22 marzo 2010) che invitava l'Italia a conformarsi entro due mesi ai principi espressi dall'Unione Europea in materia di responsabilità civile per l'illecito dei magistrati.
Questi inviti rimanevano senza alcun riscontro da parte dello Stato italiano, e ciò costringeva, di fatto, la Commissione Europea ad avviare la procedura di infrazione al cui esito è stata emanata la sentenza che si commenta.

Le ragioni (?) della difesa: dall'inesistenza di precedenti giurisprudenziali difformi al diritto dell'Unione europea ...

Davanti alle censure mosse dalla Commissione Europea, il Governo italiano ha tentato di difendere la propria posizione, da un lato affermando che, successivamente alla sentenza «*Traghetti del mediterraneo*», non sarebbe mai stata fatta applicazione della l. n. 117/1988 in collegamento con il diritto dell'Unione europea e, dall'altro, affermando che non esisterebbero sentenze che presentano un'interpretazione della l. n. 117/1988 analoga a quella prospettata dalla Commissione Europea.
La vacuità della prima obiezione mossa dal Governo italiano è fin troppo evidente.
Il fatto che, dal 2006 ad oggi, non si siano verificati casi concreti di violazione del diritto comunitario da parte di organi giurisdizionali nazionali di ultima istanza nulla dice circa la bontà della normativa italiana in materia di responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato, dato che ad oggi perdura ancora (sia pure a livello astratto) l'irragionevole disparità di trattamento che si potrebbe venire a creare tra coloro che potrebbero essere lesi dall'interpretazione di una norma di diritto comunitario e coloro che, invece, potrebbero essere pregiudicati dall'interpretazione di una norma di diritto interno (11).

(*segue*): all'interpretazione della clausola di salvaguardia

Maggiori riflessioni devono essere, invece, svolte con riferimento alla seconda obiezione mossa dal Governo italiano. Quest'ultimo afferma che una corretta interpretazione della l. n. 117/1988 vuole che «il terzo comma dell'art. 2 della legge» sia un mero «strumento interpretativo del precedente secondo comma», il quale, a sua volta, «non può [...] essere inteso nel senso che costituisca una clausola di esclusione della responsabilità».
Niente è più lontano dalla realtà.
In primo luogo, il (chiaro) dato normativo va in tutt'altra direzione. Il secondo comma dell'art. 2 della l. n. 117/1988 prevede che «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». Il terzo comma del medesimo articolo stabilisce, invece, che «costituiscono colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione». Dall'impostazione della norma dovrebbe essere chiaro che il secondo comma non ha nulla a che fare con il terzo: non è una sua specificazione, non costituisce una sua eccezione, non è da questo richiamato, non è a questo in alcun modo collegato. Il secondo comma è in tutto e per tutto autonomo dal terzo e costituisce quella che, fin dall'entrata in vigore della normativa *de qua*, è stata definita la «clausola di salvaguardia» dell'intero sistema di responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato. Neanche forzando il dettato normativo si potrebbe arrivare ad affermare che l'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove non dà luogo a responsabilità *salvo nei casi in cui* questa derivi da violazione di legge determinata da negligenza inescusabile. La norma non dice questo, anche perché, se lo dicesse, il secondo comma non avrebbe alcun senso. D'altra parte, se il secondo comma costituisse un'eccezione rispetto al terzo comma, ciò dovrebbe valere anche in relazione a quanto previsto alle lettere b), c) e d) del terzo comma, mentre il Governo italiano fa riferimento soltanto alla lettera a) dello stesso comma, senza prendere in consi-

Nota:

(11) Cfr. V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione, e diritto europeo: una* case story *in attesa del finale*, cit., 48; F. Biondi, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati* (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia), cit.

derazione anche le lettere successive (12). Inoltre, se l'interpretazione proposta dal Governo italiano fosse corretta, se ne dovrebbe trovare traccia in dottrina o in giurisprudenza, traccia che il Governo non è riuscito a individuare (13).
In secondo luogo, è lo stesso CSM ad aver sempre fornito un'interpretazione della normativa in questione radicalmente opposta a quella proposta dal Governo italiano. Nella recentissima «*Delibera in merito alle recenti proposte di modifica dell'attuale normativa che regola la responsabilità civile dei magistrati*» l'organismo al vertice della magistratura italiana ha, infatti, affermato che «non può mai dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove. L'elemento portante del tracciato normativo è dato dalla previsione di una responsabilità diretta dello Stato-giudice, in quanto titolare della funzione giurisdizionale, e non del singolo magistrato-giudice, per un atto, un comportamento o un provvedimento adottato nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali che non consista in un'attività interpretativa della legge, espressamente esclusa di per sé sola dalle ipotesi idonee a far insorgere una responsabilità civile. Infatti, proprio l'esigenza di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura [...] giustifica, da un lato, la limitazione della responsabilità ai soli casi di "dolo o colpa grave" [...] dall'altro, l'esclusione di ogni forma di responsabilità per "l'attività di interpretazione di norme di diritto" e per "quella di valutazione del fatto e delle prove"» (14).
Correttamente quindi la Commissione Europea ha affermato che la c.d. clausola di salvaguardia «costituisce una clausola di esclusione di responsabilità autonoma rispetto al disposto di cui ai commi 1 e 3 del medesimo art. 2».

Le prospettive

La sostanziale (non) applicazione della l. n. 177/1988, dalla sua entrata in vigore sino ad oggi, lascia facilmente presupporre che l'approccio dei giudici con la normativa *de qua* non cambierà: la legge verrà sempre interpretata da magistrati (non potrebbe essere diversamente), ed è fin troppo chiaro che questi non hanno e non avranno mai interesse ad inasprire i contorni della disciplina che detta le regole di responsabilità per i danni da loro stessi commessi (15).
Per giungere ad una modifica della l. n. 117/1988 è, quindi, ora più che mai necessario l'intervento del legislatore, non foss'altro per evitare la «doppia beffa» cui sono sottoposti i cittadini italiani che, privi di (reale) tutela davanti agli illeciti compiuti dai magistrati, vedono addirittura lo Stato italiano costretto a versare nelle casse dell'Unione Europea le spese tecniche di lite per aver difeso una legge indifendibile (16). Ad avviso di chi scrive, una simile disciplina andrebbe rivista *ex novo*, dato che solo attraverso un completo «stravolgimento» del suo impianto normativo si potrebbe riuscire ad ottenere una valida ed efficace normativa in materia di illecito del magistrato (17). Tuttavia, anche volendo mantenere il più possibile l'attuale struttura della

Note:

(12) Diversa è la formulazione della regola di responsabilità prevista dalla Raccomandazione adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010 in occasione della 1098° riunione dei Delegati dei Ministri: al paragrafo n. 66 di tale raccomandazione si legge, infatti, che «l'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare responsabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave».

(13) Come si rileva nella sentenza in epigrafe, «la Repubblica italiana non ha richiamato, in ogni caso, nessuna giurisprudenza che [...] vada in tal senso».

(14) Consiglio Superiore della Magistratura, delibera del 28 giugno 2011, reperibile sul sito internet www.csm.it.

(15) Come osserva F.P. Luiso, *Il progetto di riforma del titolo IV della parte II della Costituzione nel d.d.l. costituzionale 7 aprile 2011 n. 4275. La responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2011, 286, «è naturale [...] che, dovendo decidere di responsabilità civile del magistrato, chi decide - magistrato pure lui - abbia una visione peculiare di tale responsabilità, dovuta al fatto che si sta trattando di un argomento che lo riguarda. Facendo un parallelo, la giurisprudenza in materia di responsabilità del medico o dell'avvocato certo non sarebbe quella che oggi leggiamo nei repertori se a decidere le controversie, a tale responsabilità relative, fossero rispettivamente medici o avvocati». A riprova di tale considerazione sta il fatto che la Suprema Corte, in una recentissima pronuncia uscita nelle more della pubblicazione del presente commento (Cass. 22 febbraio 2012, n. 2560, inedita), si è occupata proprio dei rapporti tra la sentenza che qui si analizza e la l. n. 117/1988 per affermare - senza lasciar spazio ad interpretazioni - che l'orientamento sino ad oggi seguito dalla Corte di Cassazione non «si presta a essere ripensato alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza 24 novembre 2011 [...] per l'assorbente ragione che l'arresto della Corte lussemburghese propriamente riguarda la responsabilità dello Stato italiano per violazioni manifeste, da parte dell'organo giurisdizionale di ultimo grado, del diritto dell'Unione. La soluzione del caso sottoposto all'esame del collegio non pone, dunque, alcun problema di armonizzazione ermeneutica tra la disciplina dell'azione di responsabilità civile dei magistrati, come configurata dall'ordinamento e ricostruita dal diritto vigente, e gli obblighi comunitari dello Stato italiano. [...] Per le stesse ragioni [...] qualsivoglia dubbio di legittimità costituzionale della limitazione ai soli casi di dolo o colpa grave dell'area della responsabilità civile del magistrato è, nella fattispecie, privo di ogni rilevanza».

(16) Come si evince dal dispositivo della sentenza in commento, lo Stato italiano è stato anche condannato al pagamento delle spese dell'intera procedura di infrazione.

(17) Sul punto si vedano le riflessioni svolte da A. D'Aiola, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Sia consentito inoltre rinviare a F. Bonaccorsi, *I primi vent'anni della legge n. 117/1988 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, cit., 1137.

legge, sarebbe comunque necessario intervenire in modo radicale almeno su due fronti.
In primo luogo, sarebbe necessario eliminare la clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2. Se è vero che «l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti e antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti [...] al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta», come sostiene la Corte di Giustizia (18), e se è vero che «l'interpretazione della legge e la valutazione del fatto e delle prove rappresentano il cuore dell'attività giudiziaria», come sostiene l'ANM (19), non si vede come sia possibile prevedere, all'interno di una disciplina dettata in materia di responsabilità (dello Stato) per i danni causati dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, una clausola che sottrae alla responsabilità (dello Stato) proprio quelle attività che costituiscono l'essenza dell'attività del magistrato (20).
In secondo luogo, sarebbe necessario eliminare le restrizioni da sempre imposte all'interpretazione del concetto di colpa grave di cui all'art. 2, terzo comma, per equiparare la valutazione della colpa grave del magistrato a quella degli altri funzionari e dipendenti pubblici, visto anche che la responsabilità *diretta* del magistrato è prevista soltanto nelle ipotesi di reato. Sotto questo punto di vista è stato, in contrario, sostenuto da autorevole dottrina che «l'attività decisoria del giudice presenta caratteristiche che non consentono di assimilarla all'esercizio di altre funzioni e professioni, perché interviene a risolvere situazioni litigiose e perciò implica sempre e necessariamente "un danno" per la parte soccombente» (21). L'obiezione, tuttavia, non appare dirimente. È certamente vero che nell'ambito dell'attività giudiziaria il magistrato arreca sempre un danno alla parte soccombente, ma non dobbiamo dimenticare che nell'ambito della responsabilità civile un danno, per essere risarcibile, deve essere anche *ingiusto*. Ed è chiaro che, nel caso in cui il magistrato abbia assunto la propria decisione nel pieno rispetto delle regole dei codici di rito e di procedura, il danno arrecato alla parte soccombente non potrà mai essere considerato *ingiusto*.

Note:

(18) Così Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, 13 giugno 2006, C-173/03, cit.

(19) Così l'Associazione Nazionale Magistrati nel comunicato stampa del 25 marzo 2011, reperibile sul sito internet www.associazionenazionalemagistrati.it.

(20) P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 885. Cfr. anche D. Cenci, *Limiti alla responsabilità civile dei magistrati per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie*, in *Giur. it.*, 1996, 173.

(21) Così P. Trimarchi, *Rischio di distorsione delle decisioni. Ecco perché non va introdotta quella norma*, in *Corriere della Sera*, 29 marzo 2011.

LIBRI

L'esecuzione processuale indiretta

a cura di Bruno Capponi

Contributi di: Bruno Capponi, Clarice Delle Donne, Giuseppina Fanelli, Maria Assunta Iuorio, Pasquale Pucciariello, Chiara Ilaria Risolo

Il libro – partendo da un approccio comparatistico con altri ordinamenti europei e dall'analisi della figura dell'*astreinte* di origine francese – affronta la tematica dell'esecuzione processuale indiretta, alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 al codice di procedura civile, con particolare riferimento all'introduzione dell'art. 614*bis* c.p.c.

Ipsoa 2011, Euro 21,00

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

Violazione dei doveri conseguenti al matrimonio

Illecito endofamiliare: nuovi rapporti tra azione risarcitoria e addebito della separazione

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 15 settembre 2011, n. 18853 - Pres. Luccioli - Rel. Felicetti - P.M. RUSSO - G.M. c. GH.PA.

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.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Trib. Venezia, 14 maggio 2009; Trib. Reggio Calabria, 23 novembre 2007; Trib. Trento, 22 giugno 2007; Trib. Lodi, 16 aprile 2007; Trib. Brescia, 14 ottobre 2006; Cass. 10 maggio 2005, n. 9801; Trib. Milano, 4 giugno 2002; Trib. Firenze, 13 giugno 2000.
Difforme	Trib. Reggio Calabria, 23 novembre 2007; Trib. Firenze 23 marzo 2003; Cass. 22 marzo 1993, n. 3367; Cass. 26 maggio 1995, n. 5866; Cass. 6 aprile 1993, n. 4108.

Svolgimento del processo

… Omissis…

Motivi della decisione

1. All'esame dei motivi va premessa la reiezione delle eccezioni d'inammissibilità del ricorso nel suo insieme prospettate dal controricorrente risultando, contrariamente a quanto dedotto con esse, il ricorso autosufficiente, essendo chiaramente indicate nei motivi le ragioni della decisione impugnata che s'intendono censurare ed i necessari riferimenti agli atti del processo, mentre del tutto irrilevanti ai fini della eccepita inammissibilità è la citazione (in memoria) di sentenze di merito (di alcuni tribunali) conformi alla decisione impugnata.

2.1. Con il primo motivo si denuncia insufficiente e/o illogica e/o contraddittoria motivazione su fatto controverso e decisivo per il giudizio. Si deduce al riguardo che la Corte di appello, dopo avere affermato di condividere la tesi secondo la quale le regole che disciplinano la materia familiare non costituiscono un sistema chiuso, che impedisca alla violazione degli obblighi nascenti dal matrimonio di comportare l'applicabilità delle norme generali in tema di responsabilità aquiliana, ha poi affermato che nel caso di specie mancherebbe il presupposto per il diritto al risarcimento.

Tale mancanza emergerebbe dall'avere la ricorrente "in un primo tempo proposto domanda di separazione con addebito, successivamente abbandonando la procedura per addivenire alla separazione consensuale". Secondo la ricorrente detta motivazione sarebbe incongrua, non comprendendosi in che cosa consista quel "presupposto", né perché mancherebbe la prova di esso.

Con il secondo motivo si denuncia la violazione o falsa applicazione di norme di diritto (artt. 2043-2059-151 c.c.). Si deduce al riguardo che la Corte d'appello avrebbe errato nel ritenere non risarcibile il danno ove non vi sia, come nella specie, una pronuncia di addebito in sede di separazione. Il diritto al risarcimento, infatti, trova fondamento nel caso di specie nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto e sarebbe indipendente dalla pronuncia di addebito in sede di separazione personale. Avrebbe pertanto errato la Corte d'appello nel ritenere che l'abbandono della domanda di addebito presupporrebbe la volontà, da parte dei coniugi, di non accertare la causa della crisi coniugale, "così erroneamente trasponendo in un giudizio risarcitorio le regole e i limiti specificamente, ad altro fine, dettati dall'art. 151 c.c.".

Regole e limiti validi per la pronuncia di separazione con addebito e comportanti il divieto di mutamento del titolo, ma non la proponibilità di una domanda di risarcimento, come quella proposta dalla ricorrente. L'addebito,

infatti, comporta conseguenze del tutto peculiari e limitate, e in certi casi può essere anche privo di conseguenze pratiche, come lo sarebbe stato nel caso di specie per la ricorrente la quale, rinunciando al giudizio di separazione, non aveva espresso alcuna rinuncia al diritto al risarcimento dei danni.
L'azione di risarcimento pertanto, secondo la ricorrente, era comunque esercitabile, in relazione ad una condotta dell'altro coniuge posta in essere nella consapevolezza della sua attitudine a recarle pregiudizio, in quanto contraria ai doveri nascenti dal matrimonio e produttiva di un danno ingiusto. Ciò troverebbe conferma sia nei principi affermati da questa Corte nella sentenza n. 9801 del 2005, circa la concorrente rilevanza di determinati comportamenti sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni di natura patrimoniale, sia quale fatto generatore di responsabilità aquiliana; sia nella dottrina la quale ha evidenziato la frequente sussistenza, nella disciplina codicistica e della legislazione speciale, di tutele concorrenti con l'azione risarcitoria.
Il motivo si conclude con il seguente quesito: "Posto che la ricorrente ha proposto domanda giudiziale nei confronti del coniuge al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti per effetto dei di lui comportamenti violativi dei doveri nascenti dal matrimonio e lesivi di diritti assoluti e costituzionalmente protetti (salute, immagine, riservatezza, relazioni sociali, dignità del coniuge, ecc.) affermi la Corte il principio che la mancanza di addebito in sede di separazione per mutuo consenso non è preclusiva di separata azione per il risarcimento dei danni prodotti dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio e riguardanti diritti costituzionalmente protetti".
2.2. Deve premettersi che la "*ratio*" della decisione impugnata va ravvisata nella statuizione in essa contenuta secondo la quale la domanda di risarcimento proposta in relazione alla violazione di un dovere nascente dal matrimonio "non può trovare accoglimento" in mancanza della pronuncia di addebito in sede di giudizio di separazione. In relazione a tale "*ratio*" va esaminato con precedenza il secondo motivo.
2.3. In proposito deve muoversi dai principi già affermati da questa Corte nella sentenza 10 maggio 2005, n. 9801, ai quali la stessa sentenza impugnata si richiama condividendoli.
Secondo quella sentenza i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio non sono di carattere esclusivamente morale ma hanno natura giuridica, come si desume dal riferimento contenuto nell'art. 143 c.c., alle nozioni di dovere, di obbligo e di diritto e dall'espresso riconoscimento nell'art. 160 c.c., della loro inderogabilità, nonché dalle conseguenze di ordine giuridico che l'ordinamento fa derivare dalla loro violazione, cosicché deve ritenersi che l'interesse di ciascun coniuge nei confronti dell'altro alla loro osservanza abbia valenza di diritto soggettivo.
Ne deriva che la violazione di quei doveri non trova necessariamente la propria sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quali la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare ai sensi dell'art. 146 c.c., l'addebito della separazione, con i suoi riflessi in tema di perdita del diritto all'assegno e dei diritti successori, il divorzio e il relativo assegno, con gl'istituti connessi. Discende infatti dalla natura giuridica degli obblighi su detti che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi di un illecito civile.
In proposito si è rilevato che la separazione e il divorzio costituiscono strumenti accordati dall'ordinamento per porre rimedio a situazioni di impossibilità di prosecuzione della convivenza o di definitiva dissoluzione del vincolo; che l'assegno di separazione e di divorzio hanno funzione assistenziale e non risarcitoria; che la perdita del diritto all'assegno di separazione a causa dell'addebito può trovare applicazione soltanto in via eventuale, in quanto colpisce solo il coniuge che ne avrebbe diritto e non quello che deve corrisponderlo.
La natura, la funzione ed i limiti di ciascuno dei su detti istituti rendono evidente che essi sono strutturalmente compatibili con la tutela generale dei diritti, tanto più se costituzionalmente garantiti, non escludendo la rilevanza che un determinato comportamento può rivestire ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle conseguenti statuizioni di natura patrimoniale la concorrente rilevanza dello stesso comportamento quale fatto generatore di responsabilità aquiliana.
Anche nell'ambito della famiglia i diritti inviolabili della persona rimangono infatti tali, cosicché la loro lesione da parte di altro componente della famiglia può costituire presupposto di responsabilità civile. Fermo restando che la mera violazione dei doveri matrimoniali, o anche la pronuncia di addebito della separazione, non possono di per sé ed automaticamente integrare una responsabilità risarcitoria, dovendo, in particolare, quanto ai danni non patrimoniali, riscontrarsi la concomitante esistenza di tutti i presupposti ai quali l'art. 2059 c.c., riconnette detta responsabilità, secondo i principi da ultimo affermati nella sentenza 11 novembre 2008, n. 26972 delle Sezioni Unite, la quale ha ricondotto sotto la categoria e la disciplina dei danni non patrimoniali tutti i danni risarcibili non aventi contenuto economico e, quindi, entrambi i tipi di danno in relazione ai quali è stata formulata la domanda dell'odierna ricorrente.
2.4. Dovrà pertanto considerarsi al riguardo - in conformità da quanto statuito in detta sentenza delle Sezioni Unite - che l'art. 2059 c.c., non prevede un'autonoma fattispecie di illecito, distinta da quella di cui all'art. 2043, ma si limita a disciplinare i limiti e le condizioni di risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali di ogni tipo, sul presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito richiesti dall'art. 2043 c.c.: e cioè la condotta illecita, l'ingiusta lesione di interessi tutelati dall'ordinamento, il nesso causale tra la prima e la seconda, la sussistenza di un concreto pregiudizio patito dal titolare dell'interesse leso. L'unica differenza tra il danno non patrimoniale e quello patrimoniale consiste pertanto nel fatto che quest'ultimo è risarcibile in tutti i casi in cui

ricorrano gli elementi di un fatto illecito, mentre il primo lo è nei soli casi previsti dalla legge. Cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.: a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato: in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale; b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato: in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento; c) quando, al di fuori delle due ipotesi precedenti, il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati "ex ante" dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice.
In tale ultima ipotesi il danno non patrimoniale sarà risarcibile ove ricorrano contestualmente le seguenti condizioni: a) che l'interesse leso (e non il pregiudizio sofferto) abbia rilevanza costituzionale; b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, come impone il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.; c) che il danno non sia futile, ma abbia una consistenza che possa considerarsi giuridicamente rilevante.
2.5. Con specifico riferimento al caso di specie, in cui la condotta illecita in relazione alla quale è chiesto il risarcimento del danno è costituita dalla violazione del dovere di fedeltà nascente dal matrimonio, va specificamente osservato quanto segue.
Nel vigente diritto di famiglia, contrassegnato dal diritto di ciascun coniuge, a prescindere dalla volontà o da colpe dell'altro, di separarsi e divorziare, in attuazione di un diritto individuale di libertà riconducibile all'art. 2 Cost., ciascun coniuge può legittimamente far cessare il proprio obbligo di fedeltà proponendo domanda di separazione ovvero, ove ne sussistano i presupposti, direttamente di divorzio. Con il matrimonio, infatti, secondo la concezione normativamente sancita del legislatore, i coniugi non si concedono un irrevocabile, reciproco ed esclusivo "ius in corpus" - da intendersi come comprensivo della correlativa sfera affettiva - valevole per tutta la vita, al quale possa corrispondere un "diritto inviolabile" di ognuno nei confronti dell'altro, potendo far cessare ciascuno i doveri relativi in ogni momento con un atto unilaterale di volontà espresso nelle forme di legge.
Nell'ottica di tale assetto normativo, se l'obbligo di fedeltà viene violato in costanza di convivenza matrimoniale, la sanzione tipica prevista dall'ordinamento è costituita dall'addebito con le relative conseguenze giuridiche, ove la relativa violazione si ponga come causa determinante della separazione fra i coniugi, non essendo detta violazione idonea e sufficiente di per sé a integrare una responsabilità risarcitoria del coniuge che l'abbia compiuta, né tanto meno del terzo, che al su detto obbligo è del tutto estraneo.
In particolare, quanto alla responsabilità per danni non patrimoniali - ai quali è limitato il tema del decidere - sulla base dei principi già sopra esposti, perché possa sussistere una responsabilità risarcitoria, accertata la violazione del dovere di fedeltà, al di fuori dell'ipotesi di reato dovrà accertarsi anche la lesione, in conseguenza di detta violazione:, di un diritto costituzionalmente protetto. Sarà inoltre necessaria la prova del nesso di causalità fra detta violazione ed il danno, che per essere a detto fine rilevante non può consistere nella sola sofferenza psichica causata dall'infedeltà e dalla percezione dell'offesa che ne deriva - obbiettivamente insita nella violazione dell'obbligo di fedeltà - di per sé non risarcibile costituendo pregiudizio derivante da violazione di legge ordinaria, ma deve concretizzarsi nella compromissione di un interesse costituzionalmente protetto.
Evenienza che può verificarsi in casi e contesti del tutto particolari, ove si dimostri che l'infedeltà, per le sue modalità e in relazione alla specificità della fattispecie, abbia dato luogo a lesione della salute del coniuge (lesione che dovrà essere dimostrata anche sotto il profilo del nesso di causalità). Ovvero ove l'infedeltà per le sue modalità 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.
2.6. In relazione ai su detti principi, deve darsi risposta positiva al quesito posto dalla ricorrente, con il quale si è chiesto a questa Corte di affermare che la mancanza di addebito della separazione non è preclusiva di separata azione per il risarcimento dei danni prodotti dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio e riguardanti diritti costituzionalmente protetti.
Deve infatti ritenersi incompatibile con i principi sopra enunciati l'affermazione della sentenza impugnata (che ne costituisce la "ratio decidendi") censurata con il motivo, secondo la quale la prova della colpevole violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, ai fini dell'esperibilità dell'azione di risarcimento, sarebbe preclusa ove i coniugi, come nel caso di specie, siano addivenuti a separazione consensuale, rinunciando il coniuge interessato alla pronuncia di addebito, dovendosi tale rinuncia interpretare come rinuncia all'accertamento delle cause della crisi del matrimonio, in quanto giudizialmente accertabili solo nel giudizio di separazione con specifica domanda di addebito.
Tale statuizione viene erroneamente collegata alla giurisprudenza di questa Corte secondo la quale la dichiarazione di addebito della separazione può essere richiesta e adottata solo nell'ambito del giudizio di separazione, dovendosi escludere l'esperibilità di domande di addebito fuori da tale giudizio (*ex multis* Cass., sez. un., 4 dicembre 2001, n. 15279; 29 marzo 2005, n. 6625).
Quella giurisprudenza pone a fondamento del su detto

principio la statuizione dell'art. 151 c.c., comma 2, che attribuisce espressamente la cognizione della domanda di addebito al giudice della separazione. Ma ai fini che qui interessano va rilevato che l'art. 151 c.c., attribuisce al giudice della separazione la cognizione sulla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio unicamente in relazione alla pronuncia sull'addebito, che in essi trova la "causa petendi". Cioè in relazione a quello specifico "petitum", costituito dalle conseguenze giuridiche che si collegano alla pronuncia di addebito e che sono, per il coniuge a carico del quale venga presa, l'esclusione del diritto al mantenimento (con salvezza del solo credito alimentare ove ne ricorrano i requisiti) e la perdita della qualità di erede riservatario e di erede legittimo, con salvezza del diritto ad un assegno vitalizio in caso di godimento degli alimenti al momento dell'apertura della successione (artt. 156, 548 e 585 c.c.). "Petitum" al quale si può non avere interesse, avendo invece interesse, sussistendone i presupposti, al diritto al risarcimento.
Non essendo rinvenibile una norma di diritto positivo, né essendo rinvenibili ragioni di ordine sistematico che rendano la pronuncia sull'addebito (inidonea di per sé a dare fondamento all'azione di risarcimento) pregiudiziale rispetto alla domanda di risarcimento, una volta affermato - come sopra si è fatto - che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio non trova necessariamente la propria sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, ma, ove ne sussistano i presupposti secondo le regole generali, può integrare gli estremi di un illecito civile, la relativa azione deve ritenersi del tutto autonoma rispetto alla domanda di separazione e di addebito ed esperibile a prescindere da dette domande, ben potendo la medesima "causa petendi" dare luogo a una pluralità di azioni autonome contrassegnate ciascuna da un diverso "petitum". Ne deriva, inoltre, che ove nel giudizio di separazione non sia stato domandato l'addebito, o si sia rinunciato alla pronuncia di addebito, il giudicato si forma, coprendo il dedotto e il deducibile, unicamente in relazione al "petitum" azionato e non sussiste pertanto alcuna preclusione all'esperimento dell'azione di risarcimento per violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, così come nessuna preclusione si forma in caso di separazione consensuale.
Ciò trova ulteriore conferma sistematica per un verso nella considerazione che, come sopra si è osservato con specifico riferimento alla violazione dell'obbligo di fedeltà, diverse sono anche la rilevanza e le caratteristiche fattuali che tale violazione può avere ai fini dell'addebitabilità della separazione rispetto a quelle che deve avere per dare fondamento ad un'azione di risarcimento. Per altro verso, nella considerazione che sarebbe del tutto al di fuori della logica del sistema subordinare - risultato al quale condurrebbe la "ratio" della decisione impugnata - alla dichiarazione di addebito il risarcimento del danno per violazione di obblighi nascenti dal matrimonio ove tale violazione costituisca reato e abbia dato luogo a condanna penale.
Il secondo motivo del ricorso va pertanto accolto - dichiarandosi assorbito il primo - e la sentenza va cassata con rinvio anche per le spese alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione che farà applicazione del principio secondo il quale: "I doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi su detti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo 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 preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni".
… *Omissis* …

RIMEDI GIUSFAMILIARI E TUTELA AQUILIANA: DALL'IMMUNITÀ ALL'AUTONOMIA. QUALCHE RIFLESSIONE SUL DANNO INTRAFAMILIARE

di Denise Amram (*)

Nell'analizzare le questioni sostanziali e processuali derivanti dal principio di diritto enunciato dalla sentenza in epigrafe, l'A. effettua una ricognizione dei presupposti dell'illecito e del danno intrafamiliare nel nuovo assetto risarcitorio del danno non patrimoniale al fine di individuare l'attuale articolazione dei rapporti tra diritto della famiglia e responsabilità civile. Il commento include, infine, un paragrafo volto a comparare l'ordinamento italiano e quello francese, onde sottolineare la necessità comune ad entrambi i sistemi di riordinare i criteri di quantificazione dei pregiudizi intrafamiliari.

La vicenda

La sentenza Cass. n. 18853/2011 è da considerarsi la prima pronuncia di legittimità in materia di danno intrafamiliare successiva al nuovo assetto risarcitorio descritto dai moniti del Supremo Collegio Cass. nn. 26972-26975/2008 (1). Previo richiamo di quanto già affermato nel 2005 (2), il danno perpetrato all'interno delle mura domestiche si conferma anche nel nuovo sistema, infatti, quale epifania del danno non patrimoniale, suscettibile di liquidazione secondo i presupposti di cui all'art. 2059 c.c. (3).

La pronuncia in epigrafe si occupa più propriamente di risolvere una questione di natura processuale. Essa trae origine, infatti, da una vicenda di separazione giudiziale con domanda di addebito, convertita in separazione consensuale, cui è seguita una richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale per la violazione del dovere di fedeltà perpetrata dal marito in costanza di matrimonio. In particolare, il Supremo Collegio ha risposto positivamente al quesito concernente la possibilità o meno di adire la tutela aquiliana per il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla violazione dei doveri coniugali - che abbiano inciso su valori costituzionalmente protetti - anche in sede di separazione consensuale e, dunque, a prescindere dalla proposizione di una domanda di addebito nelle more di un procedimento per separazione giudiziale.

Più in generale, attraverso tale decisione, la Corte ha statuito che l'autosufficienza del sistema giusfamiliare troverebbe un limite là dove, secondo le regole generali di responsabilità civile, vengano integrati gli estremi di un illecito che abbia dato luogo ad un pregiudizio ingiusto.

Sebbene alcuna perplessità fosse stata sollevata né in dottrina, né in giurisprudenza circa la mancata menzione dei pregiudizi intrafamiliari nella motivazione delle sentenze dell'*estate di San Martino* 2008 (4), la conferma da parte della Corte di Cassazione dell'appartenenza al sistema consente sul piano del diritto sostanziale, da un lato, di confutare le diverse interpretazioni circa l'*an debeatur* e, dall'altro, di continuare ad indagare sui nodi lasciati ancora insoluti, quali, ad esempio, la quantificazione del danno intrafamiliare diverso dai pregiudizi all'integrità psicofisica.

Sistema giusfamiliare e tutela aquiliana: dall'immunità all'autonomia dei rimedi

La pronuncia in commento offre un interessante spunto di riflessione circa il percorso evolutivo che la responsabilità civile nelle relazioni familiari ha compiuto nel corso dell'ultimo trentennio (5).

Note:

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

(1) 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, 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.

(2) Cass. 10 maggio 2005, n. 9801 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.

(3) 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.; E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 146 ss.

(4) F.D. Busnelli, *E* venne l'estate di San Martino, in Aa.Vv., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, 91 ss.

(5) Senza alcuna pretesa di esaustività di vedano i volumi di G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004-2009; M. Sesta, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Pado-

(segue)

Il sistema di rapporti tra l'ambito giusfamiliare e quello della responsabilità civile descritto con la celebre frase di Carlo Arturo Jemolo (6) parrebbe non solo essere stato superato con l'ingresso del rimedio aquiliano all'interno delle mura domestiche, ma addirittura aver trovato un nuovo equilibrio volto a facilitare l'utilizzo di quest'ultimo anche di fronte a percorsi processuali miranti a limitare il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria nella fase patologica della famiglia.

In altre parole, se alla base della c.d. immunità familiare (7) vi era la sentita necessità di risolvere le questioni familiari attraverso i soli rimedi preposti dal diritto della famiglia, in una sorta di preservazione dei relativi legami dalle logiche giudiziarie ed esterne che mal si conciliavano con la reale necessità di non compromettere definitivamente i rapporti tra genitori e figli o tra coniugi attraverso un'azione risarcitoria, ad oggi non solo nelle more dei procedimenti di separazione e divorzio è consentita la proposizione di una domanda risarcitoria (si pensi alla formulazione dell'art. 709-*ter* c.p.c.) (8), ma quest'ultima - stante la pronuncia in commento - sarebbe proponibile anche all'interno di un procedimento di separazione consensuale. In detta ipotesi, infatti, le parti, da un lato, ometterebbero di richiedere al giudice di indagare sulle cause del venir meno della comunione materiale e spirituale, dichiarando di essere giunti entrambi alla consapevole conclusione per cui quel progetto di comunione di vita non sia più realizzabile (9); dall'altro, l'autorità giudiziaria sarebbe adita per il riconoscimento del danno non patrimoniale derivante dalla stessa violazione dei doveri coniugali che, avendo scalfito la dignità della vittima, avrebbe cagionato un pregiudizio ingiusto suscettibile di risarcimento (10).

Non vi è dubbio che la sentenza in esame abbia spostato le frontiere della responsabilità civile (11) oltre quel confine che pareva essere stato segnato dalla riservatezza nelle dispute familiari (12), da un lato, e il ricorso al giudice per le questioni cc.dd. di volontaria giurisdizione, dall'altro. Consentire, infatti, ai coniugi di far prevalere l'interesse a non accertare le responsabilità della crisi matrimoniale in sede di separazione, ma di far accertare le stesse a fini risarcitori, significa attribuire una natura propria ed autonoma alle due azioni (13).

Da un punto di vista processuale, la giurisprudenza aveva già affrontato la questione relativa ai rapporti fra la domanda di addebito della separazione e la domanda risarcitoria sotto il profilo dell'opportunità o meno di instaurare un *simultaneus processus*. In particolare, un orientamento minoritario aveva ritenuto che la richiesta di risarcimento del danno *ex* art. 2043 c.c. fosse «accessoria e strettamente connessa alla domanda di addebito», consentendo-

Note:

(continua nota 5)

va, 2008; V. Pilla, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006; F. Longo (a cura di), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, Torino, 2004; P. Cendon (a cura di), *Trattato resp. civ. pen. fam.*, Padova, III, 2004; A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003; S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

(6) C.A. Jemolo secondo cui la famiglia costituirebbe «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto» in *La famiglia e il diritto*, in Annali Univ. Catania, 1948, II, 38.

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

(8) Sull'art. 709 *ter* c.p.c.,, tra gli altri, si vedano F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Eur. Dir. priv.*, 2009, 909 ss; M. Paladini, *Rapporti tra giudice della separazione, giudice tutelare e tribunale per i minorenni*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 346 ss; D. Amram, *L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art. 709*ter *cpc al vaglio della giurisprudenza e della dialettica sanzione-mediazione* in *Fam. pers. succ.*, 2011, 533 ss.; E. Vullo, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni* ex *art. 709-ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile* ex *art. 614* bis, in *Fam e dir.*, 2010, 924 ss.; F. Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, 1057 ss.; E. D'Alessandro, *Il procedimento di risoluzione delle controversie riguardanti l'affidamento dei figli ovvero l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi*, in S. Patti, L. Rossi Carleo, *Provvedimenti riguardo ai figli*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 2010, 175 ss.; S. Patti, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo: il risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 773 ss.; A. D'Angelo, *L'art. 709-ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un surrogato giudiziale della solidarietà familiare?*, in questa *Rivista*, 2008, 1193 ss.; G. Ferrando, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. 54/2006,* in *Fam. pers. succ.*, 2007, 590 ss.; M. Paladini, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2005 ss.

(9) Sulla separazione personale, si vedano M. Mantovani, voce *Separazione personale* dei *coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, 2007, 1.

(10) Parla di declino dell'istituto dell'addebito, C. Rimini, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, cit.

(11) F.D. Busnelli-S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997; F.D. Busnelli, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41 ss.

(12) In USA si parla a tal proposito di *family privacy* R. B. Siegel, *"The rule of love": wife beating as prerogative and privacy*, cit.; nonché E. M. Schneider, *The violence of privacy*, 23 Conn. L. R., 1991, 973. In giurisprudenza, cfr. *Abbot v. Abbot*, 67 Me. 304 (1877), nonché *Thompson v. Thompson*, 218 U.S. 611 (1910). Il termine non deve essere confuso con la tutela della riservatezza nei dati personali.

(13) Sul punto, si vedano i contributi di G. F. Basini, Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra coniugi, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 981 ss.; G. Facci, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Fam. e dir.*, 2009, 1154 ss.; S. Grassi, *Separazione con addebito e risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 215 ss.; A. Benni De Sena, *Separazione personale dei coniugi, pronunzia di addebito e responsabilità civile,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 94 ss.

ne il *simultaneus processus* nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio, qualificandola ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 40 c.p.c. (14). Diversamente, una consolidata giurisprudenza di legittimità aveva negato l'ammissibilità delle domande connesse nei giudizi speciali di separazione per l'assenza di una connessione forte (15). Tale orientamento era stato criticato in dottrina in ragione della conseguente vanificazione dell'affinità del giudizio che lega l'addebito della separazione al risarcimento del danno intrafamiliare, pregiudicando notevolmente le esigenze di economia processuale caratterizzanti la disciplina del cumulo processuale (16).

Il Supremo Collegio, con la presente pronuncia, ha in un certo senso avallato quest'ultimo filone interpretativo, negando la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità tra la domanda di addebito e quella risarcitoria, confermando, invero, che le stesse azioni conservano identiche *causa petendi*, a fronte di diversi *petitum*. In particolare nella domanda di addebito, il *petitum* coinciderebbe con «le conseguenze giuridiche che si collegano alla pronuncia di addebito e che sono (…) l'esclusione del diritto al mantenimento (…) e la perdita della qualità di erede riservatario e di erede legittimo (…) "*Petitum*" al quale non si può avere interesse, avendo invece interesse, sussistendone i presupposti, al diritto al risarcimento».

La distinzione dei *petitum* porta, dunque, a concepire l'addebito (e dunque il sistema giusfamiliare) e la domanda risarcitoria (e dunque la tutela aquiliana) su binari che possono viaggiare parallelamente, oppure incrociarsi per la fase istruttoria, ma anche andare l'uno indipendentemente dall'altra. E ciò vale, da oggi, per entrambe le domande, reciprocamente. Un altro tassello del processo di avvicinamento dell'*isola* alla terraferma del diritto della responsabilità civile parrebbe, dunque, essere stato introdotto nel nostro sistema, ancora una volta sotto l'ombrello della tutela dei diritti fondamentali della persona. Tuttavia si ritiene opportuno mettere in luce come la pluralità di opzioni processuali perseguibile dalle parti non possa essere letta come mezzo per aggirare l'instaurazione di una separazione giudiziale, snaturando la funzione "decongestionante" svolta dall'istituto della separazione consensuale (17). Spetterà agli operatori del diritto - e, in particolare, ai difensori delle parti - evitare che ad ogni separazione consensuale consegua l'instaurazione di un procedimento per risarcimento del danno intrafamiliare.

Infedeltà coniugale e risarcimento del danno

Volgendo lo sguardo all'analisi dei presupposti della responsabilità civile, si può osservare come la pronuncia in commento si ponga in armonia con il nuovo assetto risarcitorio descritto dalle SS.UU./2008, soprattutto là dove espressamente ha affermato che non tutte le violazioni dei doveri coniugali possano determinare un danno ingiusto risarcibile (18). In particolare, solo ove la violazione sia, per le modali-

Note:

(14) Così, Trib. Firenze, 23 marzo 2003, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1658. In tal senso si vedano anche Trib. Reggio Calabria, 23 novembre 2007, in *www.famigliaegiustizia.it*, per la quale «Al rigetto della domanda di addebito, segue il rigetto del risarcimento del danno esistenziale, in quanto tale domanda, pur potendo trovare ingresso nel giudizio di separazione per essere strettamente connessa in funzione dell'accessorietà della domanda principale, mutua dall'addebito il momento genetico e costitutivo dell'illecito» e Trib. Napoli, 24 gennaio 2008, in *Famiglia e min.,* 2008, dossier, X, per la quale al rigetto della domanda di addebito, segue necessariamente il rigetto della domanda risarcitoria. Per il *simultaneus processus* fra addebito e risarcimento del danno: Trib. Lodi, 16 aprile 2007, in *Fam. e min.,* 2007, 88, con nota di Passaro; Trib. Firenze, 23 marzo 2006, cit., con nota di Picardi e Trib. Brescia, 14 ottobre 2006, in *Fam. e dir.*, 2007, 57, con nota di Facci.

(15) In particolare, non essendo ravvisabile una connessione forte ai sensi degli artt. 31, 32, 34, 35, 36 c.p.c. tra l'azione di risarcitoria e la domanda di addebito, quest'ultima sarebbe soggetta alla cognizione piena di un separato giudizio. Il rilevamento dell'inammissibilità del *simultaneus processus* fra addebito e risarcimento del danno è precluso successivamente alla prima udienza dinnanzi al giudice istruttore, così Trib. Bari, 18 dicembre 2007, in *Il merito*, 2008, 35; Trib. Milano, 20 marzo 2009 e Trib. Monza, 11 marzo 2009, entrambe in leleggiditaliaperlapa. Si vedano, in generale, Cass. 24 aprile 2007, n. 9915, in *Mass. Giust. civ.*, 2007; Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638, *ivi*, 2004, e Cass. 10 marzo 2006, n. 5304, *ivi*, 2006.

(16) La parziale identità della *causa petendi* delle due domande, pacificamente rilevata anche nella sentenza in commento, poteva essere valorizzata prevedendo la possibilità di una trattazione congiunta della fase istruttoria e successiva disposizione della separazione delle cause per la fase decisoria. In altri termini, il cumulo tra separazione personale e risarcimento del danno intrafamiliare sarebbe possibile solo in presenza di una richiesta di addebito della separazione, che ne giustifichi l'unitarietà della fase istruttoria, restando salva la possibilità di rimettere la decisione sul risarcimento del danno al giudice monocratico. Per un approfondimento, cfr. F. Picardi, *Le domande di risarcimento del danno tra coniugi nei procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 1676 e ss, nonché sia lecito rinviare a Cass. 7 dicembre 2007, n. 25618, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 987 ss., con nota di Amram.

(17) In effetti se le parti consensualmente addivengono ad un accordo di separazione personale omologabile e in un momento successivo adiscono all'autorità giudiziaria per l'accertamento della responsabilità aquiliana intrafamiliare potrebbero sorgere dubbi sull'effettiva attuabilità dell'accordo omologato.

(18) Sul punto, cfr. G. Travaglino, *Il futuro del danno alla persona*, in questa *Rivista*, 2011, 113 ss., G. Ponzanelli, *Postfazione*, *ibidem*, 119; nonché G. Amone, *Umanità e tecnica nel risarcimento del danno alla persona*, in questa *Rivista*, 2011, 959 ss.

tà di estrinsecazione della condotta, tale da aver: «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», il requisito dell'ingiustizia costituzionalmente rilevante sarà integrato e, dunque, la vittima potrà accedere alla tutela aquiliana ai sensi dell'art. 2059 c.c.
Siffatta affermazione va a confermare un orientamento registrato nella giurisprudenza di merito successiva alle SS.UU./2008 proprio in materia di danno conseguente la condotta fedifraga del coniuge. In particolare, in tutte le decisioni edite (19), ampio spazio è dato in motivazione alla descrizione delle condotte dannose. Tale prassi parrebbe essere diventata strumentale, da un lato, ad accertare la sussistenza dei presupposti di risarcibilità e, dall'altro, a fondare il percorso argomentativo per la determinazione in via equitativa del *quantum debeatur*.
Dall'indagine sui precedenti emerge, infatti, una ferma valorizzazione degli elementi relativi alle modalità di estrinsecazione della condotta, allegati in istruttoria (20). Si osserva, infatti, come la durata della condotta e la gravità della stessa siano i parametri più spesso utilizzati nelle valutazioni equitative. In tal senso è stata ravvisata da parte dottrina una certa propensione della responsabilità civile ad esercitare negli illeciti fra coniugi una funzione sanzionatoria (21), pertanto, difficilmente riconducibile a criteri di quantificazione univoci.

(segue) dall'infedeltà alla mancata coabitazione: spunti di comparazione d'Oltralpe

Anche il sistema francese conosce forme di responsabilità civile nelle relazioni coniugali attraverso l'azione di carattere speciale di cui all'art. 266 *code civil* e attraverso quella generale ai sensi dell'art. 1382 *code civil*.
Con riferimento alla prima, già nel 1975 era prevista dalla l. n. 75-617, recante le condizioni e le conseguenze del divorzio, la possibilità che il giudice condannasse al risarcimento dei danni morali e materiali il coniuge colpevole rispetto alla dissoluzione del matrimonio. Con la riforma del 2004 (22), nel tentativo di emarginare i casi di divorzio per colpa, la nuova formulazione dell'art. 266 *code civil* è andata ad incidere sui presupposti di tale regola di responsabilità attribuendole un tenore più neutro, per il quale sarebbero risarcibili i pregiudizi gravi (23) determinati dal mero fatto della dissoluzione del matri-

Note:

(19) Trib. Pavia, 12 gennaio 2009, leleggiditaliaperlapa.it, in cui la condotta infedele del marito è stata oggetto di un risarcimento di euro 5000 di danni non patrimoniali. Trib. Venezia, 14 luglio 2009, in questa *Rivista*, 2010, 187 ss. con nota di D'Angelo, in cui la quantificazione del danno è stata effettuata utilizzando le tabelle del Triveneto 2009 per il risarcimento del danno biologico, scorporando, in particolare una percentuale dal valore corrispondente per il danno alla salute, nel tentativo di ricavare il valore dell'incidenza sui profili dinamico relazionali; Trib. Busto Arsizio, 5 febbraio 2010, in *Dejure*, in cui vengono liquidati euro 10.000 alla moglie affetta da sclerosi multipla per lo stato di malessere diffuso (che, pur non sfociando in un danno alla salute, ha provocato ansia, irritazione e difficoltà di far fronte alle normali occupazioni) dovuto al grave comportamento del marito, frequentatore di *community online* di condivisione di materiale pornografico, il quale, oltre a diffondere materiale che lo ritraevano in pose oscene, si faceva vanto delle proprie conquiste, il tutto utilizzando il pc di casa.

(20) La medesima tendenza è riscontrata anche nelle pronunce meno recenti: si pensi, ad esempio, al caso deciso da Trib. Milano, 4 giugno 2002, ove il marito, che di fronte al rifiuto della moglie di interrompere la gravidanza, aveva omesso di prestarle qualsiasi assistenza, abbandonando la stessa e il figlio una volta nato, intraprendendo, inoltre, una relazione extraconiugale, è stato condannato a risarcire euro 5164,57 a titolo di danno non patrimoniale, tenuto conto dell'obiettiva gravità della condotta, della sua brevità e del carattere temporaneo della compromissione.

(21) Tra i più recenti contributi sulle funzioni della responsabilità civile nel dibattito sul danno alla persona, cfr. F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, cit.; E. Navarretta, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 500 ss.; C. Scognamiglio, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2485 ss. In precedenza: F.D. Busnelli, v. *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1991; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 164 ss. Sugli illeciti di dolo in famiglia, cfr. G. Facci, *I nuovi danni della famiglia che cambia*, Milano, 2009, 22 ss.; A. Astone, *I danni alla persona e la famiglia*, in M. Fortino (a cura di), *I danni ingiusti alla persona*, Padova, 2009, 283 ss.

(22) L'art. 266 *code civil*, in seguito alla modifica apportata dalla l. n. 2004-439 del 26 maggio 2004, in vigore dal giorno 1 gennaio 2005, recita: «*Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce.*». Per una ricognizione sull'istituto: M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, Vol. 2, PUF, 2011, 104; J. Hauser, *Le divorce nouveau et la responsabilité civile*, *Droit et patr.* 2005, n. 136, 78 ss.; S. Pons, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, Aix-en - Provence, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2007, 11 ss; G. Serra, *De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile*, in *Rev. Lamy Droit Civ.*, 2007, 42 ss.

(23) È stato escluso il risarcimento, ad esempio, in una recente pronuncia della Cour d'Appel Tolouse - CH 01 sect.02 - 10/00252 - 7 juin 2011 in quanto alcuna prova della gravità del pregiudizio morale subito dalla ricorrente era stato provato, in dalloz.fr; sono stati riconosciuti, invece nel diverso caso, sempre deciso dalla Cour d'Appel de Tolouse, CH.01SECT.02 - 10/03253 - 22 mars 2011, in ragione dell'investimento della moglie «*dans son couple ayant secondé son époux après son accident du travail et la faillite du couple étant intervenue dans le contexte très particulier d'une procédure d'adoption en cours.*», in *dalloz.fr*.

monio (24). Rimane, tuttavia, esclusa, anche in seguito a tale modifica, la possibilità di agire *ex* art. 266 *code civil* nei casi di divorzio consensuale o là dove sia accertato che il comportamento di entrambe le parti abbia cagionato la rottura del matrimonio. *Mutatis mutandis*, potremmo osservare come siffatta azione potrebbe trovare spazio nel nostro ordinamento solo nei casi di separazione con addebito.
Al di fuori delle descritte ipotesi di divorzio e in presenza di un pregiudizio diverso da quello "derivante dalla dissoluzione del matrimonio", in Francia può intervenire la regola generale di responsabilità di cui all'art. 1382 *code civil* (25), la cui azione può essere promossa tanto in un momento antecedente che in uno successivo rispetto alla pronuncia di divorzio, mentre il risarcimento *ex* art. 266 *code civil* deve essere necessariamente richiesto insieme al procedimento di divorzio. Ai sensi dell'art. 1382 *code civil* è necessario, tuttavia, provare la colpa del coniuge, non tanto al venir meno del legame familiare, quanto dell'illecito verso la vittima. Non è necessario, invece, che il pregiudizio assuma il carattere di particolare gravità (26).
Il problema della quantificazione del danno intrafamiliare parrebbe essere sentito anche in Francia, ove anche dalla casistica emerge una certa anarchia delle liquidazioni (27). Ad esempio, una recente sentenza della Cour d'Appel de Aix en Provence (28) ha confermato la condanna di un coniuge a risarcire euro 10.000 a titolo di danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 1382 *code civil* per la violazione dei doveri coniugali derivante dal rifiuto del marito di intrattenere rapporti sessuali con la propria moglie. La pronuncia francese si fonda sul fatto che, da un lato, i presunti problemi di salute su cui il convenuto aveva fondato la propria difesa non erano tali da renderlo incapace ad avere rapporti intimi con la moglie e che, avendo tale atteggiamento contribuito al deterioramento della comunione di vita, lo stesso era da considerarsi una violazione dei doveri matrimoniali (29). Se, come abbiamo visto, sulla base del sistema francese della responsabilità civile nelle relazioni familiari, la sentenza parrebbe allinearsi al paradigma testé descritto, un nodo che non sembra essere sciolto è quello relativo alla quantificazione del pregiudizio. Sarebbe importante capire il motivo per cui sia stata liquidata una "cifra tonda" di 10.000 euro, anziché essere determinata un'altra somma.

Verso una forbice risarcitoria per il danno intrafamiliare nelle relazioni coniugali?

Al fine di dare ascolto a essenziali esigenze di certezza nelle liquidazioni, vista anche la recente tendenza e del legislatore e della stessa Corte di Cassazione a uniformare le liquidazioni in presenza di pregiudizi alla salute (30), ben potrebbe essere indagata la possibilità di trovare un criterio di liquidazione comune, capace di orientare il giudice nella liquidazione equitativa, anche con riferimento ai danni non patrimoniali diversi dalla lesione dell'integrità psicofisica.
Se, come si deduce anche dalla pronuncia in commento, l'illecito intrafamiliare è legato alla lesione

Note:

(24) In tal senso la dottrina si interroga circa la natura di tale responsabilità in cui la *faute* va ad incidere sulla dissoluzione del matrimonio e non sul danno cagionato. Si ritiene, infatti, che i presupposti di applicazione dell'art. 266 *code civil* siano limitati alla sussistenza di un pregiudizio serio derivante dalla dissoluzione del vincolo matrimoniale. In tal senso è stato comunque riscontrato il permanere di una volontà sanzionatoria del legislatore, volta a colpire il coniuge che abbia determinato lo scioglimento del vincolo matrimoniale con il proprio comportamento. In giurisprudenza, si veda Cour d'Appel - Paris - CH. 24 C - 05/04211 - 26 octobre 2006, in *dalloz.fr*.

(25) Da ultimo Cass. 6 juillet 2005, n. 05-17323, in *Dir. fam.*, 2005, n. 212, con nota di Larribau-Terneyre e in *Rev. Trim. Droit civ.* 2005, 767, con nota di J. Hauser. La possibilità di agire *ex* art. 1382 c.c. in caso di mancata integrazione dei presupposti dell'art. 266 c.c. ha sollevato non poche perplessità circa l'opportunità di mantenere quest'ultima norma nell'ordinamento francese, cfr. A.M. Leroyer, *Droit de la famille*, Paris, PUF, 2011, 120; G. Serra, *De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile*, in *Revue Lamy Droit Civil*, 2007, n. 42; F. Oudin, *Indemnités entre époux divorcés: faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ?*, in *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2006, n. 2.

(26) Cour d'Appel de Paris, CH. 24 A - 08/01713, 22 octobre 2008, ha rigettato la domanda risarcitoria ex art 1382 code civil, in quanto non era stata provata la sussistenza di una colpa, di un pregiudizio e di un nesso di causalità.

(27) Cour d'Appel Aix en Provence, CH. 06 B, n. 05/20881, 12 avril 2007 che ha liquidato euro 5000 ai sensi dell'art. 266 *code civil* e 5000 euro ai sensi dell'art. 1382 *code civil*, nonché Cour d'Appel Aix en Provence, CH. 06 A, n. 05/20881, 11 mars 2009 che ha liquidato euro 2500, entrambe le decisioni sono rinvenibili in *dalloz.fr.*

(28) Cour d'Appel Aix en Provence, 3 mai 2011, in *dalloz.fr*.

(29) In particolare, si legge che «*la quasi absence de relations sexuelles pendant plusieurs années, certes avec des reprises ponctuelles, a contribué à la dégradation des rapports entre époux. Il s avère, en effet, que les attentes de l'èpouse étaient légitimes dans la mesure où les rapports sexuels entre époux sont notamment l'expression de l'affection qu'ils se portent mutuellement, tandis qu'ils s'inscrivent dans la continuité les devoirs découlant du mariage*».

(30) Il riferimento va alle Cass. 7 giugno 2011, n. 12408, in *Resp. civ.*, 2011, 646 ss., con nota di Franzoni, in corso di pubblicazione su *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di Sganga, e Cass. 30 giugno 2011, n. 14402, in *Resp. civ.,* 2011, 650 ss., con nota di Fantetti, entrambe in *Corr. giur.*, 2011, 1075 ss., con nota di Franzoni, nonché al d.d.l per una tabella unica nazionale approvato dal Consiglio dei Ministri il 3 agosto 2011, su cui G. Comandé, *Un d.l. che meriterebbe maggior sistema*, ilsole24ore, 2011 e al relativo parere del Consiglio di Stato, ad. 8 novembre 2011, disponibile su *www.lider-lab.sssup.it*.

di un diritto fondamentale cagionata dalla violazione di un dovere coniugale, una soluzione da vagliare potrebbe consistere nell'individuare forbici liquidatorie determinate sulla base del diritto fondamentale leso e dell'obbligo matrimoniale violato, nonché di quegli elementi apprezzabili in via oggettiva (come ad esempio, la tipologia di violazione e la durata della stessa).

Ad esempio, la lesione della dignità del coniuge dovuta all'infedeltà potrà variare entro una determinata "cornice" di valori. In particolare, sulla base dei precedenti italiani editi in materia osserviamo che il valore minimo liquidato ammonta a euro 1.500 (31) e quello massimo a euro 10.000 (32). Per l'individuazione del risarcimento integrale, i fattori che aiuteranno l'organo giudicante potranno identificarsi nella durata della condotta dannosa, nell'aver offeso il bene giuridico di fronte a terzi, nell'assenza di un contesto familiare tale da supportare il danneggiato di fronte alla violazione.

Diversamente, la lesione della dignità del coniuge dovuta all'atteggiamento omissivo di fronte ai doveri di assistenza materiale e spirituale avrà come fattore rilevante di liquidazione la durata e l'eventuale perdita di *chance* di guarigione/terapia/miglioramento di vita che il coniuge danneggiato ha subito in ragione del comportamento dell'altro. La sua cornice edittale, basata sui precedenti, varia dai circa 5.000 euro del Tribunale di Milano del 4 giugno 2002 (33) e Tribunale di Lodi 16 aprile 2007 (34) ai 50.000 euro del Tribunale di Venezia del 30 giugno 2004 e del Tribunale di Monza 5 novembre 2004 (35).

Ancora, la compromissione dell'integrità familiare dovuta ad un comportamento sleale nella fase antecedente il matrimonio concernente l'omessa informazione sull'incapacità *coeundi* del marito non potrà fare perno sulla durata della condotta reticente od omissiva, dal momento che si presume che la stessa sia relativamente breve. Potrà essere utilizzato, tuttavia, il parametro della perdita di *chance* della moglie di realizzarsi come madre (in relazione all'età della stessa). In tale ultima ipotesi, l'eventuale cornice edittale, basata sui precedenti, potrebbe necessitare alcuni correttivi: infatti, per fattispecie del tutto simili, la Corte d'Appello di Palermo 19 febbraio 2007 (36) ha liquidato 200.000 euro, mentre in seguito al rinvio effettuato dal *leading case* reso dalla Cassazione con la decisione n. 9801 del 2005 sono stati accordati "solo" 25.000 euro.

Il materiale giurisprudenziale su cui riflettere e lavorare al fine di creare un sistema di liquidazione dei danni non patrimoniali diversi dal danno alla salute più rigoroso parrebbe non mancare. I tempi sembrerebbero abbastanza maturi affinché tutti gli operatori del diritto unissero le forze per contribuire ad attribuire alle forbici liquidatorie delle cifre idonee a ristorare integralmente il danno intrafamiliare nelle relazioni fra coniugi.

Note:

(31) Trib. Milano, 24 settembre 2002, in *Corr. giur.*, 2003, 1203 ss., con nota di De Marzo; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 465 ss., con nota di Facci, in questa *Rivista*, 2003, 1132 ss., con nota di Bozzi.

(32) Trib. Busto Arsizio, 5 febbraio 2010, in *Dejure*; nonché, a titolo di danno esistenziale, cfr. Trib. Venezia, 3 luglio 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 85 ss., con nota di Mascia. Volutamente non si considera la decisione del Trib. Brescia, 14 giugno 2006, in *Giust. civ.*, 2007, I, 987, che aveva liquidato alla moglie euro 40.000 per l'adulterio omosessuale del marito, in quanto riformata in appello l'anno successivo.

(33) Trib. Milano, 4 giugno 2002, in *Guida al dir.*, 2002, n. 24, 37 ss., con nota di Finocchiaro, in questa *Rivista*, 2003, 644 ss., con nota di Migliorati; in *Corr. giur.*, 2003, 1211 ss., con nota di De Marzo.

(34) Trib. Lodi, 16 aprile 2007, cit.

(35) Trib. Monza, 5 novembre 2004, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 413 ss., con nota di Moncalvo e in *Familia*, 2005, II, 584, con nota di Cordiniano.

(36) App. Palermo, 19 febbraio 2007, in *La resp. civile*, 2007, 857.

ADDEBITO DELLA SEPARAZIONE E TRADIMENTO PLATEALE: FUNZIONI DIVERSE E AZIONI AUTONOME

di Sara Oliari (*)

L'accertamento giudiziale della lesione di un diritto inviolabile per inosservanza dei doveri coniugali prescinde da una pronuncia preventiva di addebito della separazione giudiziale. La domanda di addebito non costituisce, dunque, presupposto obbligatorio, né antecedente necessario, per chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c. La mancata proposizione della stessa o il suo abbandono, in ragione della consensualizzazione della separazione personale, non impedisce a che uno dei due possa promuovere contro l'altro un giudizio autonomo e separato per vedersi risarcito il pregiudizio patito. La Suprema Corte motiva l'assunto insegnando che le tutele rimediali apprestate dal sistema aquiliano e quelle giusfamiliariste di cui alla disciplina codicistica e alla legislazione speciale sono concorrenti e, viste le diverse funzioni, finalità e presupposti, l'una non esclude l'altra.

Inizio articolo

"*Mi sono sposato davanti a un giudice. Avrei dovuto chiedere una giuria*". Questo graffiante aforisma di Groucho Marx, precursore dei tempi, pare rispecchiare appieno l'attuale "giustizializzazione" del matrimonio, o meglio, della separazione personale dei coniugi e della composizione della crisi coniugale. La tendenza che nell'ultimo lustro è andata delineandosi, vede un sempre crescente accesso alla giustizia per conseguire il risarcimento di danni, ovviamente di natura non patrimoniale, per la violazione dei doveri coniugali e familiari. La rottura del vincolo matrimoniale per inadempimento dei doveri sponsali ha, cioè, fatto breccia nell'alveo della responsabilità civile extracontrattuale quale autonoma fattispecie di illecito aquiliano, superando i limiti del diritto di famiglia e trascurando i rimedi tipicamente previsti dal sistema giusfamiliarista. E ciò seppur nel contenzioso familiare continui ad operare il filtro naturale e di autoregolazione della tolleranza e solidarietà domestica e sebbene - oggi più che mai - si assista ad un ridisegnato e più valorizzato ruolo dell'individuo all'interno della "istituzione familiare" (1) e ad una maggior tutela delle prerogative personalistiche.

Il "focolare domestico" ben può costituire terreno fertile per prevaricazioni e violenza e non sempre i tradizionali strumenti rimediali contemplati dal diritto di famiglia (addebito, ordine di protezione contro gli abusi familiari, decadenza dalla potestà genitoriale, condanna *ex* art. 570 c.p. e sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale in caso di abbandono del tetto coniugale) si rivelano adeguati ad apprestar effettiva tutela al coniuge offeso, con la conseguente esigenza di "scomodare" il diverso rimedio aquiliano. Gli strumenti sanzionatori propri del diritto di famiglia, difatti, non escludono aprioristicamente il ricorso alle norme generali e ai rimedi tipici della responsabilità civile. Si discute proprio della tendenza verso la cd. *privatizzazione* del rapporto coniugale e si assiste ad un utilizzo sempre più frequente della tutela risarcitoria, pur nei confronti di un membro della propria famiglia, quale strumento concorrente e non già antagonista o alternativo. La Corte precisa a chiare lettere che il comportamento contrario ai doveri coniugali - oltre a costituire presupposto per la pronuncia dell'addebito della separazione (o del divorzio), con tutte le conseguenze del caso, quali la perdita del diritto all'assegno di mantenimento (anche divorzile) e dei diritti successori - può, al contempo, integrare gli estremi di un illecito aquiliano con riconoscimento del relativo obbligo risarcitorio. Ciò, a condizione che siffatta condotta sia stata causa determinante la separazione secondo un rigoroso accertamento del nesso causale (2) e purché ricorrano tutti gli elementi tipici dell'illecito di cui all'art. 2059 c.c. letto in chiave costituzionalmente orientata. Resta inteso che detta violazione, di per sé, non è astrattamente idonea ad integrare un obbligo risarcitorio, né la giurisprudenza si è spinta tanto oltre da ammettere siffatto principio (3).

In sintesi, non vi sarebbe valida e giuridicamente

Note:

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

(1) 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*, 2010, Milano, 465.

(2) Trib. Milano, 8 aprile 2011, n. 4774, in *Guida al dir.*, 2011, 25, 57; App. Roma, 8 settembre 2010, Massima redazionale 2010 in *Pluris*; Trib. Bologna, 18 maggio 2010, Massima redazionale 2011 in *Pluris*; Trib. Benevento, 4 marzo 2010, Massima redazionale 2010 in *Pluris*.

(3) M. Rossetti, *Il danno non patrimoniale, cos'è, come si accerta e come si liquida*, Milano, 2010, 378.

fondata ragione per restringere la protezione dell'individuo da condotte antigiuridiche in ragione dell'ambito (endofamiliare) in cui si consuma l'illecito e si verifica il danno, né la previsione normativa specifica - con riferimento alla violazione dei doveri sponsali - esclude l'operatività di altri rimedi.
Riguardo a questo punto specifico, la Suprema Corte opera un accurato parallelismo - e offre una serie di ricche considerazioni - tra il rimedio sanzionatorio dell'addebito della separazione al coniuge fedifrago (e relative conseguenze) e la condanna al risarcimento del danno conseguente al tradimento.

Rimedi giusfamiliaristi vs. rimedi aquiliani

In un ambito peculiare e complesso quale quello dei rapporti familiari (4), pare quindi che i rimedi aquiliani abbiano preso il sopravvento sugli strumenti giusfamiliaristi, attesa la tutela differenziata loro propria. In quest'ottica, l'istituto dell'addebito non riveste la funzione di un valido rimedio giuridico per sanzionare la violazione di eventuali diritti personalissimi dell'individuo e/o offrir conforto (inteso in senso risarcitorio/pecuniario, non tanto morale) ai conseguenti pregiudizi alla sfera personale, ma è orientato - oltre tutto in via eventuale - verso il solo ambito assistenziale. Non è un caso, quindi, che l'istituto dell'addebito stia cadendo lentamente in desuetudine, a tutto vantaggio della r.c. e dei suoi strumenti. Ciò per i suoi effetti sperequativi ma anche per la sua dubbia efficacia rimediale: l'istituto appresterebbe, infatti, una forma di tutela minima e circoscritta ai soli aspetti di natura patrimoniale con esclusione dei diritti fondamentali. Inoltre, l'addebito della separazione pare fortemente discriminatorio (5), giacché penalizza più il coniuge tendenzialmente debole (in senso economico, di solito la moglie), che non quello fedifrago più abbiente, quanto meno riguardo alla perdita del diritto al mantenimento quale conseguenza immediata della pronuncia. Difatti, la decadenza del beneficio del mantenimento spiega tutta la propria efficacia sanzionatoria limitatamente all'eventualità di mancata o inadeguata disponibilità dei mezzi (e l'impossibilità oggettiva di procurarseli) di uno dei due coniugi e solo qualora detto coniuge sia proprio quello infedele e/o inosservante dei doveri coniugali, atteso che l'assegno di mantenimento ha funzione solidaristico-assistenziale.
Secondo il Supremo Collegio, come ben evidenziato nella sentenza in commento, le parti sono libere, in una proiezione processualfamiliarista, di stabilire se ed in quale sede accertare la causa della crisi coniugale, ma ancor più la responsabilità (e sanzionabilità) del soggetto inosservante dei doveri sponsali, in sede di separazione giudiziale con o senza addebito o in giudizio autonomo di risarcimento e giudicare della condotta. È *jus receptum* che la domanda di addebito della separazione è autonoma rispetto alla domanda di separazione personale dei coniugi, pur essendo proponibile solo nell'ambito del giudizio di separazione (6) e, al contempo, la domanda di addebito non è pregiudiziale rispetto ad una domanda ordinaria di risarcimento del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c.
Secondo la rigorosa ricostruzione operata dal Supremo Collegio, diversi sarebbero sia gli ambiti di operatività dei due strumenti rimediali, sia in particolare il tema di indagine del quale sarebbe investito il giudice. Nel giudizio di separazione, la cognizione sull'inosservanza dei doveri nascenti dal rapporto coniugale (la *causa petendi*) è finalizzata unicamente alla pronuncia sull'addebito, in cui il *petitum* va giustappunto individuato nelle conseguenze giuridiche specifiche che si ricollegano all'addebito tipicamente previste dall'ordinamento, ossia: esclusione del diritto al mantenimento (con salvezza del credito alimentare, vedi art. 156, comma 1, c.c.) e perdita della qualità di erede legittimo e riservatario (con salvezza del diritto ad un assegno vitalizio in caso di godimento degli alimenti, se goduti all'atto dell'apertura della successione, vedi art. 548 c.c.). La stessa *causa petendi* - ovvero la violazione doveri nascenti dal rapporto coniugale - può dare luogo (come precisa la Cassazione) ad una pluralità di azioni autonome dal diverso *petitum* quale, come nel caso di specie, il risarcimento del pregiudizio non patrimoniale da lesione di diritti costituzionalmente garantiti. Attesa la diversità del *petitum* tra le due azioni, non può giungersi alla conclusione né della formazione del giudicato, né della pregiudizialità. Resta, inoltre, ferma la diversa rilevanza dei fatti e delle circostanze da valutarsi con riguardo all'addebito o al risarcimento del danno non patrimoniale.
Non solo: giova osservare come gli effetti dell'adde-

Note:

(4) Per un'interessante analisi sulla peculiarità dei rapporti tra i coniugi, vedi P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011, 512.

(5) L. Lenti, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in *La separazione personale dei coniugi*, G. Ferrando-L. Lenti (a cura di), 2011, Padova, 574.

(6) Per tutte Cass. 21 novembre 2011, n. 24442 in *Dir. & Giust.*, 2011, con nota di P. Paleari, *L'impugnazione della sola pronuncia di addebito non impedisce lo scioglimento della comunione legale*.

bito si proiettano verso il futuro del coniuge fedifrago "punendolo" (7) patrimonialmente e senza considerare che l'onta del tradimento non può essere cancellata con "la spugna" delle misure di ordine familiare, stante la loro ridotta efficacia risarcitoria (8); quanto agli strumenti risarcitori aquiliani, gli stessi volgono lo sguardo al passato (9) sia per accertare la sussistenza di un torto, sia per "ricostruire" lo *status quo ante* del coniuge offeso e del ménage familiare ai fini del ripristino della situazione ante illecito.
Prosegue la Corte riconoscendo in capo a ciascun coniuge il diritto di separarsi e divorziare, quale espressione della libertà ed autodeterminazione del singolo individuo di cui all'art. 2 della Costituzione, e quale strumento *ad hoc* per porre legittimamente fine al vincolo matrimoniale e ai doveri da esso nascenti, tra i quali il dovere di fedeltà. Interessante è come, per converso, abbia disconosciuto l'esistenza di un irrevocabile, reciproco ed esclusivo *ius in corpus*, ossia un corrispettivo diritto inviolabile sul coniuge e sulla sua fedeltà (giusto per citare il dovere di cui al caso di specie), obbligo quest'ultimo ritenuto non a caso incoercibile (10).

Violazione del dovere di fedeltà: si, ma quale (e quando il) danno?

Riconosce la Corte come la mera violazione dei doveri coniugali non possa costituire di per sé valida occasione di risarcimento se non ne consegue un danno risarcibile e se ed in quanto quest'ultimo integri i presupposti di cui all'art. 2059 c.c. Conferma, pertanto, come il "danno da infedeltà" non possa riassumere in sé o non consenta di identificare le situazioni soggettive lese e, soprattutto, meritevoli di tutela (11).
Nella pronuncia in esame il Supremo Collegio ha escluso dalla categoria di lesioni risarcibili la semplice sofferenza psichica conseguente al tradimento, puntualizzando - a ragion veduta - come la stessa costituisca pregiudizio conseguente l'inosservanza di una legge ordinaria (il codice civile) e non già violazione di un diritto costituzionalmente garantito. Affinché il danno possa assurgere a fattispecie risarcibile, non è infatti sufficiente la lesione di un interesse protetto dall'ordinamento. È necessario altresì che la condotta sia stata tanto lesiva e di tal natura ed intensità da "trasmodare" - giusto per mutuare un termine utilizzato in sentenza - in atti seriamente disonoranti e veementi che violino diritti e principi cui la Carta Costituzionale conferisce tutela e preminenza (12). Non solo: pur nel silenzio del Supremo Collegio, ai fini della risarcibilità del danno, non è sufficiente rinviare alla violazione dei principi generali (seppur codificati) della buona fede, della correttezza e della lealtà ed affidabilità, ma si deve guardare alla "copertura" costituzionale del diritto primario violato, della natura del bene della vittima usurpato e della sua rilevanza per l'individuo. Questa impostazione costituisce un giusto contemperamento degli interessi confliggenti in gioco: da un lato, la libertà del singolo e la sua autoderminazione nel lasciare, abbandonare e non amare più, in cui il tradimento costituisce una scelta insidacabile nell'*an* ma valutabile nel *quomodo* in un'ottica costituzionalmente orientata; dall'altro, il rispetto del dovere di fedeltà che non si esaurisce nella generica astensione da rapporti sessuali extraconiugali o nel divieto di adulterio, ma comprende anche l'impegno a non disattendere la fiducia riposta dal coniuge, coltivarne la dedizione fisica e spirituale oltre che l'ovvia astensione di rapporti sessuali o comunque amorosi (13) o persino da rapporti impropri sospetti (14) o platonici, in quest'ultimo caso con sottili distinguo rispetto a rapporti di amicizia, quand'anche diano adito a pettegolezzi (15). Per converso, pur a fronte dell'inesistenza di un diritto ad essere amati e corrispettivo dovere di amare, resta fermo il dovere di non amare altri (16) e di rispettare l'eguaglianza morale e giuridica tra coniugi (17) e i diritti fondamentali della personalità di ogni individuo: leggi la salute fisica e psichica, l'integrità morale, la dignità, l'onore, la reputazione, ecc. Tra gli interessi costituzionali meritevoli di tutela non rientra

Note:

(7) M. Dogliotti-A. Figone, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 68 qualificano l'addebito attribuendogli funzione più punitiva che non risarcitoria.

(8) Vedi Cass. 7 luglio 2008, n. 18613, in *Foro it.*, 2008, 3157; Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638, in *Giust. civ.*, Mass. 2004, 10.

(9) Cfr. D. Chindemi-G. Cecchini, *Danni endofamiliari: casi, quesiti, soluzioni*, 2011, *Altalex*, 44.

(10) Trib. Trani, 26 giugno 2009, Massima redazionale 2009 in *Pluris.*

(11) M. Rossetti, *Il danno non patrimoniale, cos'è, come si accerta e come si liquida*, cit., 379.

(12) G. Facci, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005.

(13) F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Milano, 2010, 588.

(14) Trib. Trieste, 24 marzo 2011, Massima redazionale 2011, in *Pluris.*

(15) S. Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, cit., 85; G. Furgiuele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 163.

(16) S. Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, cit., 80.

(17) F.D. Busnelli, *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975.

- come fattispecie autonoma - l'istituzione del matrimonio e ciò nemmeno a fronte del riferimento specifico al vincolo coniugale quale sodalizio essenziale della famiglia sancito dall'art. 29. Di qui la necessità di rinvenire *aliunde* l'interesse meritevole di protezione e la causa giustificatrice del risarcimento, in cui la rosa delle disposizioni è circoscritta alla famiglia e all'art. 29 della Costituzione che ha codificato il principio della pari dignità sociale, prima ancora della parità dei coniugi morale e giuridica; oltre alla norma di copertura costituzionale dei diritti inviolabili per antonomasia dell'art. 2, in cui il "focolare domestico" costituisce la massima espressione del concetto di formazione sociale e rappresenta al contempo fonte naturale/morale (prima ancora che giuridica) per eccellenza dei doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 3 oltre che fonte di diritti fondamentali dell'uomo.

Ultimo aspetto preso in considerazione dal Supremo Collegio è la gravità della lesione, che - lontana da qualsivoglia automatismo tra violazione del dovere-danno - dev'essere apprezzata e valutata nella sua gravità. Il filtro selettivo della gravità della lesione e della serietà delle conseguenze è destinato ad escludere danni di modico rilievo e episodi o circostanze prive o scarne di intrinseca gravità a tutto vantaggio della gravità e riprovevolezza (18) verso una sempre crescente valorizzazione dell'individuo e del suo patrimonio morale più intimo. Conclusivamente presupposto davvero imprescindibile è la sussistenza di un comportamento gravemente offensivo nei confronti della dignità del coniuge tradito in cui «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» (19). Di contro, non è assorbente, invece, la violazione del dovere di fedeltà, il fatto di aver determinato una crisi coniugale seppur irreversibile e la rottura del vincolo matrimoniale: l'interesse da tutelare non è il mantenimento del rapporto di coniugio bensì l'integrità dell'individuo e dei propri diritti costituzionalmente garantiti.

Già negli anni '60 autorevole dottrina sottolineava che «lo stesso dovere di fedeltà, l'unico che - sul piano teorico - rimane immutato durante la separazione, è in realtà compromesso dall'innegabile bisogno di soddisfare le esigenze della sessualità a cui solamente pochi animi eletti (e coloro che si separano non sono certo degli eletti se no rimarrebbero assieme), ammalati e vecchi potrebbero sottrarsi.» (20): questa circostanza, per le caratteristiche della natura umana, fornirà lavoro agli operatori del diritto. Un'icona del cinema dichiarava che «quando l'amore è finito, gli alimenti colmano il vuoto» (21): oggi, sicuramente, aggiungerebbe anche il risarcimento del danno …

Note:

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

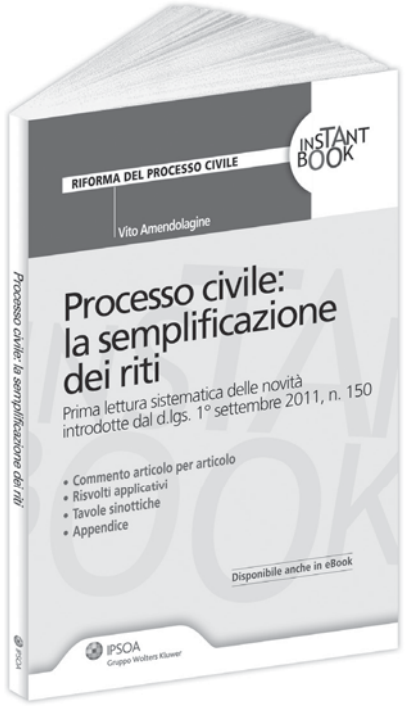
(19) G. Facci, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e dir.*, 2011, 1152.

(20) F. Scandulla, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 1967, 37.

(21) Marlene Dietrich in http://it.wikiquote.org/wiki/Marlene_Dietrich.

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

INSTANT BOOK



Processo civile: la semplificazione dei riti

Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150

Il volume offre un approfondito esame del **d.lgs. 1° settembre 2011**, n. 150, sulla **riduzione** e **semplificazione** dei riti civili di cognizione, analizzando, nell'ordine: le **disposizioni generali**; le controversie regolate dal **rito del lavoro**, dal **rito sommario di cognizione**, dal **rito ordinario di cognizione**; le **disposizioni finali** e, da ultimo, le **abrogazioni**. Il testo, attraverso un c**ommento sistematico articolo per articolo**, analizza il decreto con **spirito critico**, evidenziandone i **passaggi procedurali maggiormente significativi** e fornendo le **prime risposte pratiche**.

Disponibile anche nella versione **e-book**.

Vito Amendolagine
pagg. 256, **€ 21,00**

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.

☐ (00132263) Sì, desidero acquistare il volume **Processo civile: la semplificazione dei riti** di Vito Amendolagine a **€ 21,00**.

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

Partita IVA _____ C.F. _____

❑ (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura
❑ Addebitare l'importo di € ..... sulla mia carta di credito:
❑ Mastercard (16 cifre) ❑ American Express (15 cifre) ❑ VISA (16 cifre) ❑ Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

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

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

Y34DR LE

Rovina di edificio

Responsabilità da crollo del solaio

CASSAZIONE CIVILE, Sez. II, 8 settembre 2011, n. 18420 - Pres. Triola - Est. Mazziotti di Celso - P.M. Scardaccione (conf.) - S.C. c. P.A.

In tema di condominio di edifici, la ripartizione delle spese per la manutenzione, ricostruzione dei soffitti, delle volte e dei solai secondo i criteri dell'art. 1125 c.c., riguarda le ipotesi in cui la necessità delle riparazioni non sia da attribuirsi ad alcuno dei condomini, mentre quando il danno sia ascrivibile a singoli condomini trova applicazione il principio generale secondo cui il risarcimento dei danni è a carico di colui che li ha cagionati.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass., sez. III, 23 giugno 1999, n. 6398; Cass., sez. II, 22 luglio 2002, n. 10686; Cass., sez. II, 7 giugno 2000, n. 7727; Cass., sez. II, 23 febbraio 1965, n. 296.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso S.C. denuncia violazione degli artt. 2051, 2053 e 2043 c.c., deducendo che la corte di appello ha errato nell'affermare che l'art. 2051 c.c. non è applicabile nei rapporti tra i condomini ma è diretto a tutelare i terzi estranei.

La sentenza 6398/99 della Corte di cassazione richiamata nella sentenza impugnata afferma - al contrario di quanto ritenuto dal giudice di secondo grado - che il solaio interpiano tra due appartamenti, in quanto comune, è riparato dai comunisti in parti eguali a meno che detto solaio - come appunto nella specie - rimanga danneggiato per esclusiva responsabilità di uno dei comunisti tenuto di conseguenza a rispondere in proprio *ex* art. 2051 c.c.. Nel caso in esame la c.t.u. e la prova testimoniale hanno dimostrato che il solaio tra i due appartamenti non è stato danneggiato dal tempo o dall'usura, ma dal crollo del tetto in esclusivo possesso del P. quale proprietario del sottotetto. Alla sostituzione o riparazione del tetto più volte si era opposto, fino al suo crollo, il P. sul quale deve quindi ricadere la responsabilità per il detto crollo.

La censura è manifestamente infondata posto che, come risulta dalla lettura della sentenza impugnata e dello stesso ricorso, il S. con l'atto introduttivo del giudizio aveva sostenuto che i danni al suo appartamento erano derivati dal crollo del "suppenno" di proprietà del P. Dalla c.t.u. espletata in primo grado è invece emerso che i danni alla proprietà del S. erano stati causati dal crollo non del "suppenno" di proprietà esclusiva del P., ma del tetto di copertura dell'edificio condominiale rientrante tra i beni comuni con conseguente inapplicabilità dell'art. 2051 c.c., norma che, come è noto, pone la presunzione di responsabilità per i danni provocati dalla cosa stessa a carico di chi ha l'effettivo potere fisico su di essa, cioè chi ne ha l'effettiva padronanza e disponibilità. Del pari è pacifico nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo cui, in tema di condominio di edifici, la ripartizione delle spese per la manutenzione, ricostruzione dei soffitti, delle volte e dei solai secondo i criteri dell'art. 1125 cod. civ., riguarda le ipotesi in cui la necessità delle riparazioni non sia da attribuirsi ad alcuno dei condomini, mentre quando il danno sia ascrivibile a singoli condomini trova applicazione il principio generale secondo cui il risarcimento dei danni è a carico di colui che li ha cagionati (sentenza 23/6/1999 n. 6398 richiamata dalla corte di appello e dallo stesso ricorrente).

In applicazione dei detti principi correttamente è stata rigettata dai giudici del merito la domanda come formulata dall'attore il quale nell'atto introduttivo del giudizio non aveva fatto alcun riferimento al possesso del tetto da parte del P. - in quanto proprietario del sottotetto - e ad una imputabilità del crollo del bene comune a carico esclusivo del condomino convenuto.

Al riguardo è opportuno evidenziare che - come puntualmente precisato dalla corte di appello alle pagine 6 e 7 della sentenza impugnata - la questione concernente la responsabilità del crollo del tetto è stata affrontata dai giudici del merito con riferimento alla domanda riconvenzionale proposta dal P. avente ad oggetto la ripartizione delle spese necessarie alla ricostruzione del tetto ed alle contrapposte tesi sviluppate dalle parti in relazione al-

la responsabilità per il ritardo nell'esecuzione dei lavori necessari per la riparazione o il ripristino del tetto.
Con il secondo motivo il ricorrente denuncia violazione degli artt. 2043 e 2051 c.c., sostenendo che, in base ad una corretta interpretazione di detti articoli, il P. deve rispondere anche del danno indiretto subito da esso S. per la mancata riscossione dei canoni di locazione durante il periodo occorso per la riparazione dell'immobile condotto in locazione dai coniugi Pa.. Il P., proprietario del sottotetto e custode del tetto, si è rifiutato di ripararlo ed al riguardo è evidente l'errore commesso dalla corte di appello nell'affermare che era onere di esso S. intraprendere un'azione legale nei confronti del P.
Il motivo è inammissibile.
Come sopra riportato nella parte narrativa che precede, la corte di appello ha affermato che la domanda proposta dal S. - volta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti per la mancata percezione dei canoni di locazione dell'appartamento di sua proprietà e derivanti dal rifiuto del P. di riparare il tetto comune - era stata rigettata dal primo giudice sulla base del rilievo "non specificamente impugnato dal S." dell'omessa iniziativa in via giudiziaria o extragiudiziaria al fine al fine di poter eseguire i lavori di ripristino del tetto per poi recuperare la quota di spesa a carico del P..
La detta affermazione della corte di appello, circa la mancata specifica impugnazione della "ratio decidendi" della pronuncia di primo grado in tema di risarcimento danni, non è stata contestata dal S. nel motivo di ricorso in esame per cui il capo della sentenza di primo grado di rigetto della detta domanda risarcitoria deve ritenersi coperto da giudicato non potendo il ricorrente riproporre in questa sede di legittimità una questione risolta dal giudice di primo grado sulla base di una ragione giuridica non oggetto di censura in sede di appello ed idonea di per sé - indipendentemente dalla sua fondatezza - a reggere la decisione.
Dal rigetto dei primi due motivi di ricorso deriva logicamente l'infondatezza del terzo motivo con il quale il S. deduce che le spese del giudizio di primo e di secondo grado e quelle della c.t.u. devono essere poste per intero a carico del P. in quanto soccombente. Il ricorso va pertanto rigettato con la conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione liquidate nella misura indicata in dispositivo.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Roberto Foffa (*)

La sentenza in commento ribadisce l'indiscusso principio secondo cui in condominio il danno cagionato dal crollo di volte, soffitti o solai si ripartisce *ex* art. 1125 c.c. se la responsabilità è del condominio, mentre se è responsabile il singolo proprietario si segue l'ordinario criterio aquiliano (con il relativo onere probatorio). Esclusa, invece, l'applicazione dell'art. 2051 c.c.

Il caso

La sentenza in esame risolve una questione di principio. Non si saprebbe come altro definire una causa da centocinquanta euro portata fino in Cassazione.
La vicenda origina dal crollo di un "suppenno", ossia di un solaio, che aveva causato dei danni alla proprietà del ricorrente (1). Costui ne aveva chiesto il risarcimento al proprietario del soprastante solaio, il quale, tuttavia, si era difeso affermando che il danno era stato cagionato dal crollo del tetto comune, ed a sua volta aveva proposto domanda riconvenzionale contro il Condominio per i danni subiti dalla sua proprietà, nonché per la ripartizione delle spese necessarie alla ricostruzione del tetto. Il Tribunale, in accoglimento delle argomentazioni del convenuto, aveva rigettato la domanda attorea, e, accertata l'avvenuta riparazione del tetto a cura delle parti, aveva obbligato l'attore a pagare euro 157,67 quale quota a suo carico per la riparazione.
Sulla stessa linea si era posta, nel giudizio di secondo grado, anche la corte di appello di Napoli. Secondo la corte di merito, infatti, non poteva accet-

Note:

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

(1) Tra i contributi dottrinari in materia di rovina di edifici, si segnalano: Franzoni, *La responsabilità oggettiva I e II,* Padova, 1993; Di Giovine, *La R.C. per rovina di edificio*, in Cendon (a cura di), *La Responsabilità civile*, XI, Torino, 1998, 411; Monateri, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 413; Speciale, *La responsabilità per rovina di edificio*, in *Riv. giur. edilizia*, 1985, II, 136; Geri, *La responsabilità civile da cose in custodia animali e rovina di edificio*, Milano, 1974; Monateri, *Le Rovine*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, vol. 3, *La responsabilità civile*, cap. XXIX, Torino, 1998; Alpa-Bessone, *La responsabilità civile*, Milano, 2001, 452; Brescia, *Considerazioni in merito alla prova liberatoria nell'art. 2053 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 789; Garatti, *La riparazione del danno non patrimoniale nell'ipotesi di rovina di edificio,* in *Nuova giuri civ. comm.*, 2009, I, 753; Laghezza, *Responsabilità per rovina di edificio e uso anomalo del bene,* in questa *Rivista*, 2006, 994.

tarsi la tesi dell'appellante, secondo cui il tribunale avrebbe dovuto dichiarare la responsabilità esclusiva *ex* art. 2051 c.c. del proprietario del sottotetto essendo il tetto, sia pur comune, nella sua completa disponibilità. La Corte affermava, invece, che la disciplina di cui all'art. 2051 c.c. è diretta a tutelare i terzi estranei danneggiati dalla cosa e non i condomini tra loro.

Il criterio di attribuzione della responsabilità: 1125 o 2051?

La Corte di Cassazione ribadisce l'infondatezza delle pretese attoree, richiamandosi alla propria consolidata giurisprudenza in tema del riparto delle spese per la manutenzione e ricostruzione dei soffitti, delle volte e dei solai.
Il principio, più volte affermato, è molto semplice: il riparto delle spese indicate deve seguire i criteri dell'art. 1125 c.c. nel caso in cui la responsabilità dell'evento che rende necessarie le riparazioni non sia da attribuirsi ad alcuno dei condomini. In tal caso pagano tutti gli interessati, secondo il particolare criterio di riparto indicato dalla norma citata. Al contrario, quando il danno risulta ascrivibile a singoli condomini, trova applicazione il principio generale secondo cui il risarcimento dei danni è a carico di colui che li ha cagionati, secondo le ordinarie regole della responsabilità aquiliana, o ai sensi dell'art. 2051 c.c., se applicabile (2) (cosa che, come vedremo, non è affatto scontata).
L'azione intentata dal danneggiato viene pregiudicata da un vizio originario d'individuazione del soggetto responsabile. Infatti l'atto introduttivo del giudizio aveva sostenuto che i danni erano derivati dal crollo del "suppenno" di proprietà del condomino soprastante, mentre la c.t.u. espletata in primo grado aveva stabilito che i danni alla sua proprietà erano stati causati dal crollo non del "suppenno" di proprietà esclusiva, ma del tetto di copertura dell'edificio condominiale, rientrante, *ex* art. 1117 c.c., tra i beni comuni.
Per questa ragione, spiega la Cassazione, non è possibile invocare la responsabilità esclusiva del condomino sovrastante ai sensi dell'art. 2051 c.c., «norma che, come è noto, pone la presunzione di responsabilità per i danni provocati dalla cosa stessa a carico di chi ha l'effettivo potere fisico su di essa, cioè chi ne ha l'effettiva padronanza e disponibilità». Nel caso concreto avrebbe dovuto essere convenuto, se mai, il Condominio, e non il proprietario esclusivo del "suppenno", a sua volta danneggiato dal crollo della parte comune.
In corso di causa l'attore aveva cercato di correggere il tiro, affermando che il tetto, sebbene comune, fosse nella disponibilità esclusiva del proprietario del solaio.
Ma la Cassazione deve rilevare che nell'atto introduttivo del giudizio l'attore non aveva fatto alcun riferimento al possesso del tetto da parte del convenuto - in quanto proprietario del sottotetto -, né tanto meno aveva dedotto alcuna responsabilità del condomino per il crollo del bene comune. Pertanto, conclude la Corte, «correttamente è stata rigettata dai giudici del merito la domanda come formulata dall'attore».

***

Alla luce degli accertamenti svolti dai giudici di merito e dei principi affermati dalla Suprema Corte, si può affermare che nel caso concreto l'attore avrebbe dovuto agire, con ottime probabilità di successo, nei confronti del Condominio. Tanto più che, a quanto risulta, il rischio del collasso del tetto era ben noto ai condomini (a quanto pare, sia l'attore che il convenuto, lungi dal pretendere l'esecuzione dei lavori necessari, si erano opposti all'effettuazione dei lavori di manutenzione).
Il tetto è indiscutibilmente una parte comune a tutti i condomini, ed il condominio ne è custode; in ragione di ciò, è obbligato ad adottare tutte le misure necessarie affinché le cose comuni non rechino pregiudizio ad alcuno e risponde, *ex* art. 2051 c.c. dei danni cagionati da tali cose ad un condomino o ad un terzo (3). Sul punto la giurisprudenza è assolutamente unanime, tanto da affermare, con riguardo alla copertura dell'edificio, che il condominio risponde sia dei danni cagionati dal collasso del tetto, ove derivanti da vetustà e/o ritardata manutenzione (4),

Note:

(2) Segnatamente, in questo senso, i principali precedenti in materia: Cass. 12 aprile 1999, n. 3568, in *Arch. locaz.* 1999, 593, con nota di De Tilla, *Sulla ripartizione delle spese per la manutenzione e ricostruzione dei soffitti, delle volte e dei solai*; Cass. 23 giugno 1999, n. 6398, inedita, consultabile nella banca dati *Pluris.*

(3) Tra le più recenti sul punto, Cass. 9 dicembre 2009, n. 25772, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 2, 346, con nota di Coscetti, *La responsabilità per i danni da cose in custodia e l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. al condominio: profili generali e casistica giurisprudenziale, con particolare riferimento all'eventuale concorso di colpa del danneggiato*; v. anche Zanetti, *La responsabilità del condominio per i danni derivanti da cose in custodia*, nota a Giudice di pace di Caserta, 17 novembre 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2553. Sul punto v. anche Speranza, *Omessa manutenzione di edificio: rispondono i condomini?*, in questa *Rivista*, 1996, 470.

(4) App. Genova, 26 marzo 2008, inedita, consultabile nella banca dati *Pluris.*

sia da quelli causati dalle cose che cadono dal tetto (5).
In conclusione, rispetto alle parti comuni non è discutibile la qualità di custode (ai sensi e per gli effetti dell'art. 2051) in capo al Condominio, né la sua legittimazione passiva ove le parti comuni causino danni a qualcuno (condomino o terzo), salva la consueta prova del caso fortuito.
Come si è visto, nel caso di specie l'attore ha, invece, ritenuto di agire nei confronti del condomino sovrastante. Ciò determina, secondo la Cassazione, l'applicazione di una diversa regola di responsabilità, ed un ben più arduo onere probatorio. Richiamandosi alla citata sentenza Cass. n. 6398/1999, infatti, la Suprema corte spiega che la responsabilità segue gli ordinari criteri dell'art. 2043 c.c., e che pertanto è onere del condomino del piano sottostante dimostrare che i danni dipendono da fatti imputabili al condomino del piano superiore, «altrimenti dovendosi ripartire in parti uguali le spese per la riparazione di esso, ai sensi dell'art. 1125 c.c., per la presunzione assoluta di comunione tra loro del solaio, da cui deriva altresì l'inapplicabilità dell'art. 2051 c.c. diretta a tutelare i terzi danneggiati dalle cose che altri hanno in custodia, non i comunisti tra loro».
Il principio è chiarissimo. L'art. 1125 c.c. pone una presunzione di pari uso e pari utilità di soffitti, volte e solai, stabilendo che le spese per la manutenzione e la ricostruzione si ripartiscono, in via generale, in parti eguali dai proprietari dei due piani l'uno all'altro sovrastanti.
L'inapplicabilità dell'art. 2051 deriva dalla semplice circostanza che tali componenti dell'immobile sono in comunione tra i due comproprietari, che ne sono ugualmente custodi, con pari diritti e pari doveri. Dato che il 2051 è volto a garantire una tutela ai terzi danneggiati, tra costoro non può certo essere incluso lo stesso custode, che non è terzo e avrebbe dovuto adoperarsi proprio per evitare danni, a sé stesso ed ad altri. Si potrebbe discutere se i due comproprietari abbiano effettivamente lo stesso potere di potere di controllare la cosa e di eliminare le situazioni di pericolo, ma il principio pare condivisibile: il custode stesso non può essere considerato in nessun caso un terzo ed è suo onere "autotutelarsi".
Alla luce di questa giurisprudenza, appare chiaro che l'azione risarcitoria impostata dall'attore nel caso in esame non aveva la minima speranza di successo. Nel caso di specie il crollo del solaio (o, alla napoletana, "suppenno") è stato determinato dal crollo del tetto sovrastante; la responsabilità del proprietario sovrastante, tuttavia, non avrebbe mai potuto venire in rilievo ai sensi della norma citata. Il danneggiato avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza di una condotta illecita contrassegnata da dolo o colpa: prova, evidentemente, molto complicata, che l'attore ha tentato invano di eludere tramite il richiamo all'art. 2051.
Concludendo, ci sembra che l'azione risarcitoria sia stata intentata nei confronti del soggetto sbagliato: non avrebbe dovuto essere promossa nei confronti del condomino, ma del condominio, tenuto a rispondere di tutti i danni causati, direttamente e indirettamente, dal crollo della parte comune affidata alla sua custodia.

Nota:

(5) Pret. Milano, 2 novembre 1988, in *Resp. civ. e prev.*, 1989, 146, con nota di Chiavegatti; Trib. Milano, 31 gennaio 1987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 356, con nota di Di Blas. Entrambe le sentenze riguardano casi di blocchi di neve caduti dal tetto condominiale su vetture in sosta.

Rapporti medico/paziente

Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12274 - Pres. Filadoro - Est. Barreca - Russo P.M. - F.B. c. GESTIONE LIQUIDATORIA CESSATA AZIENDA USSL UNITà SOCIO SANITARIA LOCALE AMBITO TERRITORIALE (*omissis*)

La presunzione di colpa dalla quale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è gravato il medico nei confronti del paziente che ne invochi la responsabilità professionale, può essere superata dal sanitario dimostrando che l'insuccesso dell'intervento sia dipeso da un evento imprevedibile e non prevenibile con l'uso dell'ordinaria diligenza da lui esigibile. È, pertanto, correttamente motivata la sentenza di merito la quale abbia escluso la responsabilità dei sanitari nel caso di infezione intraoperatoria, (nella specie, intervenuta nel corso di parto cesareo trattato con la c.d. tecnica di Stark), quando sia stato accertato che l'intervento era indifferibile ed era stato correttamente eseguito.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297; Cass., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743.
Difforme	Cass, sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

1. - Con l'unico motivo di ricorso si denuncia il vizio di violazione e falsa applicazione di una norma di diritto *ex* art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione all'art. 1218 c.c.

Sostiene la ricorrente che, dovendosi applicare tale ultima norma in ragione della fonte contrattuale del rapporto giuridico intercorso tra l'attrice e l'Ospedale (Omissis) e ricadendo su quest'ultimo l'onere di dimostrare che aveva correttamente eseguito la propria prestazione e che l'infezione contratta dalla signora F. fosse conseguenza di una causa non imputabile alla struttura ospedaliera, il convenuto appellato non avrebbe assolto a tale onere e la Corte d'Appello, *errando in iudicando*, avrebbe giustificato "tale mancanza in ragione della tecnica disposta d'ufficio dal Tribunale di Milano". Aggiunge la ricorrente che questa consulenza avrebbe chiaramente indicato che l'infezione così come contratta dalla signora F. era da intendersi quale infezione di "natura esogena" ed avrebbe altresì indicato "chiaramente che l'infezione contratta da parte della ricorrente era la conseguenza diretta dell'operazione di apertura della cavità uterina a seguito di contaminazione metachirurgica": secondo la ricorrente, l'ente convenuto in giudizio non avrebbe mai dimostrato che tale infezione fosse da annoverarsi tra le ipotesi di caso fortuito ovvero che il suo verificarsi fosse da ricondursi ad un fatto/evento non attribuibile alle prestazioni che l'ente in questione avrebbe dovuto erogare; al contrario, l'attrice avrebbe puntualmente assolto il proprio onere probatorio fornendo la prova del contratto, dell'insorgenza della nuova patologia, nonché del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e l'evento dannoso. In particolare, la ricorrente si duole del mancato espletamento delle prove richieste, con riferimento alla corretta sterilizzazione della sala operatoria e degli strumenti chirurgici ed alla corretta e veritiera compilazione della cartella clinica, che, secondo la ricorrente, avrebbero consentito di valutare se l'ospedale aveva correttamente e puntualmente adempiuto a tutte le obbligazioni assunte nei confronti della signora F. dal momento del ricovero.

1.2. - La sentenza impugnata esamina, uno per uno, tutti i motivi di appello, dandone adeguata confutazione sulla base delle risultanze sia della relazione peritale che del suo supplemento, disposti nel corso del giudizio di primo grado. In particolare, valuta i motivi di appello concernenti:

– la scelta della tecnica adottata dal personale medico per l'esecuzione del taglio cesareo (tecnica Stark), censurata

sia sotto il profilo della sua natura sperimentale e dell'idoneità in sé a causare infezioni sia sotto il profilo dell'esperienza professionale maturata dai sanitari che l'avevano applicata;
– la responsabilità dei medici o, comunque, della struttura ospedaliera, non solo nella scelta di detta tecnica, ma anche nello svolgimento dell'intervento chirurgico e nella somministrazione delle cure successive;
la cattiva lettura dei dati riportati dal CTU nella relazione supplementare in merito alle percentuali di verificazione di analogo evento in casi simili;
la causa dell'intervento chirurgico successivo di revisione della cavità uterina.
1.3. - Il ricorso non è direttamente riferito o riferibile alle questioni oggetto della prima e dell'ultima censura, in sé considerate e come sopra riportate, ovvero alle questioni connesse alla diagnosi di insorgenza dell'infezione ed alle cure successive.
Infatti, per come risulta dall'intera parte illustrativa ed anche dalla sintesi sopra riportata, il motivo si appunta, in diritto, sulla mancata dimostrazione da parte della struttura ospedaliera di un evento imprevisto ed imprevedibile idoneo ad escludere la sua responsabilità per inadempimento; ed, in fatto, sulla censura per cui la causa della peritonite sarebbe da ricercarsi nella contaminazione della cavità uterina, della quale, proprio sulla base delle risultanze della CTU ed in mancanza di prova contraria da parte della convenuta appellata, dovrebbe rispondere quest'ultima, essendo rimasta ignota la causa di detta contaminazione, avendo il CTU indicato come di "natura esogena" l'infezione e quindi ascrivibile anche alla mancata asepsi della sala chirurgica o degli strumenti chirurgici ovvero alla contaminazione da parte di germi esogeni della cavità uterina aperta durante l'intervento di taglio cesareo.
1.4. - Il motivo è in parte infondato ed in parte inammissibile.
La Corte d'Appello ha qualificato correttamente il rapporto come contrattuale ed, in diritto, ha tratto tutte le dovute conseguenze applicative dell'art. 1218 c.c., anche con riguardo al particolare aspetto della controversia che è specifico oggetto di censura.
Nel valutare le risultanze della consulenza tecnica d'ufficio la Corte di merito ha preso in esame anche quanto detto dal consulente a proposito dell'evenienza infettiva e ha ricondotto l'infezione ad un evento imprevisto e comunque non evitabile né imputabile alla condotta dei sanitari. Infatti, per un verso, ha escluso che fosse ascrivibile a colpa dei sanitari la causa mediata dell'infezione, vale a dire la scelta dell'intervento chirurgico d'urgenza, ritenuto indifferibile, e della tecnica operatoria, ritenuta giustificata e non sperimentale; per altro verso, ha ascritto la contaminazione della cavità addominale da parte di germi, della quale indubbiamente l'intervento chirurgico era stato occasione (o causa mediata), ad una complicanza che può sì verificarsi per interventi quale quello subito dall'attrice, ma in una percentuale talmente bassa che è da escludere che il relativo accadimento potesse essere previsto ed evitato dai sanitari adottando la diligenza richiesta nel caso concreto.
Ed invero, pur non avendo la Corte d'Appello specificamente motivato in merito alla configurazione giuridica di detta causa di esonero da responsabilità, si è esplicitamente avvalsa dell'elaborato peritale supplementare - finalizzato proprio a conoscere la percentuale di verificazione della complicanza infettiva in casi di cesarei trattati con la tecnica di Stark - al fine di confermare la sentenza di primo grado che aveva utilizzato i parametri indicati dal consulente (nella misura compresa tra lo 0,3% e lo 0,7% delle concrete possibilità del verificarsi, in casi analoghi, di complicanze operatorie non imputabili ad omessa o insufficiente diligenza professionale ovvero ad imperizia dell'operatore) per affermare l'inevitabilità, nel caso concreto, di detta complicanza.
Decidendo in tale ultimo senso la Corte d'Appello ha fatto corretta applicazione dei principi più volte espressi in materia da questa Corte e che qui si ribadiscono, per i quali, in caso di prestazione professionale medica in struttura ospedaliera, resta a carico del debitore (medico o struttura sanitaria) l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da un evento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta, in particolare con la diligenza qualificata dalle conoscenze tecnico-scientifiche del momento (cfr., tra le più recenti, Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, 15 ottobre 2009, n. 975, 29 settembre 2009, n. 20806).
1.5. - Né può evidentemente rilevare, sempre in punto di diritto, che la configurabilità di un evento non evitabile sia stata ricavata dalla consulenza tecnica d'ufficio piuttosto che da elementi di prova desunti da mezzi istruttori richiesti ed espletati ad istanza della convenuta appellata. Il giudice può trarre dalla consulenza tecnica d'ufficio gli elementi di giudizio che egli ritenga di dover porre a fondamento della propria decisione, anche quando siano gli unici acquisiti al processo, ma comunque ritenuti determinanti, essendo altresì affermazione di questa Corte, che qui va ribadita, quella per la quale la consulenza tecnica può costituire fonte oggettiva di prova quando si risolva anche in uno strumento di accertamento di situazione ricavabile solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche (cfr., tra le altre, Cass. 21 aprile 2005, n. 8297, 30 maggio 2007, n. 12695). D'altronde, come richiesto dalla univoca giurisprudenza di questa Corte in tema di CTU (cfr. Cass. 26 novembre 2007, n. 24620, Cass. 13 marzo 2009, n. 6155), la convenuta appellata Gestione Liquidatoria ha svolto deduzioni coerenti con l'onere della prova di cui era gravata, essendo sufficiente l'allegazione che la prestazione è stata eseguita in modo diligente e con la perizia richiesta e che l'inadempimento o l'inesatto adempimento non sarebbe stato evitabile né prevedibile.
2. - Diverso è invece il profilo, che nell'illustrazione del motivo finisce per essere confuso con gli altri di cui si è detto sopra, concernente la correttezza delle conclusioni tratte dalla Corte di merito dalle risultanze della CTU, più specificamente l'apprezzamento di queste come indicative di una situazione non riconducibile a difetto di diligenza o di perizia dei sanitari.

Infatti, l'apprezzamento della sussistenza nel caso concreto di una causa di esonero da responsabilità contrattuale è riservato al giudice del merito, in quanto concernente un giudizio di fatto, ed è censurabile in cassazione soltanto se non adeguatamente motivato.
Pertanto, le doglianze svolte dalla ricorrente in merito al mancato espletamento di mezzi istruttori che avrebbero dovuto condurre alla verifica dell'insussistenza di un evento imprevedibile ed inevitabile così come configurato dai giudici di merito, sia quanto alla riconducibilità della complicanza infettiva a condotte positivamente ascrivibili alla struttura sanitaria, piuttosto che alle percentuali di verificazione inevitabili riconosciute dalla letteratura medica, sia quanto all'inidoneità di tali dati statistici (che secondo la ricorrente non avrebbero potuto essere utilizzati in termini assoluti ma soltanto comparandoli. con altri che sarebbe stato onere della convenuta appellata fornire con specifico riferimento alla propria struttura ospedaliera) attengono a vizi che, riguardando l'accertamento di fatto e la sua motivazione, avrebbero dovuto essere denunciati ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5.
È quindi inammissibile, per violazione della norma dell'art. 366 c.p.c., il motivo di ricorso, proposto *ex* art. 360 c.p.c., n. 3, con riferimento ai profili di censura da ultimo richiamati.
3. - Avuto riguardo alla qualità delle parti ed alle vicende oggetto della decisione (tali da non consentire una valutazione in termini di manifesta infondatezza e pretestuosità del ricorso) si ritiene di giustizia la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Arianna Barbarisi (*)

La pronuncia in esame affronta il complesso tema dell'onere e del contenuto della prova liberatoria nell'ambito della responsabilità medica. Il commento ripercorre il ragionamento della Corte di cassazione, alla luce dei precedenti orientamenti giurisprudenziali sul punto, con particolare riferimento a quanto statuito dalle Sezioni Unite n. 577 del 2008 e si interroga se il basso tasso di verificazione dell'evento dannoso possa di per sé escludere la responsabilità dell'ente ospedaliero.

Il caso

Al termine di una gravidanza l'attrice viene ricoverata in un ospedale meneghino, ove si procede all'esecuzione del taglio cesareo, praticato con tecnica Stark. Purtroppo, durante l'intervento, la partoriente contrae una seria infezione, a causa della contaminazione da parte di germi esogeni della cavità uterina, contaminazione che, secondo la ricorrente, sarebbe stata determinata dalla mancata asepsi della sala operatoria e degli strumenti chirurgici. La gravità della peritonite è tale da rendere necessaria una nuova operazione.
Di qui l'instaurazione del giudizio, al fine di ottenere il risarcimento del danno sofferto, nei confronti della compagnia assicurativa e dall'azienda ospedaliera, la quale, avendo cessato la propria attività, viene sostituita in corso di causa dalla Gestione Liquidatoria; quest'ultima, a sua volta, cita le proprie compagnie assicuratrici in un separato processo, riunito in quello instaurato dall'attrice.
La domanda di risarcimento è, però, rigettata e il *decisum* del Tribunale viene confermato dalla Corte d'Appello, la quale considera corretta la scelta dell'intervento chirurgico e della tecnica operatoria, non avendo quest'ultima natura sperimentale; qualifica come diligenti le cure somministrate successivamente all'operazione; ritiene, inoltre, che non vi sia stata una cattiva lettura da parte del giudice di primo grado dei dati riportati dal CTU nella relazione supplementare in merito alle percentuali di verificazione di analoghi eventi in casi simili e giunge alla conclusione che l'infezione sia stata determinata da un evento imprevisto, inevitabile e non imputabile alla condotta dei sanitari.
La ricorrente propone ricorso in Cassazione, denunciando, ai sensi dell'art. 360, n. 3 c.p.c., il vizio di violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 c.c.: in particolare secondo il ricorso il convenuto non avrebbe assolto al proprio onere probatorio, non avendo dimostrato di aver correttamente eseguito la propria prestazione (data dalla sterilizzazione della sala operatoria e degli strumenti chirurgici, nonché dalla corretta e veritiera compilazione della cartella clinica); non solo, il giudice di secondo grado avrebbe, erroneamente, considerato sufficiente la relazio-

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

ne del consulente tecnico d'ufficio al fine di escludere la responsabilità dell'ente ospedaliero.
Due sono, quindi, i temi al centro della presente pronuncia: da una parte, il contenuto e l'onere della prova nella responsabilità medica, dall'altra il significato della nozione di "causa non imputabile" in ambito sanitario.

Il contenuto e l'onere della prova

Con riferimento al primo profilo, la pronuncia in esame afferma che «in caso di prestazione professionale medica in struttura ospedaliera, resta a carico del medico l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da un evento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta, in particolare con la diligenza qualificata dalle conoscenze tecnico-scientifiche del momento».
Nell'enunciare tale principio di diritto i giudici di legittimità sembrano, pertanto, richiamare quanto statuito dalla Suprema Corte con due importanti pronunce del 2004 (1), le quali, rileggendo il principio *res ipsa loquitur* e la distinzione tra "interventi di facile e difficile esecuzione" alla luce di quanto stabilito dalle Sezioni Unite nel 2001 (2), avevano chiarito come sia il paziente a dover dimostrare il contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento (nesso causale), spettando al medico la prova di essere stato diligente e che quegli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.
Nella sentenza in commento nessun riferimento si rinviene, invece, alle Sezioni Unite dell'11 gennaio 2008 (3), le quali, discostandosi dal precedente orientamento giurisprudenziale, hanno ridisegnato la ripartizione dell'onere della prova tra le parti anche in punto di nesso causale: in particolare, secondo tale pronuncia, il creditore dovrebbe semplicemente limitarsi ad allegare un inadempimento qualificato, cioè astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, spettando poi al debitore l'onere di dimostrare che l'inadempimento non c'è stato o che, pur esistendo, non è stato rilevante sotto il profilo eziologico.
In realtà, il mancato richiamo alle Sezioni Unite da parte della sentenza in commento non è di per sé significativo di un dissenso: nella controversia in esame, infatti, la partoriente ha dimostrato il nesso causale tra l'operazione e il danno, per cui i principi in materia di onere della prova delineati dall'importante pronuncia del 2008 non avrebbero potuto giocare alcun ruolo decisivo sul punto.
Tuttavia, giova ricordare come l'intervento delle Sezioni Unite non sia stato immune da critiche sia in dottrina che in giurisprudenza. La prima è di non aver distinto la prova dell'inadempimento da quella del nesso causale. A questo riguardo si è messo in luce come tali temi di prova siano tra loro consequenziali: è necessario, in un primo momento, verificare se vi è stato mancato o inesatto adempimento e solo successivamente, nel caso in cui si sia accertato tale inadempimento, è possibile stabilire se il danno è stato causato da questo (4). In secondo luogo, non sembra che le Sezioni Unite abbiano sufficientemente chiarito il contenuto dell'allegazione cui è tenuto il creditore. A questo riguardo vi possono essere due differenti alternative: o si considera sufficiente un'allegazione generica, la quale, pur non individuando i concreti profili di colpa medica, riesca a rendere credibile la correlazione tra la condotta e il pregiudizio subito (5), oppure è necessario scomporre l'onere nonché il contenuto dell'allegazione e della prova in diversi passaggi. Secondo tale linea interpretativa, quindi, in primo luogo, il creditore sarebbe tenuto a contestare, con modalità però 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, contestan-

Note:

(1) 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?*

(2) 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.*

(3) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in questa *Rivista*, 2008, 788 ss., con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi assetti della responsabilità medica.* Con riferimento, in generale, al problema della prova e dell'accertamento del nesso di causalità R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007; R. Pucella, G. De Santis, *Il nesso di causalità: profili giuridici e scientifici*, Padova, 2007, 93 ss.

(4) R. De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 612 ss.

(5) 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. Considera iniquo tale alleggerimento dell'onere probatorio a carico del paziente 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.

do 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. (6). Una giovane ma autorevole dottrina ha, altresì, sottolineato come le Sezioni Unite nel prevedere un così rigido onere probatorio in capo al medico abbiano gravato quest'ultimo di una *probatio diabolica* (7), finendo per valutare la sua responsabilità in termini oggettivi, come se si trattasse una vera e propria garanzia, laddove tale forma di responsabilità sarebbe, invece, maggiormente adatta all'ente ospedaliero. Quest'ultimo, infatti, attraverso criteri di organizzazione imprenditoriale, potrebbe essere in grado di prevenire i rischi tipici connessi alle attività che si svolgono al suo interno (8): tale considerazione è particolarmente vera in materia di infezioni nosocomiali, le quali possono essere evitate obbligando la struttura sanitaria al raggiungimento di un sufficiente livello di sicurezza (9).
Ed è proprio distinguendo la posizione del medico da quella della struttura sanitaria che alcuni giudici di merito hanno ritenuto inapplicabili i principi delineati dalle Sezioni Unite nel caso in cui convenuto sia il singolo sanitario, sul presupposto che la soluzione adottata dalla Suprema Corte avrebbe come effetto quello di attribuirgli il c.d. rischio della causa impeditiva ignota, con conseguenze rilevanti sia sul piano assicurativo (non avendo il medico, a differenza dell'ente, la possibilità di prevenire economicamente tali rischi), sia sul piano della deterrenza e delle scelte operative da compiere nel caso concreto (10). Lo scetticismo di una parte della giurisprudenza verso la soluzione adottata dalle Sezioni Unite emerge anche in alcune sentenze della stessa Corte di Cassazione, in cui vengono enunciati principi di diritto diametralmente opposti a quelli delineati nel 2008 (11). In questo senso è particolarmente significativa la recentissima giurisprudenza in materia di consenso informato. A tal riguardo i giudici di legittimità hanno distinto l'onere della prova dell'inadempimento da quello del nesso causale: per quel che concerne il primo profilo si ritiene, infatti, che il paziente debba semplicemente allegare l'inadempimento del sanitario, spettando poi a quest'ultimo dimostrare che tale inadempimento non c'è stato, avendo egli informato il paziente in modo completo ed esaustivo; per quel che, invece, riguarda la prova del nesso causale tra la mancata o inesatta informazione e il danno alla salute si sostiene che questa, contrariamente a quanto affermato dalle Sezioni Unite, debba essere fornita dal paziente e non dal medico (12). Non mancano, infine, pronunce (13) che, prescindendo dai principi delineati dai giudici di legittimità nel 2008, sembrano unicamente far riferimento al precedente orientamento giurisprudenziale del 2004, in base al quale, come si è visto, l'onere di provare il nesso causale dovrebbe cadere unicamente sull'attore-paziente. In questo quadro non univoco (14) si colloca, pertanto, la sentenza in commento.

Note:

(6) 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*. Sul contenuto dell'allegazione cui è tenuto il creditore si veda anche Trib. Frosinone 16 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 89 ss., con nota di N. Muccioli, *La responsabilità del sanitario e l'onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale*.

(7) L. Nocco, *Il "sincretismo causale e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, 171 ss.

(8) A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità 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. Sul tema in esame si veda inoltre G. Ponzanelli, *La responsabilità civile del professionista intellettuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 519 ss.

(9) In questo senso L.K. Dosi, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino, modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, 183 ss. e 337 ss., la quale, nell'analizzare in un'ottica comparatistica l'ordinamento francese, sottolinea come la giurisprudenza d'oltralpe abbia creato una presunzione di colpa specifica in capo alla struttura sanitaria nel caso di infezioni ospedaliere, materiale inappropriato e personale incompetente. In generale, sui differenti modelli di responsabilità della struttura sanitaria si veda R. De Matteis, *La responsabilità in ambito sanitario*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, I singoli contratti*, diretto da G. Visintini, Padova, 2009, 561 ss.

(10) Trib. Rovereto, 2 agosto 2008, in questa *Rivista*, 2009, 525 ss., con nota di B. Tassone.

(11) Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in *Giur. it.*, Rep., voce *Sanità e Sanitari*, 270 la quale afferma che «secondo i principi generali di cui all'art. 2697 c.c., l'onere di provare l'esistenza del nesso causale tra l'evento lesivo e la condotta del medico, indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico-chirurgico, grava sul danneggiato».

(12) Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 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"*.

(13) Trib. Bari 8 luglio 2009, n. 2300, in *Giur. it.*, Rep., voce *Sanità e Sanitari*, 86; Trib. Udine 31 marzo 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1600, con nota di M. Gorgoni, *Quando è "più probabile che non" l'esatto adempimento.*

(14) Non mancano, infatti, sentenze confermative dei principi delineati dalle Sezioni Unite nel 2008: in questo senso Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Resp. civ.*, 2010, 665 ss., con nota di M. Gorgoni, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova.*

La nozione di causa non imputabile

Come già posto in evidenza, la ricorrente deduce, in punto di diritto, la violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 c.c., avendo la Corte d'Appello considerato sufficiente la relazione del consulente tecnico d'ufficio al fine di escludere la responsabilità dell'ente ospedaliero.
La Corte di Cassazione rigetta tale motivo, considerando irrilevante la circostanza che l'individuazione di un evento inevitabile è stato ricavato dalla CTU, piuttosto che da elementi di prova dedotti dal convenuto. Secondo i giudici di legittimità, infatti, «il giudice può trarre dalla consulenza tecnica d'ufficio gli elementi di giudizio che egli ritenga di dover porre a fondamento della propria decisione, anche quando siano gli unici acquisisti al processo: la CTU, pertanto, può costituire fonte oggettiva di prova anche quando si risolva in uno strumento di accertamento di una situazione verificabile solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche».
Con il medesimo motivo, ma in punto di fatto, la ricorrente deduce sempre la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. per avere la Corte d'Appello escluso la responsabilità dell'ente ospedaliero, nonostante questi non abbia dimostrato di aver eseguito diligentemente la propria prestazione, data dalla sterilizzazione della sala operatoria e degli strumenti chirurgici, nonché dalla corretta e veritiera compilazione della cartella clinica. Tale motivo di ricorso, proposto ai sensi del terzo comma dell'art. 360 c.p.c., con riferimento ai suddetti profili di censura, è dichiarato inammissibile. Secondo la Suprema Corte, infatti, la valutazione di quanto contenuto nella CTU nonché l'accertamento della condotta del medico spettano esclusivamente al giudice del merito, potendo essere fatte valere in sede di legittimità solo se non adeguatamente motivate, ai sensi dell'art. 360 n. 5.
Nella pronuncia in esame, quindi, dopo aver dichiarato il motivo di ricorso in parte infondato e in parte inammissibile, i giudici di legittimità considerano la struttura non responsabile, sul presupposto che il rischio di contrarre l'infezione era talmente basso che questo sarebbe stato comunque imprevedibile ed inevitabile, anche se la struttura fosse stata diligente.
La Suprema Corte, però, non chiarisce, anche per le ragioni processuali sopra esposte, se il debitore abbia adempiuto alla propria obbligazione, se cioè abbia agito secondo le regole dell'arte. Tale precisazione è rilevante: nel caso in cui, infatti, l'ente ospedaliero dimostri di aver agito con la perizia dovuta e che, quindi, il basso rischio di contrarre l'infezione è stato determinato da un fattore imprevisto ed inevitabile, la soluzione adottata dalla sentenza in esame sarebbe conforme alle regole generali in materia di responsabilità per inadempimento, secondo cui il debitore non deve rispondere delle cause impeditive ignote (15). Nel caso in cui, invece, nel giudizio non sia stata accertata la diligenza della struttura sanitaria, allora si porrebbe il problema se il basso tasso di verificazione dell'evento dannoso possa costituire da solo, indipendentemente dalla condotta debitrice, una causa di esonero della responsabilità.
Al fine di stabilire ciò, non si può prescindere dal concetto di impossibilità della prestazione.
Come noto, secondo un'autorevole dottrina l'impossibilità liberatoria deve avere natura oggettiva e

Nota:

(15) In questo senso M. Rossetti, *op. cit.*, 2223; ritengono che nelle obbligazioni di mezzi, come quella del sanitario, il rischio della causa impeditiva ignota gravi sul creditore M. Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, 367 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, 62 ss. In senso difforme si veda 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.
A seguito delle sentenze del 2004 sopra citate la distinzione tra "obbligazioni di mezzi e di risultato" non è più stata utilizzata come criterio di ripartizione dell'onere della prova; nonostante ciò si ritiene che tale distinzione continui ad incidere sul contenuto dell'obbligazione stessa e quindi sull'oggetto della prova che deve essere fornita dalle parti. In questo senso 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 la quale, però, considera la distinzione in esame una razionalizzazione, ad opera della dottrina, di regole emerse nella prassi giurisprudenziale. Sul tema L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, 188 ss., il quale, come noto, ritiene che la diligenza di cui al comma 2 dell'art. 1176 c.c. rappresenti il criterio per determinare il contenuto delle sole obbligazioni di comportamento e che, invece, la diligenza di cui 1 comma sia applicabile a tutti i rapporti obbligatori, siano essi di mezzi o di risultato, costituendo il criterio generale per determinare l'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta; F. Piraino, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 119 ss.; A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* in *Europa dir. priv.*, 2005, 781 ss.; E. Carbone, *Diligenza e risultato nella teoria delle obbligazioni*, Torino, 2008; L. Cabella Pisu, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, *Inadempimento e rimedi*, diretto da G. Visintini, Padova, 2009, 223 ss., la quale distingue tra obbligazioni di mezzi professionali e obbligazioni di diligenza non tecniche.

relativa: è oggettiva, in quanto le difficoltà in cui si trovi l'obbligato e il compimento di uno sforzo generico non possono liberare il debitore da responsabilità; nello stesso tempo è relativa, poiché deve tener conto degli impedimenti che incidono oggettivamente sulla prestazione, «rendendo il risultato cui tende esorbitante in rapporto ai mezzi con cui il debitore è obbligato a realizzarlo» (16). Nel determinare tale impossibilità è necessario, quindi, valutare il singolo rapporto obbligatorio nonché le modalità concrete in cui quel rapporto deve trovare attuazione.

Per stabilire se l'inadempimento è dipeso da una causa non imputabile al debitore, è necessario verificare se questi è stato diligente (1176 c.c.), se cioè ha fatto il "possibile" per adempiere e opporsi ad eventuali fatti impeditivi in maniera conforme al contenuto dell'obbligazione, con particolare riferimento al tipo e alla natura del rapporto obbligatorio nonché a quanto statuito all'interno del regolamento contrattuale (17).

Il criterio della non imputabilità non può prescindere, quindi, dall'analisi della condotta dell'obbligato, tanto più nelle obbligazioni di mezzi, come quella del sanitario, in cui al fine di stabilire 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 (18). Si ritiene, quindi, che il basso tasso di verificazione non possa di per sé escludere la responsabilità dell'obbligato: quest'ultimo, infatti, non dovrebbe rispondere dei fattori eccezionali che inseritisi nel processo causale, solo nel caso in cui dimostri di aver agito con diligenza, abbia cioè adempiuto all'obbligazione assunta. Il giudice può verificare tale adempimento anche attraverso l'aiuto dei consulenti tecnici, ma l'accertamento della condotta diligente della struttura deve essere precedente ad ogni ulteriore valutazione, tra cui quella relativa al basso o alto rischio di contrarre l'infezione.

Né può condurre ad una diversa conclusione l'interpretazione di tale coefficiente causale come caso fortuito o forza maggiore. Posto che ormai la dottrina maggioritaria equipara tali concetti alla nozione di causa non imputabile (19), bisogna sottolineare come anche in tale ipotesi non si possa prescindere dal comportamento diligente del *solvens*. Allo scopo, infatti, di stabilire se il fattore che ha reso impossibile l'esecuzione della prestazione sia imprevisto ed inevitabile (caso fortuito) o sia un ostacolo assolutamente irresistibile (forza maggiore) è necessario verificare se una condotta del debitore conforme alle regole dell'arte avrebbe potuto prevedere tale evento oppure opporvisi.

D'altronde, che il tasso di verificazione dell'evento dannoso non possa essere considerato da solo quale criterio per accertare la responsabilità del debitore emerge anche dalla giurisprudenza relativa all'ambito di applicazione dell'art. 2236 c.c.

Fin dagli anni '70 la Corte di Cassazione ha cercato di individuare i casi di speciale difficoltà cui si riferisce la norma. Nel compiere tale indagine i giudici di legittimità hanno in più occasioni escluso che tali casi potessero coincidere unicamente con quelli in

Note:

(16) L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1087 ss.; U. Breccia, *op. cit.*, 463 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile Cicu-Messineo-Mengoni*, XVI, 2, Milano, 1984, 56 ss. Tale teoria si distingue dalle tesi meramente soggettivistiche, secondo cui la nozione di impossibilità dovrebbe coincidere con quella di diligenza: si sostiene, infatti, che in tutti i casi in cui il debitore non sia in grado di adempiere, nonostante l'impiego della diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c. - 1224 nel codice previgente), l'inadempimento dipenda necessariamente da una causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c. - 1225 del codice previgente): L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, vol. III, 1140 ss. Più recentemente M. Bianca, *Diritto civile*, *La responsabilità*, V ed., Milano, 1994, 23 ss.
Secondo, invece, una differente linea interpretativa l'impossibilità deve avere carattere assoluto e oggettivo. In questo senso G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 602 ss., il quale accentua la correlazione tra l'art. 1218 c.c. e l'art. 1256 c.c., ritenendo che prima di verificare la responsabilità del debitore, sia necessario stabilire se la prestazione sia divenuta impossibile ai sensi dell'art. 1256 c.c.; solo un volta constatato ciò si potrebbe, secondo l'Autore, valutare se tale impossibilità dipenda da una causa imputabile al debitore: in caso affermativo questi dovrà essere considerato responsabile; in caso negativo l'obbligazione dovrà essere ritenuta estinta. Tale autorevole dottrina restringe l'ambito di applicazione dell'art. 1176 c.c. alle sole obbligazioni di mezzi e ribadisce come in tale categoria di rapporti obbligatori il mancato rispetto della diligenza costituisca inesatto adempimento e quindi presupposto obiettivo di responsabilità, aprendo la strada all'art. 1218 c.c.; una volta, infatti, verificato che il debitore ha male adempiuto, si dovrà stabilire se ciò è a lui imputabile. Condividono tale impostazione E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 111 ss.; G. Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice civile commentato*, diretto da Schlesinger, Milano, 1987, 218 ss.; S. Rodotà, *Diligenza,* in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 541 ss. Si veda anche C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 10, secondo cui l'art. 1218 c.c. regolerebbe il giudizio di responsabilità; l'art. 1176 c.c., invece, prevedrebbe «la diligenza come modalità alla quale il debitore, è tenuto nell'adempiere l'obbligazione». In generale sul tema in esame L. Cabella Pisu, *La causa non imputabile*, in *Trattato della responsabilità contrattuale cit.*, 229 ss.

(17) U. Breccia, *op. cit.*, 488 ss.

(18) F. Piraino, *op. cit.*, 136 ss.

(19) In questo senso L. Mengoni, *op. ult. cit.*, 1092; U. Breccia, *op. cit.*, 481; In senso contrario P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 2005, 299 ss.

cui il risultato è aleatorio (20). Si ritiene, infatti, che il tasso di verificazione dell'evento dannoso sia un elemento estraneo al rapporto obbligatorio, poiché riguarda la patologia su cui si opera e non le modalità di intervento, rispetto alle quali si misura la diligenza dovuta. Al fine di determinare la speciale difficoltà dell'operazione l'elevato rischio dell'evento dannoso può essere rilevante ma solo se riferito a prestazioni che implicano di per sé "la soluzione di problemi nuovi o di particolare complessità" (21). Partendo da tale presupposto la dottrina prima (22) e la giurisprudenza poi (23) hanno relegato la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. alla sola perizia.

In conclusione: il basso rischio di verificazione dell'evento dannoso non può escludere di per sé la responsabilità del debitore; è sempre necessario, infatti, accertare se il debitore abbia fatto tutto il possibile (*ex* artt. 1218 c.c. e 1176 c.c.) per evitare l'evento dannoso. Dalla lettura della sentenza in esame non emerge con chiarezza se tale accertamento sia stato compiuto nel caso di specie, se cioè la Corte d'Appello abbia verificato la diligente sterilizzazione della sala operatoria, nonché la corretta e veritiera compilazione della cartella clinica. Nell'ipotesi in cui tale verifica sia stata effettuata allora il ragionamento della Suprema Corte sarebbe conforme alle regole generali in materia di inadempimento e onere della prova: la responsabilità dell'ente sarebbe stata esclusa, avendo questi tenuto un comportamento diligente, che non permetteva di prevedere l'infezione contratta dalla paziente; nel caso in cui, invece, la Corte di merito non abbia sufficientemente analizzato la condotta debitrice ed abbia esonerato da responsabilità il debitore solo in virtù del basso rischio di verificazione dell'evento dannoso, il ragionamento meriterebbe qualche riserva: tale *modus operandi*, infatti, avrebbe come effetto quello di fare coincidere il basso rischio dell'evento dannoso con la nozione di causa non imputabile, attribuendogli un significato che non gli è proprio per le ragioni sopra esposte.

Note:

(20) 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*, secondo cui un intervento è di speciale difficoltà quando è così straordinario o eccezionale «da non essere adeguatamente studiato nella scienza medica e nella pratica, ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi la sua scelta». Cfr. Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, cit.

(21) Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, cit.

(22) G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 43.

(23) Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in questa *Rivista*, 1999, 294 ss., con nota di V. Carbone, *Responsabilità del medico come responsabilità da contatto*.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Codice commentato delle società

Società di persone, Società di capitali, Cooperative, Consorzi e Reati societari

A cura di: Bonfante G., Corapi D., De Angelis L., Napoleoni V., Rodorf R., Salafia V.

La terza edizione del Codice commentato delle società si caratterizza per avere esteso la trattazione alle società di persone, fornendo il commento, articolo per articolo, di tutta la disciplina societaria contenuta nei Titoli V, VI, X e XI del Libro V del Codice civile, relativa a **società di capitali**, **società di persone**, **cooperative** e **consorzi**, **reati societari**.
Il commento è aggiornato con la giurisprudenza più recente e le ultime modifiche normative: **D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 27**, in materia di "esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate", il **D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39**, in tema di "revisione legale" e il **D.Lgs. 29 novembre 2010, n. 224**, in materia di "costituzione delle società per azioni nonché salvaguardia e modificazioni del loro capitale sociale". Ricchi ed aggiornati riferimenti bibliografici corredano ciascun commento.
L'Opera è integrata da un'ampia **appendice normativa** e dagli **Indici analitico-alfabetico**, per **Autori**, per **articoli** e delle **abbreviazioni**.

Ipsoa 2011, pagg. 3265, € 200,00

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

XXI CONGRESSO
MEDICO GIURIDICO NAZIONALE
Associazione M. Gioia

UTI, NON ABUTI

Pisa, 18/19 maggio 2012

UNA TABELLA UNICA PER L'EQUITÀ DEI RISARCIMENTI A TUTELA DEI DANNI OBIETTIVABILI

- **IL RISARCIMENTO DEL DANNO NEL CONTESTO EUROPEO. ANALISI COMPARATIVA DI DUE CASI CONCRETI. E' PENALIZZANTE IL SISTEMA ITALIANO?**
- **QUALI PROSPETTIVE DEL SETTORE ASSICURATIVO TRA RECESSIONE ECONOMICA, PLETORA PROFESSIONALE, I COSTI IMPROPRI DEI RISARCIMENTI**
- **DIRITTO ALLA GIUSTIZIA PENALIZZATO DALLA CRISI DEL SISTEMA GIUDIZIARIO?**
- **UNIPOL / FONSAI: COSA CAMBIA NELLO SCENARIO ASSICURATIVO ITALIANO. QUALI INNOVAZIONI PER GLI ASSET AZIENDALI, LA RETE DISTRIBUTIVA, LE RETI FIDUCIARIE…..**
- **UNA TABELLA UNICA PER L'EQUITÀ DEI RISARCIMENTI. LE IDEE, LE PROPOSTE DEGLI OPINION LEADER: GIURISTI, ASSICURATORI E MEDICI LEGALI**
- **L'IMPATTO DELLE LIBERALIZZAZIONI NEL SETTORE ASSICURATIVO E PROFESSIONALE**
- **LA MEDIAZIONE: DALLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE SANITARIA ALLA RCA.**

PER GLI ODONTOIATRI

PUNTI QUALIFICANTI, CRITICITA' E PROSPETTIVE NELLA COPERTURA ASSICURATIVA DELL'ODONTOIATRA

MARKETING, PUBBLICITA' E NUOVI SOGGETTI EROGATORI DI CURE

PER I MEDIATORI

CORSO DI SPECIALIZZAZIONE SULLA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE SANITARIA E SUI CONTRATTI ASSICURATIVI

LA GESTIONE DELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE NELLE CONTROVERSIE RELATIVE AL RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DALLA CIRCOLAZIONE DEI VEICOLI E DEI NATANTI

EVENTO MULTIDISCIPLINARE

CONGRESSO NAZIONALE M. GIOIA dedicato a medici legali avvocati ed assicuratori

6 CREDITI ECM: Medicina Legale - Medicina del lavoro e sicurezza degli ambienti di lavoro
Direzione medica di presidio ospedaliero - Ortopedia e traumatologia - Medicina Fisica e Riabilitazione
CREDITI FORMATIVI AVVOCATI: In attesa di assegnazione

SESSIONI ODONTOIATRICHE dedicato agli odontoiatri

6 CREDITI ECM: Odontoiatria

CORSO DI SPECIALIZZAZIONE PER MEDIATORI dedicato ai mediatori

Il corso ha durata di n° 9 ore valide ai fini dell'aggiornamento obbligatorio ex DM 180/2010

CREDITI FORMATIVI AVVOCATI: In attesa di assegnazione

Segreteria Organizzativa

IMPRONTE s.r.l.
Via Alamanni, 30 - 56010 Ghezzano - PI
tel. +39 050 8756840 - fax +39 050 8756849

info@improntesrl.it - www.melchiorregioia.it

Provvedimento illegittimo della P.A.

Liquidazione coatta amministrativa: danno da provvedimento illegittimo

CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 4690 - Pres. Proto - Rel. Bernabai - P.M. Pratis - L'Edera - Compania Italiana di Assicurazioni S.p.A. in liquidazione coatta amministrativa c. Z.G., B.M.R., Zaga General Service Group S.p.A. e Ministero delle Attività Produttive, ISVAP - Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private di interesse collettivo

Nel caso in cui venga introdotta, avanti al giudice ordinario, una domanda risarcitoria, ai sensi dell'art. 2043 c.c., per pretesa illegittima adozione del decreto di liquidazione coatta amministrativa, a causa della carenza di potere della P.A., avendo la società (nella specie) rinunciato all'esercizio dell'attività assicurativa, il giudice nel valutare l'esistenza di un danno "contra jus", non può prescindere dal sostrato di fatto che aveva determinato l'intervento ispettivo dell'organo di vigilanza (ISVAP) e poi del Ministero, con addebito di sanzioni nei confronti della società. (Nella specie, la S.C. ha escluso l'esistenza del danno ingiusto, rilevando che non era venuto meno il potere-dovere di vigilanza in capo alla P.A., previsto dagli artt. 71, 72 e 80 del d.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449, vigente all'epoca dei fatti di causa ed abrogato dall'art. 354 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, e che la società non aveva fornito prova della infondatezza o arbitrarietà delle contestazioni mosse nei suoi confronti).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass., sez. un., 27 gennaio 1999, n. 4; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22492; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22493.
Difforme	Non si rinvengono pronunce difformi.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 29 agosto 1997, i sigg. Z. A., Z.G., Z.V., B.M. R., la FAMIGLIA ZEPPIERI s.n.c. e la ZETA GENERAL SERVICES GROUP s.p.a. convenivano dinanzi al Tribunale di Roma il Ministero dell'Industria, Commercio ed Artigianato e l'ISVAP e, premesso di essere azionisti della s.p.a. l'Edera-compagnia italiana di assicurazioni, esponevano;

– che a seguito di un contenzioso con l'Isvap, la società aveva comunicato al Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato la propria rinunzia a tutte le autorizzazioni rilasciatele;

– che l'Isvap aveva contestato alla compagnia varie inadempienze, intimandole il divieto di compiere atti di disposizione dei propri beni, ai sensi degli artt. 61 e 62 D.Lgs. n. 175 del 1995, e trasmesso una relazione al Ministero, con la richiesta di revoca delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività assicurativa e di messa in liquidazione coatta amministrativa della società;

– che in data 29 luglio 1997 il Ministro dell'industria aveva disposto in conformità;

– che, per contro, la pregressa rinuncia, con la conseguente decadenza automatica dall'autorizzazione, costituiva un diritto soggettivo della società e comportava la cessazione dei poteri di vigilanza dell'Isvap, che invece aveva sollecitato al Ministero la revoca e la liquidazione coatta amministrativa.

Tutto ciò premesso, chiedevano l'accertamento della già maturata decadenza dalle autorizzazioni ministeriali per effetto della propria rinunzia all'autorizzazione e la condanna generica del Ministero dell'Industria e dell'Isvap, in solido, al risarcimento dei danni, da liquidare in separato giudizio, previa dichiarazione dell'inesistenza dei provvedimenti adottati dalla l'Isvap e dal Ministero; con richiesta cautelare di sospensione dei loro effetti, *ex* art. 700 c.p.c.

Costituendosi in giudizio, le parti convenute eccepivano il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, in favore di quella del giudice amministrativo.

Rigettata dal giudice istruttore l'istanza cautelare con ordinanza 15 aprile 1998 per carenza di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, veniva quindi proposto dagli attori regolamento preventivo di giurisdizione, con atto notificato il 12 maggio 1998.

Con sentenza 27 gennaio 1999 n. 4 questa Corte, a se-

zioni unite, dichiarava la giurisdizione del giudice ordinario.
Al riguardo, escludeva, in via preliminare, l'inammissibilità del regolamento, eccepita dalla difesa erariale per l'intervenuta sentenza del T.a.r. del Lazio che aveva respinto la domanda di annullamento del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, dato il diverso ambito soggettivo dei due giudizi: proposti, rispettivamente, dalla società dinanzi al giudice amministrativo e dagli azionisti, dinanzi al giudice ordinario.
Negava, altresì, l'eccepito difetto di legittimazione attiva dei soci, che era questione di merito, non esaminabile in tale sede.
Escludeva, *ratione temporis*, l'applicazione dell'art. 33 D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi, ivi comprese quelle concernenti la vigilanza sulle assicurazioni.
Rilevava come fossero incontestate non solo la dichiarazione di rinuncia all'autorizzazione all'esercizio di attività assicurativa, ma anche la sua comunicazione al Ministero dell'Industria prima dell'emanazione del decreto ministeriale.
Dichiarava insufficiente, ai fini del riparto di giurisdizione, la prospettazione di parte (*petitum* formale) di un diritto soggettivo, dovendosi, invece, riguardare la situazione giuridica considerata nella sua effettiva natura (petitum sostanziale). E sotto tale profilo, era da escludere che l'autorità competente potesse revocare *ex* art. 65 D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175 l'autorizzazione, dopo che questa era già stata oggetto di rinunzia da parte della compagnia di assicurazione, con esercizio di un suo diritto soggettivo - che determinava (a decadenza, *ope legis*, dall'autorizzazione - insuscettibile di affievolimento per effetto della successiva revoca da parte dell'Isvap. Statuiva, infine, che non era applicabile la norma - pur di dichiarata natura autenticamente interpretativa - di cui all'art. 3, comma 2 D.Lgs. 13 ottobre 1998, n. 373 (Razionalizzazione delle norme concernenti l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo), che aveva invece perpetuato nell'Isvap il potere di revoca dell'autorizzazione pur dopo l'altrui rinunzia, in presenza di un rischio di pregiudizio agli interessi degli assicurati e dei terzi: giacché tale norma, ad onta della sua veste interpretativa, era, in realtà, novativa e, come tale, applicabile alle sole fattispecie future.
Nel prosieguo del processo pendente dinanzi al Tribunale di Roma interveniva, poi, il commissario liquidatore, sig. D.F., in rappresentanza dell'Edera-compagnia italiana di assicurazioni s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa, chiedendo l'accertamento della nullità della rinunzia all'autorizzazione all'esercizio di attività assicurativa allegata dagli attori; con il conseguente rigetto di tutte le domande di accertamento dell'inesistenza della procedura di liquidazione coatta amministrativa e di risarcimento del danno.
Intervenivano altresì, *ex* art. 105 c.p.c., l'ex amministratore delegato, in rappresentanza dell'Edera-compagnia italiana di assicurazioni s.p.a., la Banca della Ciociaria, titolare del 9,99% del capitale sociale, la Saaf s.a.s. e taluni ex-agenti, che pure chiedevano la condanna generica dei convenuti al risarcimento dei danni.
Con sentenza 11 gennaio 2002 il Tribunale di Roma dichiarava la carenza di legittimazione di tutti gli attori e degli intervenuti, salvo che dell'Edera compagnia italiana assicurazioni s.p.a. - questione non affrontata dalle sezioni unite nel regolamento di giurisdizione n. 4/1999 e rilevabile d'ufficio - in ordine alle domande di accertamento dell'inesistenza della liquidazione coatta amministrativa e di risarcimento, dal momento che il danno allegato, consistente nella lesione della libertà di iniziativa economica e del prestigio per effetto della liquidazione coatta amministrativa, era stato subito dalla società - cui spettava il diritto alla conservazione del patrimonio - e non dai soci in proprio, il cui diritto alla quota non era stato ancora leso.
Negava, del pari, il danno allegato dagli ex-agenti - che si sarebbe verificato egualmente per effetto della rinunzia alla attività assicurativa - e, ritenuto che l'art. 386 c.p.c., escludeva che il regolamento di giurisdizione pregiudicasse il merito, dichiarava la nullità *ex* art. 2379 c.c., della rinunzia: di oggetto astrattamente lecito, ma di contenuto fraudolento, in quanto volto all'elusione dell'imminente apertura della procedura concorsuale, dovuta a gravi irregolarità ed a crisi finanziaria, sfociata poi nell'accertamento dello stato d'insolvenza con sentenza n. 115/2001 del Tribunale di Roma.
Dichiarava assorbita l'ulteriore eccezione di nullità della delibera di rinunzia, in quanto assunta in un'assemblea ordinaria e non straordinaria, e condannava l'Edera s.p.a., in solido con gli altri attori ed intervenuti, alla rifusione delle spese di giudizio.
La decisione veniva confermata dalla Corte d'appello di Roma con sentenza 13 aprile 2004; salva la diversa giustificazione della nullità della delibera, per illiceità del motivo, ai sensi dell'art. 1345 c.c.
In accoglimento parziale del ricorso per cassazione proposto dagli attori e intervenuti originari, questa Corte, con sentenza 27 luglio 2005, cassava la decisione e rinviava la causa ad altra sezione della Corte d'appello di Roma per il giudizio di rinvio.
Motivava:
– che il giudice di seconde cure aveva fatto confusione fra (a legittimazione processuale - che si integrava, nella specie, sulla base della mera prospettazione della veste formale di soci, danneggiati in quanto tali - e la effettiva titolarità dei diritti pretesi, che era questione di merito;
– che la titolarità dì una partecipazione sociale conferiva al socio poteri e diritti amministrativi e patrimoniali, tra i quali il diritto alla quota di liquidazione, autonomo rispetto alla situazione giuridica della società: che lo abilitava ad insorgere contro fatti illeciti di terzi, suscettibili di ledere la correttezza della procedura di liquidazione e di pregiudicare, così, l'attribuzione della porzione di attivo a lui spettante, dopo il pagamento dei debiti sociali;
– che, a fronte dell'esercizio del potere di revoca delle autorizzazioni, da parte del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, con il conseguente provvedimento dichiarativo della liquidazione coatta amministrativa della compagnia di assicurazione, ai

sensi dell'art. 69 D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175 (Attuazione della direttiva 92/49/CEE in materia di assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita), le situazioni giuridiche della società e dei soci si atteggiavano a interessi legittimi: salvo il caso di carenza assoluta di potere della pubblica amministrazione, che non determinava l'affievolimento del diritto soggettivo a far valere, dinanzi al giudice ordinario, l'inesistenza giuridica del provvedimento amministrativo e le conseguenti pretese risarcitorie per la lesione cagionata all'integrità patrimoniale della società ed alla posizione soggettiva dei soci;
– che la decisione del regolamento di giurisdizione di cui alla sentenza 27 gennaio 1999 n. 4, determinata dalla valutazione delibatoria dell'oggetto dalla domanda non vincolava le questioni della pertinenza del diritto e della proponibilità dalla domanda, ai sensi dell'art. 386 c.p.c.; e quindi non conteneva una valutazione della sua fondatezza, o no: salvo che in ordine all'accertamento dì fatti, provvedimenti o negozi giuridici necessario per la qualificazione dell'oggetto dalla domanda;
– che, a questa stregua, era preclusa la questione, ormai irrevocabilmente accertata, dell'anteriorità della rinunzia dell'Edera s.p.a. alle autorizzazioni all'esercizio dell'attività assicurativa rispetto alla loro revoca disposta dal Ministero; mentre, restava impregiudicata la questione della nullità, *ex* art. 2379 c.c., per impossibilità o illiceità dell'oggetto della delibera assembleare di rinunzia, che erroneamente la Corte d'appello di Roma aveva ricondotto all'art. 1345 c.c., e cioè alla normativa generale sui contratti, inapplicabile al sottosistema societario regolato dalle norme speciali di cui all'art. 2377 (azione generale di annullamento) e dell'art. 2379 (azione speciale di nullità per impossibilità o illiceità dell'oggetto).
Dopo la riassunzione tempestiva della causa e la costituzione delle parti, la Corte d'appello di Roma, in sede di rinvio, con sentenza 16 maggio 2008, rigettava la domanda nei confronti dell'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private-Isvap; dichiarava inesistente il decreto di liquidazione coatta amministrativa dell'Edera compagnia italiana di assicurazioni s.p.a.; condannava il Ministero delle Attività Produttive al risarcimento dei danni in favore della predetta società e dei soci, da liquidare in separato giudizio. Con le conseguenti statuizioni di in tema di regolamento delle spese di lite.
Motivava:
– che non aveva valore preclusivo di giudicato la sentenza emessa dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio che aveva rigettato la domanda di annullamento del decreto di liquidazione coatta amministrativa, come già escluso dalla sentenza di cassazione con rinvio;
– che era infondata l'eccezione di carenza di legittimazione attiva dei soci, pure disattesa in sede di legittimità;
– che non era invece preclusa la questione sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda, giacché la pronuncia del sezioni unite non poteva pregiudicare il merito, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., salvo che sull'accertamento dell'esistenza e dell'anteriorità della rinunzia all'autorizzazione all'esercizio di attività assicurativa;
– che la delibera di rinunzia non integrava una modifica dell'atto costitutivo e quindi validamente era stata assunta dall'assemblea ordinaria;
– che la liceità dell'oggetto della deliberazione era già stata accertata dalla prima sentenza della Corte d'appello, non impugnata sul punto;
– che andava recepita la statuizione espressa dalle sezioni unite - anche se ai soli fini della pronunzia sulla giurisdizione - circa la natura di diritto soggettivo propria della rinunzia all'autorizzazione: il cui esercizio era impeditivo della successiva revoca e della conseguente procedura concorsuale di liquidazione coatta amministrativa, disposte dal Ministero in carenza di potere;
– che invece non sussisteva alcuna responsabilità dell'Isvap, che si era limitata agli accertamenti strumentali alla successiva assunzione delle misure da parte del Ministero;
– che non poteva essere accolta la domanda di condanna al pagamento di una provvisionale, in carenza di prova, allo stato, del danno subito dai soci, pari alla differenza tra la quota percepibile all'esito della liquidazione coatta e, alternativamente, della liquidazione ordinaria; come pure del danno subito dall'Edera s.p.a., di cui non era neppure reperibile, in atti, l'originaria comparsa di intervento.
Avverso la sentenza, non notificata, sia l'Edera-compagnia italiana di assicurazioni s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa, in persona del commissario liquidatore, sia il Ministero dello Sviluppo Economico (già Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato), proponevano distinti ricorsi per cassazione, notificati entrambi il 17 dicembre 2008 e articolati, rispettivamente in tre e sedici motivi.
La prima deduceva:
1) la violazione degli artt. 2364, 2365 e 2375 c.c., nonché la carenza di motivazione nell'omessa rilevazione della nullità della delibera di rinuncia all'autorizzazione amministrativa, invalidamente assunta da un'assemblea ordinaria sebbene involgesse una modifica dell'oggetto sociale esclusivo, consistente nell'esercizio dell'attività assicurativa;
2) la violazione degli artt. 1334, 1343 e 2379 c.c. e del D.Lgs. n. 175 del 1995, artt. 61, 62 e 65, nel ritenere atto non recettizio la delibera di rinunzia all'autorizzazione amministrativa, che era inopponibile all'Isvap ed ai terzi, in quanto priva di data certa e resa conoscibile solo a seguito del provvedimento di revoca e di messa in liquidazione coatta amministrativa; nonché, nel non rilevarne la nullità per illiceità della causa, per contrarietà a norma imperativa ed al divieto di atti dispositivi che ne costituiva espressione;
3) la violazione degli artt. 2909 e 2379 c.c. nonché degli artt. 393 e 112 c.p.c. e la carenza di motivazione in ordine ai principi regolatori del giudicato e per omessa pronunzia su un capo della sentenza, concernente la nullità della delibera per illiceità dell'oggetto.
A sua volta, il Ministero deduceva:

1) la carenza di motivazione nell'esclusione della nullità della delibera di rinunzia all'autorizzazione all'esercizio di attività assicurativa, nonostante questa fosse stata assunta in sede di assemblea ordinaria, anziché straordinaria;
2) la falsa applicazione degli artt. 2328, 2365 e 2375 c.c. in relazione all'art. 7, comma 2, D.Lgs. n. 175 del 1995, nel ritenere validamente assunta da assemblea ordinaria la delibera di rinunzia all'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività assicurativa, che comportava lo scioglimento anticipato e la liquidazione della società;
3) la carenza di motivazione nella ritenuta opponibilità alla Pubblica Amministrazione della rinunzia all'autorizzazione, sebbene comunicata successivamente all'intimazione di non disporre dei beni, ai sensi degli artt. 61 e 62 D.Lgs. n. 175 del 1995;
4) la violazione degli artt. 61 e 62 D.Lgs. n. 175 del 1995, in relazione all'efficacia riconosciuta alla delibera di rinunzia all'attività assicurativa, nonostante il divieto di atti dispositivi già comunicato dall'Isvap;
5) la carenza di motivazione nell'affermare l'immediata efficacia della rinunzia, al momento stesso della deliberazione assembleare, senza onere di comunicazione;
6) la violazione dell'art. 65 D.Lgs. n. 175 del 1995, nel ritenere non recettizia la rinuncia in questione;
7) la carenza di motivazione nell'esclusione del vizio di nullità della delibera, lesiva di interessi generali, *ex* art. 2379 c.c.;
8) la violazione dell'art. 112 c.p.c., laddove la Corte d'appello di Roma aveva erroneamente affermato che la questione dell'illiceità dell'oggetto non era stata riproposta nel ricorso per cassazione ed era quindi preclusa;
9) la falsa applicazione dell'art. 384 c.p.c., nel ritenere preclusa da giudicato la questione della nullità della delibera di rinunzia, benché la stessa, già oggetto di ricorso incidentale, fosse stata dichiarata assorbita dalla sentenza di cassazione a seguito dell'accoglimento del ricorso principale vertente sull'accertamento di nullità per illiceità del motivo, *ex* art. 1418 c.c.;
10) la violazione della medesima norma di legge, perché la Corte d'appello di Roma aveva omesso di pronunciarsi sulla dedotta illiceità del contenuto della delibera per frode alla legge;
11) la violazione degli artt. 2371 e 1344 c.c., nel non rilevare la nullità per illiceità della delibera, avente un contenuto in frode alla legge, pur se formalmente corretto;
12) la violazione degli artt. 61 e 62 del D.Lgs. n. 175 del 1995, nonché degli artt. 2379, 2328, 2366 e 2375 c.c., nel ritenere adottato in carenza di potere il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa emesso dopo la delibera di rinuncia: che era invece nulla, perché approvata dall'assemblea ordinaria senza la presenza del notaio, e comunque inopponibile, perché successiva al divieto di compiere atti dispositivi imposto dall'Isvap;
13) la carenza di motivazione nel ritenere la responsabilità della Pubblica amministrazione, senza procedere alla previa disamina dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave, non essendo sufficiente, all'uopo, la mera illegittimità del provvedimento amministrativo assunto;
14) la violazione dell'art. 2043 c.c., sotto il medesimo profilo ed anche per insussistenza del nesso eziologico tra la liquidazione coatta amministrativa ed il danno subito dai soci;
15) la carenza di motivazione sull'omessa valutazione della contrarietà alla normativa comunitaria dell'esenzione dalla procedura concorsuale della liquidazione coatta amministrativa, in caso di rinunzia all'esercizio dell'attività assicurativa;
16) la violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 274 del Trattato CE per aver disatteso, senza alcuna motivazione, la richiesta di rimessione della questione comunitaria alla Corte di giustizia della Comunità europea, trascurando di valutare il contrasto della normativa nazionale con la disciplina comunitaria Resistevano con distinti controricorsi l'Edera s.p.a. in liquidazione, i soci e gli altri soggetti intimati, che eccepivano, in via pregiudiziale, l'inammissibilità, sotto molteplici profili, dei ricorsi e nel merito la loro infondatezza.
Tutte le parti depositavano memoria illustrativa *ex* art. 378 c.p.c.
All'udienza del 15 dicembre 2010, il Procuratore generale e i difensori precisavano le rispettive conclusioni, come da verbale, in epigrafe riportate. Il difensore delle parti resistenti depositava altresì note d'udienza.

Motivi della decisione

Devono essere esaminate, in via pregiudiziale, le eccezioni di inammissibilità sollevate dagli intimati.
Con riferimento al ricorso dell'Edera s.p.a. in liq. coatta amministrativa, la prima di esse denunzia la tardività del ricorso, notificato il 17 dicembre 2008, oltre la scadenza del termine breve decorrente dalla precedente notificazione della sentenza, a cura del commissario liquidatore, in data 17 Settembre 2008, ad una delle parti resistenti, la ZETA GENERAL SERVICES GROUP s.p.a.. L'eccezione è infondata.
Come gli stessi controricorrenti espongono, e come risulta dagli atti - che questa Corte di legittimità può esaminare, quale giudice dei fatto in tema di eccezioni processuali ed *errores in procedendo* - la notificazione della sentenza era stata effettuata nel diverso processo n. 28136/2005, pure pendente tra le parti dinanzi a questa Corte, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 372 c.p.c. Si legge, infatti, nell'allegata nota esplicativa di accompagnamento che la sentenza 16 maggio 2008 n. 2064 della Corte d'appello di Roma veniva prodotta (in fotocopia semplice) "al fine di comprovare che la sentenza della suprema Corte di Cassazione n. 15721/2005 non ha definito, con pronunzia passata in giudicato, il giudizio".
Era quindi testuale ed inequivoca la carenza di volontà di dare impulso processuale al decorso dei termine breve ad impugnare, nell'ambito del presente processo; anche a voler considerare legittimata la parte soccombente a notificare, a tale scopo, la sentenza (opinione controversa in dottrina).
Al riguardo, occorre rilevare, in sede dommatica, che il procedimento di cui all'art. 326 c.p.c. è caratterizzato dalla volontà di porre fine al processo, mettendo in moto i

termini per l'impugnazione sia nei confronti del notificato, sia nei confronti del notificante. Se tale volontà fa difetto, come nella specie reso palese dalla dichiarazione surriportata, la notificazione resta inidonea a segnare il *dies a quo* del termine breve: non essendo, all'uopo, sufficiente la mera partecipazione cognitiva realizzata mediante un atto di esibizione documentale (nelle forme tassative prescritte dall'art. 372 c.p.c.) compiuto a tutt'altri fini.
Del resto, l'eccezione in esame riposa sul presupposto implicito della coincidente identità del destinatario della notificazione *ex* art. 372 c.p.c., con il difensore delle parti resistenti nel presente giudizio: circostanza affatto accidentale e, come tale, inidonea ad integrare il sostrato fattuale dell'avvio del termine breve: legato, nella *ratio* della norma, ad un atto processuale mirato a tale effetto.
Si può certo riconoscere, in tesi generale, che la notifica di una sentenza lasci presumere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'intento sollecitatorio rilevante ai sensi dell'art. 326 c.p.c. Ma, ove tale volizione sia espressamente esclusa con dichiarazione contestuale che renda perfettamente conoscibile il diverso scopo perseguito, si deve negare, in concreto, l'effetto acceleratorio *contra auctorem*: non diversamente che per la notifica di sentenza a dichiarati fini esecutivi, pur se in concreto eseguita presso il difensore del soccombente (Cass., sez. lav., 2 aprile 2009, n. 8071; Cass., sez. I, 10 luglio 2007, n. 15389). A pena di lesione, nel caso in esame, del diritto di difesa, per impossibilità di produrre in altro giudizio il provvedimento, mediante notificazione: modalità necessitata, se disgiunta dal deposito del ricorso o controricorso la cui ammissibilità sia destinato, in ipotesi, a dimostrare (art. 372 c.p.c, comma 2).
Non giovano alla tesi dei controricorrenti i precedenti di legittimità citati a sostegno dell'eccezione.
In particolare, Cass., sez. lav., 27 aprile 2010 n. 10026 enuncia il principio diametralmente opposto dell'insufficienza della conoscenza, sia pure legale, della sentenza ai fini della decorso del termine breve di impugnazione (nella specie, come pure in Cass., sez. lav., 2 aprile 2009 n. 8071, si è confermato il consolidato principio della inidoneità ancipite - per il notificante e il destinatario - della notifica alla parte personalmente a fini esecutivi).
Solo apparentemente conforme all'eccezione appare, invece, Cass., sez. un., 19 novembre 2007 n. 23829.
Premesso che la composizione plenaria del giudice era ivi giustificata *ratione materiae* - in tema di regolamento di giurisdizione - e non a fini di composizione di contrasti (con l'*auctoritas* che ne conseguirebbe: art. 374 c.p.c., comma 3), si osserva come la finalità non sollecitatoria che la parte notificante assumeva perseguita era restata inespressa, e dunque assimilabile, in conformità con i principi generali, ad un'irrilevante riserva mentale. Ma soprattutto decisiva, ai fini della distinzione di tale precedente dalla fattispecie in esame, è la natura in quel caso endoprocessuale della notifica, che consentiva di riconnetterle una connotazione univoca *ex* art. 326 c.p.c.; a differenza della notifica eseguita dall'Edera s.p.a in liq. coatta amm. in un altro processo, per ragioni affatto peculiari.
La medesima eccezione di giudicato è sostenuta anche sotto il diverso profilo della carenza di legittimazione della liquidazione coatta amministrativa - dai contro ricorrenti costantemente definita inesistente - ad impugnare in via diretta la sentenza di rinvio.
In tale ottica, il commissario liquidatore, quale titolare di un mero interesse mediato, potrebbe solo intervenire adesivamente alle ragioni delle parti adiuvate; senza sopperire all'inerzia del Ministero dello Sviluppo Economico, rimasto contumace nel primo giudizio di cassazione, e dell'Isvap, acquiescente alla sentenza di rinvio.
Anche in questa configurazione, l'eccezione è infondata. Preliminare ed assorbente è il rilievo dell'impropria inversione di ordine logico-giuridico tra l'affermata inesistenza della procedura di liquidazione coatta amministrativa - *petitum* dell'originaria *edictio actionis*, e dunque oggetto dell'accertamento in fieri - ed il presupposto processuale della legittimazione a resistere in giudizio.
In sintesi: l'inesistenza della procedura costituisce il *posterius* dell'eventuale sentenza di accoglimento e non certo il *prius* della domanda. Di questa, il commissario liquidatore era, anzi, la controparte naturale e necessaria: onde, solo il suo successivo intervento (dopo il regolamento di giurisdizione) ha sanato la macroscopica lesione del contraddittorio cagionata dalla sua omessa citazione in giudizio.
Oltre a ciò, non sembra superfluo aggiungere che la tesi prospettata pecca anche di contraddittorietà: se davvero la parte non fosse legittimata a resistere, perché inesistente giuridicamente, non sarebbe neppure legittimata ad intervenire *ad adiuvandum*.
Il riconoscimento della piena capacità processuale e della legittimazione del commissario liquidatore elide, in radice, le ulteriori argomentazioni difensive di supporto all'eccezione di giudicato. Non senza rilevare, comunque, che la questione di nullità della delibera, *ex* art. 2379 c.c., lungi dall'essere preclusa per effetto del mancato ricorso per cassazione delle amministrazioni - cui le stesse, uscite vittoriose nei due gradi di merito, non avevano alcun interesse e che per tale ragione sarebbe andato incontro ad una pronuncia di inammissibilità, se proposto: Cass., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1691; Cass., sez. lav. 19 settembre 2000, n. 12386 - costituiva proprio il nucleo centrale dei giudizio di rinvio, nella pienezza di facoltà processuali di tutte le parti.
Ancora una volta, i precedenti citati a conforto dell'eccezione non appaiono pertinenti.
Cass., sez. I, 28 luglio 2006, n. 17247 concerne la diversa ipotesi di mancata deduzione, nel primo giudizio di legittimità, di un'eccezione di giudicato esterno da parte dello stesso ricorrente: con la conseguenza che tale eccezione non poteva essere dedotta, per la prima volta, nel giudizio di rinvio. Cass., sez. lav., 3 aprile 2006 n. 7761 fa riferimento addirittura ad una domanda che non era stato oggetto di motivo di ricorso per cassazione della parte soccombente (e non vittoriosa, come nel caso in esame).
Infine, Cass., sez. III, 20 gennaio 2010 n. 912, non massi-

mata, contempla il caso affatto diverso di una pronuncia esplicita di inammissibilità del ricorso incidentale, dichiarato *tamquam non esset*: con il conseguente passaggio in giudicato dei capi decisori inammissibilmente rimessi in discussione, poi, nel giudizio di rinvio.
Siffatta preclusione sarebbe invece maturata nella sola ipotesi che questa Corte avesse deciso nel merito il motivo in esame (art. 384 c.p.c., comma 2), definendo, *in parte qua*, la controversia.
La medesima eccezione di giudicato è stata infine sollevata dai controricorrenti sotto l'ulteriore profilo della mancata impugnazione, da parte dell'Isvap, della sentenza di rinvio 2064/2008 della Corte d'appello di Roma.
L'argomentazione di corredo - a dire il vero non sempre chiara - invoca il principio logico di non contraddizione; che sarebbe leso ove la rinunzia dell'Edera s.p.a. all'autorizzazione fosse ritenuta, all'esito del giudizio, valida per l'Isvap - acquiescente alla conforme pronunzia del giudice del rinvio - ed invalida per il Ministero.
La tesi non può essere condivisa.
Innanzitutto, appare affatto erroneo rinvenire nel comportamento dell'Isvap un'acquiescenza. E ciò, per l'evidente ragione che la parte era risultata vittoriosa nella resistenza all'azione di danni.
La Corte d'appello di Roma ha infatti scisso la sua posizione di autore di attività istruttorie, meramente propedeutiche e strumentali, rispetto a quella del Ministero dello Sviluppo, cui solo è stato imputato il comportamento illecito pregiudizievole.
L'ipotetico ricorso per cassazione dell'Isvap sarebbe stato quindi inammissibile, per carenza di interesse (art. 100 c.p.c.).
Né vale dire che anche nei suoi confronti era stata accolta la tesi della carenza di potere nell'emissione del decreto di liquidazione coatta amministrativa: trattandosi di questione che costituiva solo un passaggio intermedio, funzionale all'accertamento finale del danno imputabile e, come tale, inidonea a configurare una soccombenza, sia pure parziale.
Ma al di là di tale rilievo, è la tesi di fondo della vincolatività definitiva della decisione del giudice del rinvio per tutte le parti a non apparire fondata.
Il principio di non contraddizione, cui essa pretende di ancorarsi, non ha infatti valenza assoluta nel campo processuale.
Anche a prescindere, in sede concettuale, dall'esistenza, di forme di logica diverse da quella formale (ad es., la c.d. logica deontica), l'assioma anzidetto vige solo in taluni settori del sistema giuridico.
Certamente, nel processo penale: ove l'accoglimento di un'impugnazione per ragioni oggettive giova anche al coimputato che, pure, abbia fatto acquiescenza alla sentenza di condanna (art. 587 c.p.p.). Altresì, nei giudizi di impugnazione di atti (soprattutto, ma non solo, provvedimenti amministrativi) - la cui pronuncia di annullamento ha effetto *ultra partes*. Non senza notare, peraltro, che nel primo caso l'efficacia estensiva è solo unidirezionale (in favore, e non anche contro il coimputato); e nel secondo è connaturale alla natura di atto con destinazione plurisoggettiva, di cui non potrebbe predicarsi, al contempo, la validità e l'invalidità. Ma per l'appunto, lungi dall'essere intervenuto, nella specie, un giudicato di annullamento del decreto di liquidazione coatta amministrativa 29 luglio 1997, è accaduto il contrario, per effetto del rigetto dell'impugnativa ad opera del giudice amministrativo; che, seppur non preclusiva della distinta azione di danni svolta da singoli soggetti in sede civile per carenza di potere della P.A., esclude che possa parlarsi di caducazione *erga omnes*, del provvedimento ministeriale.
Nel processo civile, vige, per contro, il canone della piena indipendenza dei rapporti giuridici individualmente dedotti, fuori di specifiche fattispecie legali (ad es., *ex* art. 2378 c.c.): come confermato proprio dalla disciplina in tema di responsabilità solidale (art. 1306 c.c.), in cui il rischio di contraddittorietà delle decisioni può essere solo attenuato mediante gli istituti processuali della connessione e della riunione di cause, ma non eliso in radice.
E comunque, in nessun caso il comportamento processuale di una parte acquiescente ad una pronuncia sfavorevole potrebbe pregiudicare l'autonomo diritto di impugnare di altra parte, pure soccombente.
Anche la seconda eccezione di inammissibilità del ricorso, per omessa indicazione specifica degli atti processuali e dei documenti sui quali ricorso si fonda (art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6), è infondata.
Il requisito si applica nei casi in cui sia rilevante, per la disamina delle censure, la verifica di specifici atti processuali o documentali che la Corte di Cassazione non può ricercare d'ufficio.
Ma quando il ricorso si compendi unicamente nella critica del contenuto della sentenza, sotto il profilo della violazione di legge o del difetto di motivazione, non v'è alcuna esigenza di richiami specifici, che nulla aggiungerebbero al materiale di causa già acquisito e conoscibile.
Ancora in via pregiudiziale di rito, le parti resistenti eccepiscono l'inammissibilità dei quesiti di diritto formulati in chiusura di vari motivi di entrambi i ricorsi (art. 366 *bis* c.p.c.).
L'eccezione è infondata.
In effetti, la giurisprudenza di questa Corte non è stata sempre univoca *in subiecta materia*: passando da un iniziale rigorismo formale, che esigeva, nel quesito finale, il precipitato del motivo nei suoi elementi distintivi e specifici (*e plurimis*, Cass., sez. V, 29 febbraio 2008, n. 5471), ad un indirizzo liberaleggiante - fatto proprio, infine, da Cass., sez. un., 31 marzo 2009, n. 770 - ammissivo anche del motivo promiscuo, riassunto in una pluralità di quesiti distinti, quali ravvisabili nei ricorsi in esame.
Quanto alla denunziata astrattezza della loro formulazione, si osserva come non incorra in genericità il quesito che, al termine dell'esposizione argomentativa, ne riassuma l'aspetto rilevante giuridicamente: in termini non dissimili, in fondo, da una massima rispetto al contenuto della relativa sentenza.
Respinte tutte le eccezioni pregiudiziali e passando al vaglio delle singole censure, si osserva come con la prima di esse il commissario liquidatore deduca la violazione degli

artt. 2364, 2365 e 2375 c.c., nonché la carenza di motivazione nell'omessa rilevazione della nullità della delibera di rinuncia all'autorizzazione amministrativa, in quanto assunta da un'assemblea ordinaria, e non straordinaria.
La medesima doglianza è articolata nei primi due motivi del Ministero dello Sviluppo, da trattare quindi congiuntamente, per identità di contenuto.
Al riguardo s'osserva, in via preliminare, che la censura non è preclusa da giudicato, dal momento che la sentenza di Cassazione n. 15721/2005 aveva rimesso al giudice del rinvio i vaglio delle questioni rimaste assorbite dalla decisione, e dunque impregiudicate:
tra cui, appunto, la nullità per vizio di forma della delibera medesima. La contraria tesi, ribadita dai controricorrenti anche nella memoria *ex* art. 378 c.p.c., sotto il profilo del giudicato interno formatosi sulla statuizione della sentenza 6302/2002 del Tribunale di Roma, è smentita, *ictu oculi*, già dal tenore letterale di quest'ultima; laddove si legge che "l'accertata nullità della rinunzia... rende superfluo l'esame dell'ulteriore profilo di nullità dedotto dei convenuti, relativo alla violazione delle norme che prescrivono per la rinunzia l'adozione della delibera con assemblea straordinaria e non ordinaria..." (pag. 14).
Ciò premesso, il primo motivo del Ministero è sotto altro profilo inammissibile, denunziando quale vizio di motivazione quella che è, all'evidenza, una critica in diritto.
Sotto la concorrente prospettazione *ex* art. 360 c.p.c., n. 3, la medesima doglianza è priva di pregio.
Per consolidato orientamento di questa Corte, si riscontra nel sottosistema societario l'inversione dei normali principi vigenti in tema di negozio giuridico, secondo i quali l'azione generale impugnatoria è quella di nullità: inversione, espressa nel dettato codicistico, che all'art. 2379 c.c., limita le ipotesi di nullità ai soli casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto della deliberazione (al cui fondo è ravvisabile un contrasto con norme dettate a tutela di interessi generali), con distacco dalla disciplina negoziale in tema di nullità (art. 1421 c.c.). Per contro, l'art. 377 c.c., prevede, genericamente, che la sanzione dell'annullamento è prevista in tutti i casi in cui le deliberazioni non siano prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo, restando soggetta ad un breve termine di decadenza, per l'esigenza di garantire alle decisioni societarie una maggiore stabilità e con legittimazione limitata ai soci assenti e dissenzienti, agli amministratori e ai sindaci; e non pure ai terzi, quali, nella specie, il Ministero dello Sviluppo Economico ed il commissario liquidatore (Cass., sez. I, 15 novembre 2000 n. 14799).
Ciò premesso, la delibera di rinunzia all'autorizzazione amministrativa non modificava l'atto costitutivo in alcuno dei suoi elementi essenziali e non richiedeva quindi l'assemblea straordinaria (art. 2365 c.c., comma 1); bensì poneva la società in uno stato di quiescenza, propedeutica alla fase di liquidazione. Non diversamente, in pratica, dalla mera inattività di fatto, quale riscontrabile, nella prassi, pure in ipotesi ordinarie di vendita o affitto dell'unica azienda.
È appena il caso di osservare, per completezza d'analisi, che anche ove si ritenga che essa desse luogo, *illico et immediate*, allo scioglimento della società, per sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale (art. 2484 c.c., comma 1, n. 2), si tratterebbe, pur sempre, di un effetto automatico, *ope legis*:
suscettibile, come tale, di mero accertamento dichiarativo da parte degli amministratori, tenuti a procedere alla conseguente iscrizione presso l'Ufficio del Registro delle Imprese (art. 2484 c.c., comma 3 e art. 2485 c.c.); senz'alcun passaggio assembleare: necessario solo in caso di modificazione dell'oggetto sociale in virtù di riconversione in altra attività commerciale o nell'ipotesi alternativa di nomina dei liquidatori (art. 2487 c.c.).
In ultima analisi, la rinunzia all'autorizzazione integrava una decisione improduttiva, di per sé sola, di effetti esterni - non venendo in discussione, nel caso in esame, la prosecuzione illecita di attività assicurativa - suscettibile tuttora di revoca dalla stessa assemblea, prima che giungesse a conoscenza delle amministrazioni. Conclusione, avvalorata dal dato normativo speciale, secondo cui per le imprese di assicurazione, a differenza che per le banche, l'autorizzazione dell'Istituto per la Vigilanza è *condicio juris* per l'esercizio concreto dell'attività; e non pure, per la costituzione della società *ex* art. 2329 c.c., n. 3. Come si evince dall'art. 7, comma 4, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 174 (Attuazione della *direttiva 92/96/CEE* in materia di assicurazione diretta sulla vita) e art. 9, comma 4, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175 (Attuazione della *direttiva 92/49/CEE* in materia di assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita): di tenore diverso, sotto il profilo in esame, rispetto all'art 14 (Autorizzazione all'attività bancaria), D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, commi 1 e 3 (Testo unico bancario), che assegna invece all'autorizzazione della Banca d'Italia natura di presupposto legale per la stessa iscrizione nel Registro delle Imprese.
La seconda, articolata censura della procedura concorsuale, concernente la violazione degli artt. 1334, 1343 e 2379 c.c. e degli artt. 61, 62 e 65, D.Lgs. n. 175 del 1995, va trattata congiuntamente con i motivi nn. 3 - 6 del ricorso del Ministero, di analogo contenuto.
Le doglianze si basano, innanzitutto, sull'asserita natura recettizia e sulla conseguente inefficacia della delibera di rinunzia, perché comunicata dopo la revoca dell'autorizzazione e la messa in stato di liquidazione coatta amministrativa; e sotto altra prospettazione, sull'illiceità della causa sottostante all'atto abdicativo, per contrasto con il divieto di atti dispositivi intimato dall'Isvap, ai sensi degli artt. 61 e 62 D.Lgs. n. 175 del 1995.
In ordine al primo punto, le parti si attardano a sostenere, rispettivamente, la natura recettizia, o no, sul presupposto implicito che sia tuttora *sub judice* il criterio della prevenzione.
La questione è peraltro preclusa, in limine, dall'accertamento irrevocabile di cui ha già dato esplicitamente atto questa Corte con la sentenza n. 15721/2005 ("Ed allora la sussistenza materiale della delibera contenente ratto di rinuncia della società, nonché l'anteriorità di questa rispetto al provvedimento di revoca 29 luglio 1997 non possono essere più esaminate e rimesse in discussione dal

giudice di merito...”). Preclusione, seguita alla precedente statuizione delle sezioni unite, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione (sent. 4/1999), che aveva, a sua volta, dato per “pacifico e non contestato che al momento dell’emanazione del decreto ministeriale, la dichiarazione di rinunzia all’autorizzazione all’esercizio dell’attività assicurativa e riassicurativa era stata non solo manifestata, ma era pervenuta al Ministero dell’Industria”: premessa fattuale della dichiarata giurisdizione del giudice ordinario, pur in presenza di un provvedimento di revoca, di accertata posteriorità temporale.
Ma anche sotto il secondo profilo, la censura è infondata.
Va premessa, al riguardo, l’infondatezza dell’avversa eccezione di giudicato, preclusiva della disamina; dal momento che la sentenza n. 632/2002 del Tribunale di Roma che aveva rigettato le domande attrici (quella dei soci, addirittura per carenza di legittimazione attiva) non aveva bisogno di impugnazione specifica dalle amministrazioni vittoriose, bensì solo della riproposizione, in sede di resistenza all’altrui gravame, dell’eccezione non accolta di nullità della rinunzia per contrarietà al divieto di atti dispositivi (art. 346 c.p.c.). Riproposizione, di cui da atto la sentenza 13 aprile 2004 della Corte d’appello di Roma, riaffermativa dell’assorbimento della predetta eccezione, alla luce del rigetto, per ragioni poziori, del gravame principale.
Seppur impregiudicata, la doglianza è peraltro inaccoglibile.
Nonostante l’erroneità della qualificazione disciplinare adottata dal giudice del rinvio - a dire il vero, enigmatica - della responsabilità degli amministratori per violazione del divieto di atti di disposizione loro intimato dall’Isvap, si osserva che l’efficacia provvisoria di tale misura cautelare era venuta meno per effetto dell’invalidità radicale del successivo provvedimento di revoca in carenza di potere, cui era funzionalmente collegata.
Inoltre, gli atti dispositivi inibiti riguardavano i beni costituenti la garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.), che non annoverava, certo, l’autorizzazione all’esercizio dell’attività assicurativa: non solo in quanto insuscettibile di espropriazione forzata, ma anche perché destinata, comunque, a venir meno per effetto della revoca in itinere, divisata dal Ministero già al momento della cautela inibitoria.
Con l’ultimo motivo il commissario liquidatore denunzia la violazione dell’art. 2909 c.c., in relazione ai principi regolatori del giudicato; nonché, degli artt. 393 e 112 c.p.c. e art. 2379 c.c. Doglianza analoga solleva il Ministero della Sviluppo Economico, con il settimo ed ottavo motivo, che devono essere quindi trattati contestualmente.
Le censura esige una risposta articolata.
In via preliminare, si deve negare fondamento all’eccezione di preclusione *ob rem judicatam* anche in questo caso opposta dalle parti resistenti. Come già chiarito, nessun giudicato sulla validità della delibera si è infatti formato in conseguenza dell’omessa impugnazione delle sentenze di merito, di primo e secondo grado, da parte delle amministrazioni vittoriose. Ne discende che il giudice del rinvio era ancora tenuto ad esaminare se la delibera in questione fosse nulla per uno dei vizi invalidanti previsti dall’art. 2379 c.c.; una volta esclusa, dalla stessa sentenza di cassazione, l’applicazione della disciplina generale in tema di invalidità del contratto, per illiceità del motivo (artt. 1345, 1418 c.c.), *ratio decidendi* della sentenza cassata.
Nel merito, la censura si palesa, peraltro, infondata.
Si è già detto dell’inidoneità della misura cautelare inibitoria di atti di disposizione a concretare, sia pur mediatamente, la norma imperativa invalidante. Esclusi altresì il motivo illecito e lo scopo elusivo, per la ricordata inapplicabilità dei vizi del negozio giuridico (a prescindere dalla verifica, nella specie, dei relativi presupposti di fatto), l’allegazione di nullità resta sprovvista di alcun appiglio normativo. Ed in effetti, il mero atto abdicativo ad una situazione giuridica disponibile non si presta, in tesi generale, ad un sindacato di nullità oggettiva per illiceità, e tanto meno per impossibilità, disancorato dalla ricerca delle finalità soggettive che ne ispirassero l’adozione.
Passando ora al vaglio dei residui motivi del ricorso del Ministero dello Sviluppo Economico, va preliminarmente ribadita l’infondatezza dell’eccezione pregiudiziale di giudicato che fa leva sulla mancata costituzione del Ministero nel precorso giudizio di legittimità, conclusosi con la sentenza di cassazione e rinvio n. 15721/2005.
Come già statuito in ordine a motivi diversi contrastati con analoga eccezione, il Ministero, interamente vittorioso in entrambi i gradi di merito, non aveva alcun onere di ricorrere, nemmeno in via incidentale, per far salve eccezioni e difese prospettate alternativamente e assorbite dalla pronunzia di integrale rigetto delle altrui domande. In assenza di una norma corrispondente all’art. 346 c.p.c., il ricorso incidentale si sarebbe reso necessario (ed ammissibile) solo in caso di mancato accoglimento di un’eccezione autonoma ed esterna alle domande decise (ad esempio, di difetto di giurisdizione: Cass., sez. un., 16 ottobre 2008 n. 25246).
Per contro, il rinvio alla corte territoriale ha delineato chiaramente il *thema decidendum* impregiudicato e bisognoso di un nuovo giudizio, con salvezza di deduzioni e difese *hinc et inde*, salvo l’ovvio divieto di proporre questioni nuove (art. 394 c.p.c., comma 3), come da interpretazione costante ed incontroversa della giurisprudenza di legittimità.
Ancora in via pregiudiziale, i controricorrenti, eccepiscono l’inammissibilità di tutte le doglianze del Ministero, per carenza di interesse, in quanto relative a questioni deducibili solo dall’Isvap, che ha invece omesso di impugnare la sentenza di rinvio.
L’eccezione, di portata onnicomprensiva, è manifestamente destituita di fondamento.
La violazione dell’art. 65, comma 3, D.Lgs. n. 175 del 1995, del D.Lgs. del 1995, costituisce la *causa petendi* dell’azione risarcitoria e a fortiori della domanda di accertamento dell’inesistenza della procedura concorsuale, proposte nei confronti del Ministero, quale autore del relativo provvedimento in carenza di potere. Ne consegue che quest’ultimo era legittimato, oltre che sorretto da un evi-

dente interesse, ad opporre tutte le eccezioni e difese tese a confutare i presupposti dell'illecito aquiliano.
Nel merito, si osserva che il nono, decimo e undicesimo motivo riguardano, ancora una volta, la falsa applicazione dell'art. 384 c.p.c., per la ritenuta preclusione da giudicato della questione della nullità della delibera di rinunzia e per omessa pronuncia sull'illiceità per frode alla legge del contenuto della delibera, pur astrattamente lecito: censure, tutte, assorbite dalle statuizioni precedenti.
Anche il dodicesimo motivo, di contenuto promiscuo, ricomprende critiche in gran parte vagliate.
Si è già esclusa la doverosità dell'assemblea straordinaria sull'ordine del giorno concernente la delibera di rinuncia all'attività assicurativa; e va ribadito che la carenza di potere della Pubblica amministrazione di disporre la liquidazione coatta amministrativa dipende dalla formula letterale dell'art. 65, comma 3, D.Lgs. n. 175 del 1995, nell'interpretazione fornitane da Cass., sez. un., 4/1999 e confermata poi da Cass. 19 ottobre 2006 n. 22942 e da Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22493, che costituisce, ormai, diritto vivente.
Con i motivi nn. 13 e 14, da trattare congiuntamente per affinità di contenuto, il Ministero deduce la violazione dell'art. 2043 c.c., nonché il difetto di motivazione in ordine all'affermazione di responsabilità della Pubblica amministrazione senza la previa disamina dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave; come pure in relazione alla ritenuta sussistenza del nesso eziologico tra la liquidazione coatta amministrativa ed il danno subito.
Entrambe le censure sono fondate. Al riguardo, appare opportuno invertire l'ordine di trattazione, stante la natura prioritaria dell'accertamento del pregiudizio e della sua riconducibitità alla condotta ministeriale, in cui si compendia l'elemento oggettivo della fattispecie aquiliana.
Per quanto la domanda di condanna generica non esiga l'assoluta certezza di un danno risarcibile, pure, occorre la prova piena di un fatto potenzialmente lesivo: requisito indefettibile, legato ai positivo accertamento del nesso di causalità ed. materiale, *ex* art. 40 c.p. (Cass., sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3357), al cui esito favorevole resta salva, nella successiva fase sul quantum, la disamina del nesso di causalità ed. giuridica, *ex* art. 1223 c.c.
Sul punto, dev'essere subito chiarito che il danno *contra jus* non è, neppure in astratto, riconducibile *sic et simpliciter* all'apertura della procedura concorsuale - come se di essa fosse altresì accertato il difetto dei presupposti sostanziali dell'irregolare gestione e dello squilibrio economico - ma solo alla nullità procedimentale derivante dalla falsa applicazione dell'art. 65, D.Lgs. n. 175 del 1995, circoscritto alla materia dell'assicurazione: non essendo, per contro, seriamente contestabile la perdurante applicabilità della legge fallimentare in tema di dichiarazione di insolvenza (L. Fall., artt. 195 e 202), e delle correlate conseguenze concorsuali e penali (L. Fall., art. 203).
I limiti dell'accertamento dell'invalidità del provvedimento ministeriale devono essere accuratamente messi a fuoco, giacché i controricorrenti elevano, con tutta evidenza, a categoria assoluta la carenza di potere della P.A. a seguito della rinunzia all'autorizzazione e ne fanno discendere l'automatica risarcibilità del danno, prescindendo dal sostrato di fatto che aveva determinato l'intervento dell'Isvap, e poi del Ministero, mediante ispezioni e addebito di infrazioni. Con una doppia semplificazione, quindi, che travisa le premesse della ritenuta illegittimità del decreto di liquidazione coatta amministrativa: da ricondurre invece, all'iter procedurale seguito in applicazione del D.Lgs. n. 175 del 1995, ivi contestualmente richiamato.
Non è, innanzitutto, esatto che il potere-dovere di vigilanza e sanzione della P.A. fosse venuto meno in radice, per effetto della preclusione del potere di revoca dell'autorizzazione *ex* art. 65 D.Lgs. n. 175 del 1995: risultando tuttora attribuito dall'art. 71 (Liquidazione coatta per insufficiente copertura delle riserve matematiche), art. 72 (Liquidazione coatta per inosservanza delle disposizioni del Testo unico e del Regolamento) e 80 (Provvedimenti per la liquidazione. Vigilanza) del d.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449 (Testo unico delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private), all'epoca vigente, perché abrogato solo dall'art. 354 D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle Assicurazioni private). Tali norme consentivano all'allora Ministero dell'Industria e del Commercio di promuovere autonomamente, per decreto del Presidente della Repubblica, la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa inadempiente, anche a prescindere dalla previa revoca dell'autorizzazione amministrativa.
Ciò premesso in sede dogmatica, si osserva come sia mancata, del tutto, la prova del danno ingiusto sia per la società, sia per i soci.
Per la prima, non si può neppure ipotizzare un lucro cessante, dal momento che l'interruzione dell'attività commerciale assicurativa non è dipesa dalla revoca dell'autorizzazione, bensì, a monte, dalla rinunzia potestativamente deliberata dall'assemblea dell'Edera s.p.a. in epoca anteriore.
In ordine al danno emergente, le parti attrici e intervenute non hanno addotto neppure un *fumus* del minor ricavo conseguito o conseguibile alla liquidazione concorsuale in atto, rispetto ad eventuali alternative, non venute alla luce solo per le modalità pubblicistiche seguite: ferma l'inammissibilità di una sorta di *praesumptio hominis*, non bisognosa di alcuna dimostrazione, del carattere più oneroso e svantaggioso connaturale alla liquidazione coatta amministrativa, rispetto alla vendita privata dei cespiti patrimoniali, discrezionalmente rimessa agli organi della società.
E ciò, anche a prescindere dal vantaggio economico beneficiato proprio dall'apertura della procedura concorsuale, rappresentato dall'intervento del Fondo di Garanzia delle Vittime della Strada in favore dei creditori involontari, destinati altrimenti a rimanere insoddisfatti (artt. 19 e 25, l. 24 dicembre 1969, n. 990, all'epoca vigente).
Ma neanche la potenzialità del danno non patrimoniale può considerarsi dimostrato.
Se la carenza di potere della P.A. è dipesa dal mancato rispetto di una specifica norma procedimentale, non per

questo perdevano *ipso jure* di valore gli addebiti sostanziali mossi in sede di ispezione dall'Isvap, all'origine dei successivi provvedimenti ministeriali.
Per potersi parlare, quindi, di un danno all'immagine, occorreva la prova dell'infondatezza ed arbitrarietà delle contestazioni mosse sulla gestione della società, sulla base di un'attendibile valutazione prognostica della capacità di soddisfare puntualmente le obbligazioni derivanti dalla pregressa attività.
È vero che in più riprese la compagnia ha lamentato il carattere vessatorio di tali rilievi; ma, per l'appunto, si è trattato di mera affermazione, non sorretta da alcuna concreta prova in tal senso.
A ciò si aggiunga che la sentenza del giudice di rinvio ha perfino escluso la possibilità di delineare i termini del danno lamentato dall'Edera s.p.a., a causa della non reperibilità in atti dell'originaria comparsa di intervento. Benché tale statuizione risulti espressa in sede di disamina dell'istanza di provvisionale, la sua portata, per quanto risulta dal testo, va al di là di tali limiti, investendo in modo radicale l'onere della prova dello stesso pregiudizio, pur nei limiti propri di una condanna generica.
Per i soci e le altre parti intervenute va, poi, negata in linea di principio la stessa titolarità del credito risarcitorio, spettante, in ipotesi, alla sola società (Cass., sez. un., 24 dicembre 2009, n. 27346). Né la precedente sentenza di cassazione e rinvio aveva affermato il contrario, essendosi limitata ad affrontare la questione, di natura puramente processuale, della *legitimatio ad causam*, negata dal giudice d'appello. E sotto questo limitato profilo l'aveva dichiarata, invece, sussistente sulla base della mera prospettazione formale della domanda, con la spendita della qualità di soci, titolari di un diritto alla quota sociale e dunque astrattamente interessati al corretto e regolare svolgimento della fase di liquidazione. Affermazione, peraltro, di portata generale ed astratta, evidentemente diversa dal riconoscimento concreto della titolarità sostanziale di un credito risarcitorio già accertato, nel merito, in tutti i suoi elementi costitutivi, oggettivo e soggettivo (art. 384 c.p.c., comma 2). E del resto, la successiva sentenza del giudice del rinvio ha dichiarato ormai preclusa l'eccezione di difetto di legittimazione degli appellanti, ribadendo che si trattava della *legitimatio ad causam*, distinta dalla questione di merito, al suo esame, dell'appartenenza del diritto controverso.
È appena il caso di aggiungere che, comunque, anche per i soci e gli altri soggetti attori o intervenuti, vale, a fortiori, il difetto di prova, seppur inevitabilmente espressa in termini probabilistici, del danno ingiusto; presupponente la prognosi di un riparto di utili all'esito dell'eventuale liquidazione volontaria del patrimonio sociale, se interamente capiente per la soddisfazione dei crediti vantati dai terzi. Conclusione, avvalorata dal diniego, da parte della corte territoriale, della condanna al pagamento di una provvisionale, motivato proprio con l'indimostrata differenza tra gli utili eventualmente residuati dalla liquidazione coatta e quelli ricavabili dalla liquidazione volontaria.
L'accertamento negativo del pregiudizio risarcibile è, di per sé, dirimente e preclusivo della pretesa risarcitoria.
Non è, peraltro, superfluo aggiungere, per completezza di analisi, che la sentenza impugnata appare altresì manchevole in ordine alla motivazione dell'elemento psicologico dell'illecito aquiliano, che non poteva certo considerarsi *in re ipsa*.
È infatti *jus receptum* che, nel caso in cui venga introdotta dinanzi al giudice ordinario una domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c., nei confronti della Pubblica amministrazione per illegittimo esercizio della funzione pubblica, il giudice deve accertare la sussistenza dell'evento dannoso, la sua qualificazione come ingiusto, il nesso eziologico e l'elemento psicologico del dolo o colpa grave: non essendo sufficiente, al riguardo, il mero dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento quand'anche questo sia stato (come non è stato, nella specie) annullato dal giudice amministrativo (Cass., sez. III, 27 maggio 2009 n. 12.282; Cass., sez. III, 4 luglio 2006, n. 15259).
Nella specie, tale indagine è stata omessa dalla Corte d'appello di Roma: sia in ordine alla colpa del Ministero - nel non riscontrare, in punto di fatto, l'effettività dell'altrui rinuncia, in relazione alle modalità di assunzione e di comunicazione (che dovevano essere tali, da impedire ogni dubbio sull'autenticità e sull'esatto contenuto della deliberazione) - sia nell'interpretare la norma di cui all'art. 65 D.Lgs. n. 175 del 1995: la quale, prima del formarsi del diritto vivente sull'antinomia tra diritto di rinunzia e potere di revoca, non poteva certo dirsi - con valutazione doverosamente *ex ante* - di lettura univoca e necessitata. Tanto meno alla luce della direttiva CE, di cui era diretta attuazione, di tutt'altro tenore, come si dirà appresso; che, provenendo da una fonte sovraordinata di produzione, non poteva essere negletta dalla Pubblica Amministrazione, in sede ermeneutica.
Con gli ultimi due motivi - tuttora rilevanti in ordine al ricorso avverso la dichiarazione di inesistenza della procedura di liquidazione coatta amministrativa - il Ministero dello Sviluppo economico deduce, rispettivamente, l'omessa valutazione della contrarietà alla normativa comunitaria dell'esenzione dalla procedura concorsuale di liquidazione coatta amministrativa in caso di rinunzia all'esercizio dell'attività assicurativa, nonché la violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 274 del Trattato CE, nel disattendere l'istanza di rimessione della relativa questione comunitaria alla Corte di giustizia della Comunità europea.
La prima delle due doglianze è inammissibile, in quanto prospettata come vizio di motivazione di una statuizione di puro diritto.
La seconda esige, invece, una risposta articolata.
Al riguardo, deve essere prioritariamente scrutinata la contraria eccezione di inammissibilità, argomentata con la natura chiusa del giudizio di rinvio, preclusiva della posizione di un dubbio di legittimità dell'atto normativo applicato. A titolo analogico, viene addotta, a conforto, la giurisprudenza di questa Corte che esclude - peraltro, non senza contrasto - la rilevabilità della questione di co-

stituzionalità della legge nel grado di rinvio (Cass., sez. lav., 9 aprile 2004, n. 6986; Cass., sez. I, 27 settembre 2002, n. 14022. In senso contrario: Cass., sez. I, 21 dicembre 2007, n. 27082).
L'eccezione è infondata.
È principio reiteratamente affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE che il diritto comunitario osta perfino all'applicazione dell'art. 2909 c.c., ove il principio di autorità della cosa giudicata impedisca al giudice nazionale di prendere in considerazione norme comunitarie eventualmente violate, consacrando, in tal modo, un risultato contrastante con esse e frustrandone l'applicazione anche in settori diversi da quello degli aiuti di Stato (Corte di giustizia CE, sez. II, 3 settembre 2009, n. 2, Agenzia delle Entrate e, fallimento Olimpiclub s.r.l.; Corte di giustizia CE 18 luglio 2007, n. 119, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato e, Lucchini s.p.a.).
A *fortiori*, inefficace ad impedire la verifica della conformità ai principi comunitari è una preclusione endoprocessuale, suscettibile di rendere impossibile l'applicazione del diritto comunitario (Corte di Giustizia 14 dicembre 1995, n. 312, Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS e, Stato belga).
Siffatte deviazioni dalle ordinarie regole processuali dipendono dalla subordinazione del diritto comunitario al diritto nazionale; resa esplicita dalla stessa Costituzione, che all'art. 117, comma 1, nel testo novellato dalla riforma del 2001, dispone che lo Stato e le regioni esercitano la potestà legislativa "nel rispetto dei vincoli comunitari". Ed è ormai *jus receptum* che per diritto comunitario si intendano non soltanto i regolamenti e le direttive tese all'armonizzazione del diritto degli Stati membri (che, se dettagliate, sono direttamente applicabili, pur in assenza di legge attuativa interna: Corte cost. 22 luglio 1976, n. 182), ma altresì le sentenze emanate dalla Corte di Giustizia CE, cui è riconosciuta efficace vincolante, oltre che per i giudici, perfino per i legislatori nazionali.
Nel merito, è vero che la direttiva 8 giugno 1992 n. 49 aveva lasciato ai legislatore nazionale la scelta fra le due opzioni della decadenza o della revoca, in presenza di rinunzia all'autorizzazione all'attività assicurativa; ma pur sempre nel rispetto degli obiettivi di rigoroso controllo di legalità e di corretta gestione delle compagnie, che venivano ad essere autorizzate da un singolo Stato e abilitate all'esercizio commerciale nell'intera Comunità europea.
Occorre anzi rilevare, in sede concettuale, come la scelta della decadenza, nello spirito informatore della fonte comunitaria, risultasse perfino più rigorosa, in quanto effetto automatico, *ope legis*, al verificarsi di eventi anomali della vita sociale.
Al riguardo, è sufficiente la lettura del diffuso preambolo della direttiva 92/49/CE, articolato in ben 33 considerando, per enucleare gli interessi protetti e le procedure richieste per dare concreta attuazione alla loro tutela.
In particolare, dopo aver reso esplicito l'intento del riavvicinamento dei mercati nazionali in un unico mercato integrato nel campo assicurativo, il terzo considerando si chiude con l'esigenza di garantire a tutti i contraenti un livello adeguato di tutela; il quinto mette a fuoco l'obiettivo dell'armonizzazione necessaria ad ottenere il reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale; il sesto consente l'accesso all'attività assicurativa subordinatamente alla concessione di un'unica autorizzazione amministrativa.
A tali facilitazioni fanno da contrappunto i richiami reiterati alla vigilanza, devoluta allo Stato-membro di origine, sulla situazione finanziaria, e in particolare sulla solvibilità (settimo considerando); nonché all'obbligo degli Stati-membri di disporre di mezzi di controllo necessari ad assicurare l'esercizio ordinato delle attività dell'impresa di assicurazione, adottando appropriate misure di salvaguardia, o imponendo sanzioni volte a prevenire irregolarità ed infrazioni eventuali alle disposizioni in materia di controllo delle assicurazioni (nono considerando).
Ma soprattutto il preambolo della direttiva 92/49 ha cura di sottolineare il carattere minimale delle disposizioni dettate, passibili di deroga dallo Stato-membro in senso vieppiù restrittivo (ottavo considerando). Enunciazioni, tutte, che prefigurano in modo inequivoco la *ratio* della direttiva, puntualmente riflessa nell'articolato normativo: in particolare, nell'art. 11, comma 3 ("Ogni Stato membro adotta tutte le disposizioni utili affinché le autorità competenti dispongano dei poteri e dei mezzi necessari per la sorveglianza dell'attività dell'impresa di assicurazione... Questi poteri e mezzi devono in particolare consentire alle autorità competenti: ... di prendere nei confronti dell'impresa, dei dirigenti responsabili o delle persone che controllano impresa tutti provvedimenti appropriati necessari per garantire che le attività dell'impresa siano conforme alle disposizioni legislative... di assicurare l'applicazione di tali misure, se necessario, mediante esecuzione coattiva").
Si deve dunque concludere che lettera e spirito informatore della direttiva non sono state trasfuse correttamente nel D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175. La carenza emerge evidente dalla dizione dell'art. 69 (Effetti della decadenza e della revoca dell'autorizzazione), in cui il potere ministeriale di assoggettare a liquidazione coatta amministrativa l'impresa è ancorato anche alla decadenza, ma solo nell'ipotesi specificamente indicata dall'art. 65, comma 1, lett. D) di dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza. Poiché tale presupposto può maturare, peraltro, in qualsiasi momento della vita societaria - e quindi anche successivamente alla rinunzia all'autorizzazione, nel corso della fase di liquidazione volontaria della società - la relazione d'incompatibilità, nel contesto specifico dell'art. 65 D.Lgs. n. 175 del 1995, tra diritto soggettivo alla rinunzia e perdurante attività di controllo e di intervento autoritativo del Ministero, affermatasi nel diritto vivente di questa Corte, appare portato dissonante di un'imperfetta stesura della fattispecie da parte del legislatore delegato, in sede di attuazione della direttiva: dissonanza, non addebitabile alla Legge Delega 22 febbraio 1994, n. 146 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee), che all'art. 18, lett. d), si limitava ad optare per l'effetto deca-

denziale dell'autorizzazione, senza prefigurare un diritto soggettivo alla rinunzia contrapposto al potere di revoca della P.A.: come dimostrato dalla contestuale inclusione dell'ipotesi di mancato esercizio dell'attività per un periodo superiore a sei mesi, significativa, piuttosto, dì una decadenza sanzionatoria.
Che peraltro tale sbocco normativo non fosse l'espressione di una conforme *mens legis* è dimostrato dal successivo intervento di cui al D.Lgs. 13 ottobre 1998, n. 373, con cui il legislatore nazionale ha cercato di porre rimedio alla vistosa aporia, senza soluzione di continuità applicativa, sotto il sembiante di un'interpretazione autentica.
Per contro, il testo della direttiva neppure menziona i soci della compagnia assicurativa ed il loro interesse particolare alla prosecuzione dell'attività; o, come nel caso in esame, allo scioglimento volontario della società, in antitesi al provvedimento autoritativo della Pubblica amministrazione.
Semplicemente, tale prospettiva è estranea alla fonte comunitaria.
Si porrebbe quindi, una questione pregiudiziale interpretativa dinanzi alla Corte di giustizia CE. Tuttavia, in concreto, tenuto conto dell'esito della controversia, con il rigetto della domanda risarcitoria, nonché dell'incidenza circoscritta del diritto intertemporale (fino all'emendamento correttivo della norma, appena tre anni dopo, con il D.Lgs. 13 ottobre 1998, n. 373), che non lascia fondatamente prefigurare un'ulteriore casistica giudiziaria, viene a mancare l'interesse pubblico a sollevare la questione: tanto più, che lo stesso D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175, non priva del tutto la Pubblica Amministrazione di poteri di controllo, subordinando all'approvazione dell'Isvap la nomina dei liquidatori in caso di scioglimento volontario della società (art. 70).
Il ricorso del commissario liquidatore deve essere quindi rigettato; mentre va accolto, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso del Ministero dello Sviluppo Economico.
Per l'effetto, la sentenza impugnata va cassata e, decidendosi nel merito, devono essere rigettate e domande risarcitorie.
In considerazione della straordinaria complessità della controversia e della disputabilità della problematica interpretativa dei testi di legge applicati, comprovata anche dall'esito difforme nei vari gradi di giudizio, sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese dell'intero processo fra il Ministero dello Sviluppo Economico e le parti controricorrenti nel ricorso n. 338/2009 e la compensazione delle spese della fase di legittimità tra l'Edera - Compagnia Italiana di Assicurazioni s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa e le parti controricorrenti nel ricorso n. 30180/2008.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Veronica Montani (*)

La sentenza affronta la discussa questione relativa ai rapporti tra rinuncia, decadenza e revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa nella vigenza del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175 e la risarcibilità del danno derivante dall'illegittimità - esclusa nel caso di specie - del provvedimento di apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti della società assicurativa, escludendo la legittimazione del socio *uti singulus*. Il presente commento intende, quindi, fornire una breve disamina circa gli orientamenti sull'efficacia della rinuncia dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 65 D.Lgs. n. 1975/1995 e approfondire la tematica sulla natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Il caso

L'oggetto della pronuncia in commento attiene alla richiesta di risarcimento del danno promossa da una compagnia assicurativa e dai soci della medesima nei confronti dell'allora Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato e dell'I.S.V.A.P. (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo) per l'illegittima apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa cui la società ricorrente è stata sottoposta.
Riepilogando la complessa ed articolata vicenda giudiziaria, con deliberazione assembleare la società attrice aveva rinunciato, ai sensi dell'art. 65, comma 1, lett. a) D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175, alle autorizzazioni all'esercizio dell'attività assicurativa. Parallelamente, tuttavia, l'I.S.V.A.P., riscontrando una serie di inadempienze nella gestione della società, trasmetteva una relazione al Ministero che, in accoglimento delle richieste avanzate dell'Istituto di Vigilanza, disponeva, pur a fronte della preventiva rinuncia da parte della società, la revoca delle suddette autorizzazioni e l'apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'art. 69 D.Lgs. n. 175/1995.

Nota:

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

La compagnia assicurativa agiva, quindi, in giudizio per ottenere l'accertamento dell'inesistenza dei provvedimenti adottati dall'I.S.V.A.P. e dal Ministero in quanto assunti in carenza di potere giacché successivi alla rinuncia alle autorizzazioni, nonché il riconoscimento di una responsabilità solidale dei due enti al risarcimento del danno patito in conseguenza dei provvedimenti illegittimi.
Accertata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, chiamata a pronunciarsi sull'istanza di regolamento *ex* art. 41 c.p.c., la giurisdizione del giudice ordinario a conoscere tali pretese in quanto relative all'esercizio del diritto soggettivo di rinuncia all'autorizzazione, il giudice di prime cure ha rigettato le domande della società attrice ritenendo nulla la delibera di rinuncia in quanto, oltre che adottata dall'assemblea ordinaria in luogo di quella straordinaria ai sensi dell'art. 2379 c.c., meramente strumentale ad impedire l'apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa da parte del Ministero; decisione confermata dalla Corte di Appello, che, tuttavia, individuava la nullità della delibera nell'illiceità dei motivi ai sensi dell'art. 1345 c.c.
Avverso tale sentenza, la compagnia assicurativa e i soci proponevano ricorso per cassazione. La Corte di Cassazione cassava la sentenza e rinviava la causa ad altra sezione della Corte di Appello affermando l'erroneità della riconduzione della nullità della delibera all'art. 1345 c.c. e la necessità di una revisione di tale questione.
Il giudice del rinvio, affermata la legittimità della delibera assembleare di rinuncia alle autorizzazioni perché rientrante nelle attribuzioni dell'assemblea ordinaria, attribuiva all'esercizio del diritto di rinuncia, interpretando le disposizioni di cui agli artt. 65, 66 e 69 D.Lgs. n. 175/1995, un effetto impeditivo della successiva revoca delle autorizzazioni e della conseguente procedura concorsuale di liquidazione coatta amministrativa disposte dal Ministero.
Sulla base di tale statuizione, pertanto, dichiarava inesistente il decreto di liquidazione coatta amministrativa e condannava il Ministero al risarcimento del danno a favore della compagnia assicurativa e dei soci, non ravvisando, viceversa, alcuna responsabilità in capo all'istituto di vigilanza che si era limitato ad eseguire la segnalazione circa le irregolarità riscontrate.
La Suprema Corte, in accoglimento del ricorso proposto dal Ministero, annulla la sentenza impugnata affermando che, ancorché la preventiva rinuncia *ex* art. 65 D.Lgs. n. 175/1995 da parte del titolare alle autorizzazioni avesse determinato l'illegittimità della successiva revoca e della conseguente apertura della procedura concorsuale, nel caso di specie trovavano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 71 e 72 d.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449, che attribuivano al Ministero il potere di disporre la liquidazione coatta amministrativa di una società di assicurazione in presenza di gravi irregolarità nella gestione, a prescindere dalla revoca delle autorizzazioni; inoltre, la società attrice non aveva fornito alcuna prova circa la sussistenza del danno, non identificabile con la mera illegittimità del provvedimento amministrativo di revoca; infine, richiamando una precedente pronuncia, statuisce che in ogni caso i soci *uti singuli* sono privi di legittimazione ad avanzare pretese risarcitorie spettanti esclusivamente alla società.

Rinuncia, decadenza e revoca dell'autorizzazione

Una prima questione interpretativa che pone la sentenza in oggetto attiene al rapporto tra la rinuncia all'autorizzazione per l'esercizio dell'attività assicurativa prevista dall'art. 65 D.Lgs. n. 175/1995 e la revoca dell'autorizzazione medesima prevista dal successivo art. 66 (1).
L'art. 65, comma 1, enumerava, infatti, i casi in cui si realizzava la decadenza dell'impresa dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa, dichiarata con provvedimento dell'I.S.V.A.P., e, tra esse, menzionava la rinuncia volontaria da parte della società.
L'art. 66, invece, disciplinava le ipotesi di revoca dell'autorizzazione che veniva disposta dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, su proposta dell'I.S.V.A.P, quando l'impresa, tra le altre ipotesi, risultava gravemente inadempiente alle disposizioni del citato D.Lgs. n. 175/1995 e alle altre disposizioni normative previste per l'esercizio dell'attività assicurativa.
Sulla base di tale quadro normativo, pertanto, la rinuncia dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa era disciplinata quale ipotesi di decadenza, senza che fosse richiesta la necessità di un ulteriore provvedimento di revoca da parte del Ministero (2).

Note:

(1) Si precisa che tali norme, applicabili *ratione temporis* al caso in esame, sono state abrogate dal D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 109 (Codice delle assicurazioni private).

(2) Tale assetto normativo costituiva attuazione dell'art. 14, comma 1, lett. a) della Direttiva 18 luglio 1992 n. 49 che stabiliva la revoca dell'autorizzazione in caso di espressa rinuncia da parte dell'impresa titolare, con facoltà per ciascuno Stato membro di prevedere, in luogo della revoca, l'automatica decadenza dalla medesima.

Secondo un primo orientamento dottrinale, accolto dalla giurisprudenza (3) e confermato nella sentenza in commento, la rinuncia all'autorizzazione regolarmente manifestata determinava l'obbligo per l'I.S.V.A.P. di procedere alla pronuncia di decadenza ai sensi del citato art. 65, comma 3, con un atto di mero accertamento, dell'effetto decadenziale, realizzatosi *ope legis* al momento dell'adozione della delibera di rinuncia (4).
Quale logica conseguenza di tale impostazione derivava che, una volta intervenuta la comunicazione della rinuncia, era esaurito il potere della Pubblica Amministrazione di disporne la revoca; pertanto, l'eventuale provvedimento di revoca costituiva, come accertato nel caso in esame, un atto amministrativo adottato in carenza di potere e, come tale, lesivo di un diritto soggettivo (5).
Altra parte della dottrina (6) non ha mancato di sottolineare come un meccanismo così concepito si prestasse ad impieghi fraudolenti da parte di imprese in difficoltà. Giocando d'anticipo e deliberando la rinuncia all'autorizzazione prima che intervenisse il provvedimento di revoca, le compagnie assicurative avrebbero potuto, infatti, agevolmente sottrarsi al controllo dell'autorità di vigilanza ed evitare la procedura concorsuale.
Pertanto, secondo tale ultimo orientamento, la decadenza di cui all'art. 65, comma 3, doveva essere intesa quale fattispecie complessa a formazione progressiva, che originava dalla rinuncia ma che non si esauriva con essa. La rinuncia, infatti, non determinava *ex se* l'effetto decadenziale, per il cui verificarsi era, invece, richiesta l'adozione del successivo provvedimento di pubblicazione avente efficacia costitutiva.
L'*empasse* circa gli effetti della rinuncia è stato, tuttavia, superato con l'intervento del D.Lgs. 13 ottobre 1998 n. 373, il cui art. 3, comma 2, dettando, almeno nelle intenzioni, una norma di interpretazione autentica dell'art. 65, comma 3, D.Lgs. n. 175/1995, stabiliva che quest'ultimo doveva essere inteso nel senso che l'I.S.V.A.P., ove avesse rilevato una situazione aziendale potenzialmente lesiva per gli interessi degli assicurati, avrebbe potuto, in luogo della dichiarazione di decadenza, proporre al Ministero dell'industria la revoca dell'autorizzazione e la liquidazione coatta amministrativa.
Con tale disposizione veniva, quindi, normativamente superato l'automatismo rinuncia-decadenza affermato dalla richiamata giurisprudenza.
La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (7), nel definire il preliminare conflitto di giurisdizione, ha, tuttavia, ritenuto che tale norma non trovasse applicazione nella vicenda in esame, in quanto, benché dichiarata di interpretazione autentica, era in realtà da ritenersi novativa e, come tale, applicabile solo a fattispecie future (8).
Le descritte questioni interpretative sollevate dalla formulazione degli artt. 65 e 66 D.Lgs. n. 175/1995 sono oggi definitivamente superate dall'intervento del D.Lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private), il cui art. 240, comma 6, recependo quanto già indicato al citato art. 3 D.Lgs. n. 373/1998, stabilisce che se la decadenza dall'autorizzazione consegue al verificarsi della rinuncia, l'ISVAP, quando ricorrono le condizioni previste all'art. 245 in tema di liquidazione coatta amministrativa, non adotta il provvedimento di decadenza - che, dunque, assume efficacia non più dichiarativa ma costituiva (9) - e propone al Ministro delle attività produttive la revoca dell'autorizzazione e la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa di assicurazione.

Responsabilità civile della P.A.

Di estrema attualità è, invece, il profilo della risarcibilità del danno provocato dall'illegittimità di un provvedimento amministrativo; tematica oggetto di una lunga e contrastata evoluzione della giurisprudenza civile e amministrativa.
Ripercorrendo brevemente le tappe, deve rilevarsi che, benché la nozione di "danno ingiusto" di cui all'art. 2043 c.c. sia andata progressivamente ampliandosi (10), la giurisprudenza, con riferimento alla re-

Note:

(3) Cass., sez. un., 27 gennaio 1999, n. 4, in *Foro it.*, 1999, I, 458; Cass., sez. un., 6 febbraio 2003, n. 1810, in *Foro it.*, 2003, I, 1058; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22492 e 22493, in *Assicurazioni*, 2007, II, 121.

(4) R. Caranta, *Provvedimento di decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività di assicurazione e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 681; L. Di Brina, in G. Partesotti-M. Ricolfi, *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Padova, 2000, 543 ss. in relazione all'identica disposizione di cui all'art. 54 D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 174 in tema di assicurazione sulla vita.

(5) G. Giacalone, *Questioni di giurisdizione in tema di rinuncia all'esercizio dell'attività assicurativa*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 989.

(6) C. Russo, *Sul rapporto tra i provvedimenti di decadenza e di revoca dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 152.

(7) Cass., sez. un., 27 gennaio 1999, n. 4, cit.

(8) Corte cost. 17 marzo 1995, n. 88, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1127.

(9) G. Volpe Putzolu, *sub* art. 240, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, Padova, 2010, 734 ss.; Id., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, 69.

(10) Dall'iniziale limitazione ai soli diritti assoluti si è, infatti, giunti, con le note sentenze Meroni, Cass. 26 gennaio 1971, n. 174,

(segue)

sponsabilità civile della Pubblica Amministrazione, ha per lungo tempo negato tutela risarcitoria agli interessi legittimi (11), ritenendo che il concetto di "ingiustizia" dovesse essere riferito al danno prodotto, oltre che *non iure*, anche *contra ius* (12): l'unica posizione suscettibile di risarcimento era, pertanto, il diritto soggettivo leso dalla Pubblica Amministrazione con comportamenti materiali, con illeciti contrattuali o con provvedimenti amministrativi riconosciuti illegittimi dal giudice amministrativo (13).
Sulla spinta di alcuni interventi legislativi (14) e della progressiva elaborazione giurisprudenziale che, per rispondere ad esigenze di giustizia sociale, ammetteva la risarcibilità degli interessi legittimi oppositivi ricorrendo alla figura del diritto soggettivo affievolito (15), con la nota sentenza n. 500/1999 la Corte di Cassazione (16), capovolgendo il precedente orientamento, ha riconosciuto la risarcibilità anche degli interessi legittimi pretensivi precisando che ai fini della configurabilità della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. non assume rilievo la qualifica formale della posizione soggettiva vantata dal danneggiato bensì la lesione, *non iure*, di un interesse giuridicamente rilevante, il cui apprezzamento è rimesso al giudice sulle base di un giudizio di comparazione tra l'interesse del privato e quello pubblico.
Peraltro, il carattere atipico dell'illecito civile non vale a determinare l'indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi, giacché, secondo quanto espresso dalla Suprema Corte nella citata sentenza, è richiesto che l'attività illegittima della P.A. abbia determinato, mediante un giudizio prognostico, una lesione al bene della vita meritevole di protezione secondo l'ordinamento giuridico (17).
Correlata a tale impostazione è la distinzione tra interessi legittimi sostanziali e procedimentali, i primi correlati al bene della vita di cui si chiede tutela e i secondi connessi alla fase endo-procedimentale (18). Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, la mera inosservanza delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, tali da non inficiare la funzione

Note:

(continua nota 10)

in *Giur. it.*, 1971 I, 1, 680 e Puddu, Cass. 24 giugno 1972, n. 2135, in *Foro it.*, 1973, I, 1999, a riconoscere la risarcibilità dei diritti relativi e ad estendere la tutela risarcitoria anche alla lesione dell'aspettativa economica sino a ricomprendere, oltre alla lesione di diritti assoluti e relativi, anche la perdita di *chance*, le legittime aspettative di natura patrimoniale nei rapporti famigliari, nonché di alcune situazioni di fatto, quale il possesso.

(11) Sul dibattito circa la definizione e la natura dell'interesse legittimo si veda M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 116.

(12) *Ex pluribus* Cass., sez. un., 3 luglio 1989, n. 3183, in *Foro it.,* Rep., 1989, voce *Responsabilità civile*, n. 138.

(13) Con riferimento alla mancata risarcibilità dell'interesse legittimo per questioni di natura processuale legate al riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo e il giudice ordinario si veda Cass., sez. un., 21 gennaio 1988 n. 442, in *Giur. It.*, Rep. 1989, voce *«Edilizia e urbanistica»*, n. 565; Cass., sez. un., 10 gennaio 1982, n. 5030 in *Cons. Stato*, 1983, II, 30; Cass., sez. un., 8 febbraio 1972, n. 313, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 253. Il profilo giurisdizionale è stato anche al centro di una disputa tra i supremi organi della giustizia civile e amministrativa, Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, con particolare riferimento alla c.d. pregiudiziale amministrativa, apparentemente risolto dall'introduzione dell'art. 30 D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo). Per una disamina di tale questione, che esorbita dalla presente trattazione, si veda F. Caringella, *La pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, in *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, a cura di G. Pellegrino, Milano, 2008; C. Feliziani, *La pregiudiziale amministrativa come regola* iuris *del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm. Cons. St.*, 2010, 170 ss.; R. Tiscini, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa: la storia continua*, in *Giur. it.*, 2009, 2738 ss.; L.M. Caruso, F. Tallaro, *La pregiudiziale amministrativa. Genesi, ragioni e prospettive «europee» di un contrasto apparentemente insanabile. Azione preventiva per l'annullamento di un atto amministrativo viziato e risarcimento del danno*, in *Giur. di merito*, 2009, 1103.

(14) Art. 13 l. n. 142/1992 che riconosceva al soggetto leso da comportamenti assunti in violazione del diritto comunitario e delle relative norme di recepimento in materia di appalti pubblici il diritto di richiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno; art. 4, comma 8, l. n. 493/1993 che, in materia di concessione edilizia, stabiliva la risarcibilità dei danni cagionati dal comportamento inadempiente della Pubblica Amministrazione; art. 35 D.Lgs. n. 80/1998, poi modificato dalla l. n. 205/2000, che attribuiva al giudice amministrativo il potere di disporre il risarcimento del danno nelle materia di giurisdizione esclusiva dell'edilizia, urbanistica e servizi pubblici.

(15) A. Schreiber, *Il riparto di giurisdizione tra degradazione del diritto e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Foro it.*, 1986, I, 1598 ss.

(16) Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 981, con note di F. Bile, *La sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Suprema Corte di cassazione*; G. Alpa, *Il* revirement *della Corte di cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*; G. Cugurra, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*; R. Caranta, *Responsabilità per lesione di interessi legittimi*; in *Foro it.*, 1999, I, 3201, con note di R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; A. Romano, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; E. Sconditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*.

(17) Sulla meritevolezza dell'interesse della vita si veda A. Luminoso, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 60; E. Navarretta, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in questa *Rivista*, 1999, 595; F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 554.

(18) Sulla distinzione tra interessi finali e procedimentali si veda cfr. M. Occhiena, *Prime riflessioni sugli interessi procedimentali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 728.

dei medesimi, non determina l'obbligo per la P.A. di risarcire il danno, perché la lesione di interessi procedimentali non produce alcuna lesione del bene della vita (19).
Parte della dottrina (20) ha, tuttavia, evidenziato l'irragionevolezza dell'impostazione seguita dalle Sezioni Unite del 1999 nella misura in cui limita la risarcibilità dell'interesse legittimo alla lesione del bene della vita sulla base di un giudizio prognostico.
Per tale indirizzo, infatti, il limite al rischio di indiscriminata risarcibilità risiede non già nella selezione degli interessi degni di tutela risarcitoria, bensì nel danno quale elemento costitutivo della responsabilità aquiliana.
Infatti, pur in presenza di un comportamento illegittimo della P.A., tale requisito potrebbe difettare ovvero, ove in ipotesi le lesione sia relativa a interessi procedimentali, essere di dimensioni assai ridotte. In tutti questi casi si imporrebbe la verifica dell'effettiva incidenza dell'illegittimità nella produzione di un concreto pregiudizio per l'interessato e solo in caso di esito positivo andrebbe accordato il risarcimento del danno (21), indipendentemente, quindi, dal tipo di interesse legittimo leso.
Anche l'interesse procedimentale sarebbe, dunque, suscettibile di tutela risarcitoria, purché sia in concreto dimostrata l'esistenza di conseguenze patrimoniali pregiudizievoli a danno del privato.
In questa prospettiva, a superamento del prevalente orientamento giurisprudenziale, si colloca l'introduzione dell'art. 2-*bis* l. n. 241/1990 ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69 che prevede il risarcimento del danno da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo indipendentemente dal contenuto dell'atto (22).

(Segue): il contatto sociale nella P.A. quale forma alternativa di responsabilità

Come descritto, la responsabilità della P.A. è stata tradizionalmente ricondotta nell'alveo della responsabilità extra contrattuale, cui anche la sentenza in commento aderisce.
Benché tale qualificazione sia ancora oggi ritenuta prevalente nella giurisprudenza amministrativa (23), nell'ultimo decennio si è assistito ad un progressiva estensione anche a tale area del modello di responsabilità c.d. da contatto sociale (24).
Senza alcuna pretesa di esaustività, trattandosi di un profilo non preso in considerazione dalla sentenza in commento, si osserva che tale modello è stato elaborato dalla dottrina civilistica con riferimento alle ipotesi in cui è ravvisabile una situazione relazionale tra due parti - non riconducibile al rapporto del "chiunque" proprio della responsabilità aquiliana - caratterizzata dalla sussistenza in capo ad un soggetto professionale di specifici obblighi di protezione, di avviso, di informazione nei confronti dell'altro, che trovano fondamento normativo nell'espressione "atto o fatto" di cui all'art. 1173 c.c.
La violazione di tali obblighi espressi nelle disposizioni di cui agli artt. 1175, 1176, 1337, 1338 c.c. determina, secondo tale impostazione, il sorgere di una responsabilità da contatto qualificato, cui, in virtù dell'art. 1173 c.c., si applicano le norme in materia di responsabilità contrattuale.
Sorta in relazione alle ipotesi di responsabilità del medico, dipendente di una struttura sanitaria e dell'insegnante per il danno auto-cagionato dall'alun-

Note:

(19) Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 2003, n. 3969, in *Foro amm. Cons. St.*, 2003, 3396; Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2003, n. 6631, in *Foro amm. Cons. St.*, 2003, 2945; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n, 2823, in *Foro amm. Cons. St.*, 2001, 1205. Critica, anche rispetto alla previsione di cui all'art. 21-*octies* l. n. 241/1990 introdotto dalla l. n. 15/2005 che esclude l'annullamento del provvedimento amministrativo viziato se abbia raggiunto lo scopo, E. Scotti, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 567.

(20) A. Orsi Battaglini, C. Marzuoli, *La cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 494; F. Fracchia, *Risarcimento dei danni da lesione di interessi cd. legittimi: deve riguardare i soli interessi a "risultato garantito"?*, in *Foro it.*, 2000, III, 48. A sostegno della fondatezza della decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite di ancorare il risarcimento del danno alla lesione del bene della vita si veda tra gli altri F. D. Busnelli, *Dopo la sentenza 500*, cit., 338.

(21) G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 236.

(22) R. Gisondi, *Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da mero ritardo*, in *Il nuovo procedimento amministrativo*, a cura di F. Caringella, M. Protto, Roma, 2009, 136.

(23) Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478, in *Foro amm.*, 2005, 328; Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5500, in *Foro it.*, 2005, III, 295; Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796, in questa *Rivista*, 2003, 314.

(24) Per una compiuta disamina di tale modello di responsabilità si veda C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 679; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1997, 177 ss., oggi in *La nuova responsabilità civile 3*, Milano, 2006, 443 ss.; Id., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1; Id., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123; L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; F. Benatti, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. civ.*, Torino, 1991, VII, 221; F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, 539; L. Viola, *Inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2010.

no, è stata, successivamente, estesa all'ampia casistica delle erronee informazioni, sia nella fase precontrattuale che in quella post-contrattuale (25), e ai rapporti tra privato e P.A., a tutela dell'affidamento riposto dalla parte debole nei confronti del soggetto professionale (26).
Con riferimento a tale ultima casistica, la dottrina (27) e la giurisprudenza (28) favorevoli a riconoscere la responsabilità da contatto sociale del soggetto pubblico valorizzano gli obblighi di comportamento secondo i generali criteri correttezza e buona fede, nonché gli specifici obblighi di legalità, efficienza, trasparenza e buon andamento espressi dall'art. 97 Cost. e dalla l. n. 241/1990.
In tal modo, il cittadino trova tutela allorché si realizzi una lesione del proprio affidamento tanto nella fase pre-procedimentale, quanto endo-procedimentale o post-procedimentale, rilevando, infatti, non solo il danno arrecato dall'emanazione o per effetto di un atto amministrativo illegittimo, ma anche il danno provocato da un mero comportamento della P.A. in violazione dei citati obblighi di protezione (29).
La qualificazione della responsabilità della P.A. in termini di contatto sociale, lungi dal rappresentare una questione squisitamente dogmatica, comporta diverse conseguenze anche sul piano sostanziale, in termini di superamento del principio di risarcibilità dei danni solo in presenza di una lesione al bene della vita (30); diverso onere probatorio (31); limitazione dei danni risarcibili ai soli danni che era ragionevole prevedere al momento dell'inadempimento in applicazione dell'art. 1225 c.c. (32); decorrenza degli interessi dalla data di proposizione della domanda giudiziale e non dalla realizzazione dell'illecito (33); diverso termine di prescrizione decennale in luogo dei cinque anni previsti per la responsabilità extracontrattuale (34).
La riconducibilità della responsabilità della P.A. all'uno o all'altro modello, tuttavia, non deve trovare la sua *ratio* nei diversi effetti sostanziali, bensì nell'opportunità di riconoscere autonomo fondamento agli obblighi di protezione volti alla tutela del principio di affidamento.

Legittimità del socio

Un ulteriore profilo affrontato nella sentenza in commento attiene alla legittimazione del socio *uti singulus* ad agire nei confronti del terzo (nel caso di specie l'I.S.V.A.P. e il Ministero) per ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza dell'illecito (la sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa) commesso nei confronti di una società di capitali (35).
A riguardo, prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, si registrava un contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità.
Secondo un primo indirizzo, il socio non era titolato ad avanzare tali pretese risarcitorie in quanto il pregiudizio da questi subito non costituiva immediata e diretta derivazione causale, ai sensi dell'art. 1223 c.c., dell'illecito commesso a danno del patrimonio

Note:

(25) Sia consentito il riferimento a V. Montani, *Tra responsabilità civile e contrattuale: il contatto sociale*, in *Nuova giur. comm.*, in corso di pubblicazione.

(26) Per un'ampia disamina delle esigenze di tutela dell'affidamento e della relativa casistica si veda C. Amato, voce *Affidamento (tutela dell')*, in *Dig. civ.*, in corso di pubblicazione.

(27) C. Castronovo, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss.; Id., *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 1241 ss.; M. Protto, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 236; D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 270.

(28) Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1542; Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, in *Giur. it.*, 2003, 794; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, 1; Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78.

(29) S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 176.

(30) F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2009, 28.

(31) Il privato danneggiato deve limitarsi a provare l'esistenza del rapporto, essendo onere dell'amministrazione fornire la prova circa l'esonero della propria responsabilità. Sul punto si veda G.M. Racca, *Gli elementi della responsabilità della Pubblica Amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 138.

(32) R. Giovagnoli, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010, 62.

(33) A. Police, *La quantificazione del danno ingiusto ad opera del giudice amministrativo. Misura del risarcimento ed effettività della tutela*, in Aa.Vv., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 271; R. De Noctolis, *Il risarcimento dei danni cagionati dalla pubblica amministrazione*, Roma, 2006, 100 ss.

(34) F. Cimbali, *La responsabilità da contatto*, Milano, 2010, 164 ss., la quale evidenzia che in tema di azione risarcitoria la diversità tra il modello extra-contrattuale e da contatto sociale è ulteriormente accresciuta con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, il cui art. 30 stabilisce un termine di decadenza di 120 giorni per la proposizione della domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi.

(35) In dottrina si veda F. Funari, *Il risarcimento dei danni nell'azione* ex *art. 2394 c.c.*, in *Soc.*, 2001, 591; M.L. Di Cicco, *Violazione di un patto parasociale: eccesso di potere o risarcimento danni?*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 382; F. Zucconi, *Iscrizione in bilancio di credito da risarcimento danni extracontrattuale*, in *Soc.*, 1996, 451

sociale, con la conseguenza che il risarcimento spettava unicamente alla società (36).
A tale orientamento, si contrapponeva un secondo indirizzo interpretativo che valorizzava la titolarità della quota del singolo socio quale complesso di diritti amministrativi e patrimoniali dotati di autonoma rilevanza rispetto al patrimonio della società, con la conseguente legittimazione dei soci ad agire direttamente a tutela dei propri diritti patrimoniali connessi alla partecipazione sociale (37).
Il contrasto è stato risolto dal recente intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (38), cui la sentenza in commento si conforma, ritenendo che debba essere accolta la tesi restrittiva che nega al socio autonoma titolarità alla pretesa risarcitoria.
In primo luogo, infatti, poiché l'illecito è commesso direttamente ai danni della società di capitali, soggetto dotato di personalità giuridica e di autonomia patrimoniale perfetta, la lesione del diritto della quota di partecipazione del socio costituisce non già una conseguenza immediata e diretta dell'illecito, bensì un effetto riflesso di detto pregiudizio.
Inoltre, poiché il risarcimento ottenuto dalla società incrementa il patrimonio sociale, con conseguente riflesso sulle partecipazioni dei singoli soci, esso esaurisce anche la pretese creditorie di quest'ultimi, che risultano, quindi, indirettamente soddisfatte.

Note:

(36) Cass. 2 giugno 1988, n. 3742 in *Giur. comm.*, 1990, II, 42; Cass. 3 aprile 1995, n. 3903, in *Soc.*, 1995, 1544, con nota di P. Balzarini, *Illecito del terzo: esclusone del risarcimento a favore dei singoli soci*; Cass. 27 giugno 1998, n. 6364, in *Giur. it.*, 1998, 2097; Cass. 1° aprile 2000, n. 82, in *Soc.*, 2000, 699, con nota di F. Collia, *L'intervento del socio in giudizi cui è parte la società*; Cass. 7 maggio 2002, n. 6544, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 56; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17187, in *Giust. civ.*, 2003, I, 34; Cass. 19 agosto 2003, n. 12114, in *Giust. civ.*, Mass., 2003, 7; Cass. 8 settembre 2005, n. 17938, in *Foro it.*, 2006, 2159.

(37) Cass. 13 gennaio 1999, n. 294, in *Giur. it.*, 1999, 763; Cass. 9 luglio 1997, n. 6201, in *Giust. civ., Mass.*, 1997, 1165.

(38) Cass., sez. un., 24 dicembre 2009, n. 27346 in *Corr. giur.*, 2010, 2, 159, con nota di V. Carbone, *Danni prodotti da società di revisione e legittimazione al risarcimento*; in *Giur. it.*, 2010, 5, con nota di M. Spiotta, *La nozione di ''danno diretto'' (nella fattispecie, da negligente revisione) secondo le Sezioni unite.*

LIBRI

COLLANA: **Diritto e processo penale oggi**
Diretta da F. Palazzo e G. Spangher

I reati tributari

di Antonio D'Avirro e Marco Giglioli

Il volume, nelle due parti di cui si compone, offre una visione completa del **diritto penale tributario** (contenuto nel D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74), descrivendo le principali ipotesi di delitti.
Il capo II del titolo II del D.Lgs. n. 74/2000 (**delitti in materia di documenti e pagamenti di imposte**) è stato oggetto di ripetuti e rilevanti interventi legislativi. Nel giro di appena sei anni (dal 2004 al 2010) il Legislatore ha, infatti, introdotto **quattro nuove fattispecie incriminatrici** (artt. 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11, comma 2) che hanno spostato il baricentro del sistema penale tributario a favore dei fatti "esterni" alla dichiarazione fiscale: **omesso versamento di ritenute certificate, omesso versamento di IVA, indebita compensazione, sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte**.
Da ultimo, con il **D.L. n. 138/2011, convertito con la l. 16 settembre 2011, n. 148**, sono state introdotte nel D.Lgs. n. 74/2000 una serie di modifiche, finalizzate, da un lato ad allargare il campo di applicazione delle fattispecie penali tributarie, dall'altro ad **inasprire il sistema sanzionatorio** al fine di **disincentivare l'evasione**.
L'opera, dal **taglio pratico** nei contenuti e nella struttura affronta in modo **specifico**, **aggiornato** e **completo** l'argomento e rappresenta un **indispensabile strumento di lavoro** per gli operatori del diritto.

Ipsoa 2012, Pagg. 416, Euro 35,00

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

LA LEGGE plus

Legislazione
Formule
Utilities
Fast Information
Contenuti specialistici
Riviste
Giurisprudenza
Software gestionale

Y39DP_LE

Banca Dati on line LA LEGGE PLUS

integrata con le migliori banche dati specialistiche per il professionista legale

il tuo **successo** al centro del nostro **sistema**

Le Società e il Diritto Industriale on line

Il Fallimento e il Curatore Fallimentare on line

I Contratti on line

Uniche sul mercato con i Codici Commentati on line in continuo aggiornamento

provala su:
www.ipsoa.it/lalegge

Contratti derivati

Contratto di *interest rate swap*, danni futuri e tutela cautelare

TRIBUNALE DI TREVISO, Sez. II, 10 novembre 2011, ord. - Pres. e Rel. Fabbro - Banca Alfa contro Società Beta

È ammissibile e fondata la domanda cautelare, avente a oggetto un contratto di *interest rate swap*, finalizzata a inibire futuri addebiti sul conto corrente del cliente da parte dell'intermediario finanziario, nel caso in cui un lodo arbitrale abbia già riconosciuto la responsabilità della banca per violazione del dovere informativo e della regola di adeguatezza nonché per comportamento in conflitto d'interessi.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Trib. Bari, 15 luglio 2010, ord., in *Contratti*, 2011, 244 ss., con note di Orefice e Pisapia.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti specifici difformi.

… *Omissis* …
Premesso che:
– accogliendo il ricorso proposto da …, con ordinanza emessa il 16 luglio 2011, il Giudice Unico presso il Tribunale di Montebelluna sospendeva l'esecuzione del contratto *interest rate swap* n. 3055/06 concluso tra le parti e ordinava a … di non operare ulteriori addebiti in esecuzione di esso; ordinava alla banca di provvedere alla cancellazione della segnalazione di … alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, in dipendenza, anche solo indiretta, di addebiti operati in esecuzione di detto contratto, previo storno dell'operazione contabile di addebito del 18 aprile 2011 (di euro 133.600); compensava le spese;
– avverso tale ordinanza proponeva reclamo … deducendo: la violazione del diritto di difesa; l'inammissibilità del ricorso cautelare proposto in forza della preclusione imposta dal principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile; l'insussistenza del *fumus boni iuris*, a causa di numerosi profili di nullità che viziano il lodo arbitrale posto dal Giudice Unico a fondamento della propria decisione; l'insussistenza del *periculum in mora*;
– resisteva la … chiedendo il rigetto del ricorso;
– le parti si scambiavano memorie autorizzate e infine, all'udienza collegiale del 4 novembre 2011, discutevano la causa riportandosi alle istanze e domande di cui ai rispettivi atti.

Motivazione

Il Tribunale,
ritenuto che:
1) l'eccezione relativa alla mancata concessione di un termine a difesa è infondata, in quanto l'art. 669-*sexies* c.p.c. impone al giudice solo di sentire le parti e di garantire un contraddittorio essenziale; né prevede termini a difesa; la questione è comunque superata, se non altro perché in questa fase la banca ha avuto la più ampia possibilità di difendersi;
2) … critica la decisione impugnata sostenendo che il lodo arbitrale avrebbe già delimitato l'area del danno risarcibile, precludendo a … di agire in giudizio per il risarcimento dell'asserito ulteriore danno, visto che tale danno ulteriore troverebbe sempre causa nello stesso fatto generatore oggetto del procedimento arbitrale (ossia nel contratto di *IRS* n. 3055/06). L'eccezione è infondata in quanto da un lato non si rinviene negli atti del giudizio arbitrale una manifestazione di volontà della … di rinunciare al risarcimento dei danni futuri (e incerti, considerate le caratteristiche speculative del contratto di *IRS*) che avrebbero potuto verificarsi dopo la pronuncia degli arbitri in conseguenza del fatto illecito precontrattuale della banca (difetto informativo e conflitto di interessi); dall'altro gli stessi arbitri danno atto della risarcibilità dell'eventuale danno futuro, "se necessario a seguito di altro giudizio" (p. 24 del lodo), lasciando quindi impregiudicata ogni domanda fondata su fatti (anche) sopravvenuti alla loro decisione, o più precisamente, al momento in cui le parti avevano definitivamente precisato le rispettive conclusioni. Il fatto illecito generatore di danno è unico (e consiste, come si è visto, nel mancato assolvimento degli obblighi di informazione da parte della banca nella fase precontrattuale), gli eventi dannosi sono invece plurimi e non prevedibili, neppure in ordine all'*an*, dato che si realizzano solo in dipendenza di altri fatti (l'andamento dei titoli, indici o prodotti finanziari che costituiscono il sottostante del derivato). Conse-

guentemente la domanda risarcitoria dei danni futuri non può essere utilmente proposta se non successivamente al loro verificarsi, dato che, in virtù delle particolari caratteristiche del rapporto, nessuno è in grado di stabilire se e in quale misura potrà verificarsi il temuto danno futuro. Tale è stata nel giudizio arbitrale la condotta di … che si è limitata a chiedere che gli arbitri si pronunciassero sul danno fino a quel momento verificatosi. La domanda cautelare, finalizzata a evitare che altri effetti dannosi successivi alla pronuncia arbitrale si producano in capo al danneggiato è quindi ammissibile. Proprio la circostanza che il contratto intercorso tra le parti mantenga validità ed efficacia (siccome non risolto, né dichiarato nullo) spiega perché il contratto possa continuare a produrre danni dipendenti dal fatto illecito precontrattuale e dalla congiuntura sfavorevole (per il cliente) del sottostante.
Nulla muta neppure, rispetto a quanto fondatamente ritenuto dagli arbitri, per ciò che concerne il nesso di causalità tra l'illecito e gli eventi dannosi, anche successivi alla pronuncia del lodo: lo schema causale è identico.
3) A fronte della considerazione che il lodo arbitrale è comunque una pronuncia destinata a fare stato tra le parti, salve le risultanze degli eventuali esperimenti impugnatori che la legge consente, non si ritiene di dover riesaminare le questioni di diritto e di merito che furono oggetto del procedimento arbitrale, ché altrimenti la procedura cautelare si trasformerebbe in un mezzo surrettizio di impugnazione di quella pronuncia: deve quindi il Tribunale limitarsi a verificare che la detta pronuncia non risulti affetta da evidenti vizi di nullità;
4) tale verifica è, nel caso di specie, negativa, dato che il lodo non appare, a un esame necessariamente sommario, qual è quello consentito in questa sede, manifestamente affetto da nessuno dei numerosi profili di nullità eccepiti dalla banca;
5) correttamente quindi il giudice della prima fase ha ritenuto di considerare provato il *fumus boni iuris* alla luce del lodo arbitrale: la violazione degli obblighi informativi e del divieto di operare in situazione di conflitto d'interessi è la medesima sia per i danni accertati fino alla precisazione delle conclusioni nell'ambito del giudizio arbitrale, sia per quelli successivi, estranei all'oggetto del giudizio arbitrale;
6) sussiste altresì il *periculum in mora*, costituito dalla possibile rilevante diminuzione delle disponibilità di danaro conseguente agli addebiti dei differenziali, dalla probabile maggior difficoltà di accesso al credito bancario, dai riflessi negativi di immagine che potrebbero derivare alla … dalla segnalazione alla Centrale Rischi.
Il reclamo va quindi respinto.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P. Q. M.

il Tribunale rigetta il reclamo.
... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Valerio Sangiovanni (*) (**)

L'ordinanza del Tribunale di Treviso tocca alcuni aspetti di sicuro interesse nell'ambito dell'ampio contenzioso in materia di contratti derivati pendente davanti ai tribunali italiani. Premessa l'inosservanza di norme di comportamento da parte della banca, accertata da lodo, la condivisibile soluzione dell'autorità giudiziaria trevigiana è nel senso che gli accertamenti contenuti nel lodo possono costituire il fondamento per inibire alla banca ulteriori addebiti, laddove non emergano in sede cautelare chiari elementi di nullità della pronuncia arbitrale. La tutela cautelare avrebbe potuto prescindere da una previa pronuncia nel merito, ma la decisione del Tribunale di Treviso è nel caso specifico certamente facilitata dalla presenza di un lodo che ha già deciso nel merito.

Introduzione

L'ordinanza del Tribunale di Treviso in commento costituisce una nuova tappa del progressivo evolversi di un ampio contenzioso in materia di contratti derivati (1), che vede contrapporsi i clienti (indebitati) e le banche.

Note:

(*) Per nomina di Banca d'Italia l'autore è componente supplente dell'organo decidente dell'Arbitro Bancario Finanziario nel collegio di Milano. Le considerazioni svolte e le opinioni espresse hanno carattere personale e non rappresentano, né ovviamente possono vincolare, la posizione del collegio.

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

(1) In materia di contratti derivati cfr. le monografie di Caputo Nassetti, *I contratti finanziari derivati*, II ed., Milano, 2011; Girino, *I contratti derivati*, II ed., Milano, 2010. Inoltre v., sotto diversi profili e per limitarsi ad alcuni dei più recenti contributi, Antonioli, *Enti pubblici e strumenti finanziari: i nuovi confini della finanza globale*, in *Dir. econ.*, 2011, 19 ss.; D'Auria, *Strumenti finanziari derivati, competenza legislativa statale e regionale*, in *Foro it.*, 2010, I, 3276 ss.; Fantetti, *I contratti degli enti pubblici*

(segue)

Se si analizza sistematicamente la giurisprudenza in materia di contratti derivati degli ultimi anni, si rileva che buona parte delle relative controversie concerne la nozione di operatore qualificato di cui all'art. 31 dell'ormai abrogato reg. Consob n. 11522/1998 (2). Sul punto (anche se, tecnicamente, con riferimento a un precedente regolamento Consob, peraltro quasi identico al successivo reg. n. 11522/1998) è infine intervenuta la Corte di cassazione affermando che, ai fini dell'appartenenza del soggetto che stipula il contratto con l'intermediario finanziario alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari, la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla dichiarazione già in suo possesso; pertanto, salve allegazioni contrarie in ordine alla discordanza fra contenuto della dichiarazione e situazione reale, tale dichiarazione può costituire argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione *ex* art. 116 c.p.c. anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base a elementi obiettivi di riscontro (3).

L'autorità giudiziaria trevigiana, nell'ordinanza in commento, si occupa però di questioni diverse da quella della figura dell'operatore qualificato. Il principio di diritto enunciato dal Tribunale di Treviso è piuttosto complesso e, al fine di comprenderlo in tutte le sue sfaccettature, è opportuno procedere per piccoli passi. Dapprima ci occuperemo di cosa sia un contratto derivato e delle sue caratteristiche, in particolare del fatto che può dar luogo a plurimi addebiti - a determinate scadenze - a carico del cliente bancario. In secondo luogo tratteremo delle norme di comportamento che gli intermediari finanziari sono tenuti a osservare in generale nella prestazione dei servizi d'investimento e specificamente anche nella conclusione di contratti derivati. L'inosservanza di tali regole di condotta obbliga la banca a risarcire il danno che la controparte contrattuale ha subito: nel contesto di un contratto di *swap* su tassi d'interesse il danno consiste negli addebiti a carico del cliente.

In considerazione del carattere d'urgenza del provvedimento in commento ci occuperemo anche della tutela di tipo cautelare di cui gode il cliente che abbia concluso un contratto derivato (4). L'affermazio-

Note:

(continua nota 1)

locali in strumenti finanziari derivati, in *Resp. civ.*, 2010, 739 ss.; Girino, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 35 ss.; Luberti, *Strumenti finanziari derivati: legittime le limitazioni all'autonomia negoziale degli enti locali*, in *Giur. it.*, 2010, 2022 ss.; Maffeis, *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 604 ss.; Piccinini, *La trasparenza nella distribuzione di strumenti finanziari derivati ed il problema dell'efficacia delle regole informative*, in *Contr. impr.*, 2010, 499 ss.; Piras, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2219 ss.; Sangiovanni, *Conclusione di contratti derivati e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 2010, 26 ss.; Sangiovanni, *I contratti derivati fra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 39 ss.; A. Scognamiglio, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 18 ss.; Tarolli, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i* credit derivatives, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1169 ss.

(2) Fra gli interventi che si occupano del recente contenzioso connesso alla conclusione di contratti derivati, con particolare riferimento alla nozione di operatore qualificato, cfr. Autelitano, *I derivati conclusi dagli "operatori qualificati": interesse del cliente e contratto unitario di cooperazione*, in *Contratti*, 2011, 772 ss.; Claris Appiani, *Valore probatorio della "dichiarazione di operatore qualificato" e doveri informativi passivi dell'intermediario*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 276 ss.; Fiorio, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. it.*, 2008, 2241 ss.; Girino, *Sulla dichiarazione autoreferenziale di operatore qualificato e sui residuali oneri di verifica dell'intermediario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 509 ss.; Lillo, *I concetti di "esperienza" e "competenza" e la sottoscrizione della dichiarazione di "operatore qualificato" alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 551 ss.; Motti, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. it.*, 2008, 1167 ss.; Piras, *Operazioni inadeguate su derivati e dichiarazione di operatore qualificato: tutela dell'investitore* ex *art. 700 c.p.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 513 ss.; Salatino, *Contratti di* swap. *Dall'"operatore qualificato" al "cliente professionale": il tramonto delle dichiarazioni "autoreferenziali"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 201 ss.; Sangiovanni, *L'informazione degli intermediari sui contratti derivati e l'(in-)certezza del diritto*, in *Corr. mer.*, 2011, 814 ss.; Sangiovanni, *Dichiarazione del contraente e strumenti finanziari derivati degli enti territoriali*, in *Nuova rass.*, 2010, 1161 ss.; Sesta, *La dichiarazione di operatore qualificato* ex *art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed autoresponsabilità del dichiarante*, in *Corr. giur.*, 2008, 1751 ss.; Severi, *Operatore qualificato ed onere della prova*, in *Resp. civ.*, 2011, 575 ss.

(3) Cass. 26 maggio 2009, n. 12138, in questa *Rivista*, 2009, 1067 ss., con nota di Sangiovanni; in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, 265 ss., con nota di Barillà; in *Contratti*, 2009, 869 ss., con nota di Autelitano; in *Corr. giur.*, 2009, 1611 ss., con nota di Sesta; in *Foro it.*, 2010, 121 ss., con note di Palmieri e La Rocca; in *Giur. it.*, 2009, 2711 ss., con nota di Aiello; in *Obbl. contr.*, 2011, 507 ss., con nota di Grasselli; in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, II, 115 ss., con nota di Brescia Morra; in *Società* 2010, 308 ss., con note di Micciché e Tatozzi nonché di Magno e Dodaro.

(4) È appena il caso di rilevare che il provvedimento in commento non consiste in una sentenza, bensì in un'ordinanza pronunciata in via cautelare ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. Con ta-

(segue)

ne del Tribunale di Treviso è nel senso che chi ottenuto una pronuncia arbitrale a sé favorevole, attestante che la conclusione del contratto è avvenuta in violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari, può inibire alla banca futuri addebiti in conto corrente. Da un lato l'autorità giudiziaria trevigiana è del parere che sussista la fondatezza della pretesa del cliente (avendo il lodo accertato la violazione di alcune norme di comportamento); dall'altro ritiene sussistere il pericolo di un danno imminente e irreparabile, potendo ben presto il contratto derivato determinare ulteriori addebiti (e la segnalazione in Centrale Rischi). Per tali ragioni il Tribunale di Treviso inibisce alla banca ulteriori addebiti.

Il funzionamento dei contratti di *swap* su tassi d'interesse

Nel caso affrontato dal Tribunale di Treviso è stato concluso fra le parti un contratto di *interest rate swap* (5), che appartiene al genere dei contratti derivati. La legge non definisce i contratti derivati (limitandosi a elencare determinati contratti - art. 1, comma 2, t.u.f. - che, per le loro caratteristiche, vengono definiti come "derivati" - art. 1, comma 3, t.u.f.). Ai nostri fini è sufficiente rilevare che i contratti derivati si caratterizzano per il fatto che la prestazione cui è tenuta una delle parti "deriva" dall'andamento di certi parametri sottostanti variabili. Nel caso di un contratto di *swap* su tassi d'interesse, il parametro di riferimento sono i tassi d'interesse sottostanti.

La conclusione del contratto derivato è generalmente preceduta da un altro rapporto intercorrente fra le parti, per effetto del quale è sorta una situazione debitoria del cliente nei confronti all'intermediario finanziario. Tipicamente la banca ha precedentemente concesso un finanziamento a tasso variabile. I mutui a tasso variabile sono rischiosi per il debitore, in quanto se i tassi si alzano l'onere finanziario diventa più pesante e - qualora l'aumento dei tassi sia consistente - può diventare non più gestibile. Le difficoltà finanziarie emergono con facilità in quanto l'aumento dei tassi va a colpire proprio un soggetto già indebitato che, oltre a dover restituire il capitale al suo valore nominale, si trova esposto alla necessità di corrispondere interessi in misura talvolta non più sopportabile.

Per far fronte al rischio dell'aumento dei tassi d'interesse, può essere concluso un contratto di *swap*. Tale contratto produce l'effetto per così dire di "trasformare" il tasso da variabile a fisso. In alcuni casi il contratto di *swap* è strutturato come segue: si prevede che se il tasso variabile supererà una determinata soglia (ad esempio il 7%), il cliente non sarà costretto a pagare tutto il tasso, ma potrà limitarsi a pagare il 7%. Contemporaneamente si prevede però che, se il tasso scenderà sotto un determinato livello (ad esempio il 4%), la società continuerà a pagare comunque il 4% d'interessi. Lo *swap* sui tassi d'interessi può pertanto rivelarsi favorevole all'intermediario finanziario oppure all'altra parte a seconda dell'andamento dei tassi di riferimento: se i tassi si alzano, il contratto può rivelarsi favorevole per il cliente, che ha la garanzia di non pagare eccessivi oneri finanziari; viceversa, quando i tassi si abbassano, il contratto è favorevole per l'intermediario finanziario, che continua a incassare un interesse maggiore di quello minimo di mercato. In definitiva gli *swap* su tassi d'interesse sono delle scommesse sul futuro andamento dei tassi (6).

Note:

(continua nota 4)

le ordinanza il Collegio rigetta il reclamo presentato dall'intermediario finanziario e conferma invece l'ordinanza del Giudice Unico pronunciata *ex* art. 700 c.p.c. (Trib. Treviso, 18 luglio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*). Come è noto, il meccanismo delle garanzie in sede cautelare prevede la decisione di un giudice unico che può però essere immediatamente reclamata al collegio: in questo modo, pur nel rispetto delle esigenze di celerità che sono connaturate al sistema cautelare, vi è una decisione collegiale - e, dunque, maggiormente ponderata - sulla questione sottoposta all'attenzione dell'autorità giudiziaria. In tema di reclamo cautelare cfr. la monografia di Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002. V. inoltre De Cristofaro, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, in *Giur. it.*, 1994, I, 215 ss.; Giordano, *Note minime in tema di reclamo cautelare incidentale*, in *Giur. mer.*, 2008, 1901 ss.; Longo, *Questioni di legittimità costituzionale del reclamo cautelare: riti a confronto*, in *Società*, 2007, 1525 ss.; Ronco, *Chi deve decidere chi decide il reclamo cautelare?*, in *Giur. it.*, 2010, 1149 s.

(5) In materia di contratti di *swap* cfr. Aa.Vv., *Derivati e* swaps. *Responsabilità civile e penale*, a cura di Sirotti Gaudenzi, Santarcangelo di Romagna, 2009; Capaldo, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di* swap, Milano, 1999. V. inoltre Bencini, Interest rate swap *e* periculum in mora, in *Foro tosc.*, 2010, 23 ss.; Caputo Nassetti, *Contratto* swap *con ente pubblico territoriale con pagamento* upfront, in *Giur. comm.*, 2011, II, 196 ss.; Consolo-Stella, *L'avventuroso spirito del celebre Morgan non affonda ai Caraibi … è vivo, e imperversa nell'Europa continentale con la vendita dei* credit default swap (cds) *agli enti pubblici locali*, in *Corr. giur.*, 2011, 1066 ss.; Gilotta, *In tema di* interest rate swap, in *Giur. comm.*, 2007, II, 134 ss.; Racugno, *Lo* swap, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 39 ss.; Salatino, *La diffusione dei contratti di* swap *nella prassi commerciale italiana: un nuovo scandalo finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 116 ss.; Sangiovanni, *I contratti di* swap, in *Contratti*, 2009, 1133 ss.; Schiavone, *Swap*, in Aa.Vv., *Contratti. Formulario commentato*, a cura di Macario, Milano, 2011, 1972 ss.; Sirotti Gaudenzi, *Il contratto di* swap*: aspetti civilistici e responsabilità degli intermediari*, in *Foro pad.*, 2009, II, 51 ss.; Vesentini, *Il giudice si pronuncia sui derivati utilizzati dagli Enti Locali: l'*up front *nei contratti di* interest rate swap, in *Resp. civ.*, 2010, 825 ss.

(6) In materia di gioco e scommessa cfr. la monografia di Paradiso, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003.

Le considerazioni svolte consentono d'individuare due delle caratteristiche fondamentali dei contratti di *swap*. Sotto un primo profilo essi svolgono una funzione di copertura: esiste un rischio e, rispetto a tale rischio, una delle parti intende tutelarsi. La copertura del rischio non è però assoluta, in quanto i contratti derivati sono anche aleatori (7): siccome le prestazioni cui sono tenute le parti non possono essere predeterminate con certezza (dipendendo dalla variazione dei parametri sottostanti), può capitare che il soggetto che intendeva "coprirsi" non ottenga questo risultato e anzi subisca, in definitiva, un esborso maggiore.
I contratti di *swap* sono contratti destinati a durare nel tempo, con una durata che può variare da caso a caso. Nella fattispecie affrontata dal Tribunale di Treviso la durata prevista del contratto era di dieci anni (dal luglio 2006 al luglio 2016). Secondo un primo modello di strutturazione dei contratti di *swap*, l'addebito a carico dell'una o dell'altra parte va effettuato una volta sola alla scadenza del contratto: la parte che in tale data si trova a debito nei confronti dell'altra corrisponde il dovuto. Tuttavia, in alternativa (e con maggiore frequenza nella prassi), i contraenti concordano più date, allo scadere delle quali quello fra essi che sarà stato beneficiato dal positivo andamento dei tassi addebiterà quanto dovuto alla controparte. Nel caso affrontato dal Tribunale di Treviso il contratto prevedeva termini trimestrali nei quali operare gli addebiti. Nell'imminenza di una scadenza (prevista per il 18 luglio 2011), il cliente si rivolge al Tribunale per chiedere che vieti l'addebito. La controparte dell'intermediario finanziario chiede altresì che venga inibito alla banca di procedere a ulteriori futuri, per quanto eventuali, addebiti.

Le norme di comportamento degli intermediari finanziari nella conclusione di contratti derivati

Considerata dal punto di vista dell'intermediario finanziario, la conclusione di un contratto derivato è prestazione di un servizio d'investimento: conseguentemente devono essere osservate le disposizioni del t.u.f. concernenti tale materia (8).
La prima delle regole desumibili dal t.u.f. concerne il requisito di forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria: i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento devono essere redatti per iscritto (art. 23, comma 1, t.u.f.). Nonostante la questione della forma del contratto d'intermediazione finanziaria sia al centro di una significativa parte del contenzioso fra clienti e intermediari (9), nel caso affrontato dal Tribunale di Treviso non si sono posti problemi al riguardo. Tralasceremo pertanto nel prosieguo di occuparci di questa problematica.
Rilievo hanno invece nel caso di specie le c.d. "norme di comportamento" che gli intermediari, nella prestazione dei servizi d'investimento, devono osservare: l'art. 21 t.u.f. contiene tali prescrizioni (10). Fra le regole di condotta meritano di essere menzionati - in particolare - il dovere informativo in capo alle banche, il dovere di compiere investimenti adeguati e il dovere d'identificare e gestire i conflitti d'interessi.

Note:

(7) Sui contratti aleatori cfr. Balestra, *Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 665 ss.; Franzoni, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. impr.*, 2011, 417 ss.; Pierazzi, *L'alea nei contratti*, in *Contr. impr.*, 2011, 251 ss.; Strocchia, *Operazioni in derivati per la gestione del debito e normativa relativa*, in *Nuova rass.*, 2007, 1198 ss.; Zaccaria, *L'alea nel contratto di rendita vitalizia*, in *Studium Iuris*, 2009, 775 ss.

(8) Cass. 17 febbraio 2009, n. 3773, in questa *Rivista*, 2009, 503 ss., con nota di Sangiovanni; in *Dir. prat. soc.*, 2009, fasc. n. 11, 53 ss., con nota di Fantetti; in *Giur. it.*, 2010, 2326 ss., con nota di Luberti, ha statuito che, pure nel caso d'intermediazione finanziaria avente a oggetto prodotti ad alto rischio quali i contratti derivati, la natura aleatoria dei prodotti sottoscritti non esonera la banca dall'osservanza degli obblighi legali che scaturiscono dal rapporto instaurato con l'investitore.

(9) Relativamente al requisito di forma dei contratti d'intermediazione finanziaria cfr. il contributo monografico di Semeghini, *Forma* ad substantiam *e* exceptio doli *nei servizi di investimento*, Milano, 2010. Leggi inoltre Baratella, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, 688 ss.; Barenghi, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una* ratio decidendi *e troppi* obiter dicta, in *Giur. mer.*, 2007, 59 ss.; D'Auria, *Forma "*ad substantiam*" e uso selettivo della nullità nei contratti di investimento*, in *Corr. mer.*, 2011, 703 ss.; Della Vecchia, *Forma dei contratti e obblighi informativi nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Società*, 2011, 682 ss.; Della Vedova, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 161 ss.; Morandi, *Prestazione dei servizi di investimento: forma dei contratti e regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Obbl. contr.*, 2008, 919 ss.; Pisapia, *Servizi di investimento, ordini di negoziazione e requisiti di forma*, in *Società*, 2008, 1396 ss.; Sangiovanni, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*, in *Corr. mer.*, 2011, 140 ss.; Sangiovanni, *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto-quadro*, in *Giur. it.*, 2009, 1682 ss.; Scoditti, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, I, 190 ss.

(10) In materia di norme di comportamento degli intermediari finanziari v. Aa.Vv., *I soldi degli altri: servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, a cura di Perrone, Milano, 2008; Annunziata, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari: l'esperienza francese, inglese e italiana*, Milano, 1993; Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari: disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004. Più in generale sulla tutela del risparmiatore cfr. Barcellona, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009.

Il dovere informativo trova espressione nell'art. 21, comma 1, lett. a, t.u.f., nel passaggio in cui si prevede che nella prestazione dei servizi d'investimento i soggetti abilitati devono acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati (11). Vi è pertanto un doppio flusso informativo: dai clienti agli intermediari e poi, viceversa, dagli intermediari ai clienti. Le banche devono dapprima raccogliere informazioni dagli investitori, in quanto solo conoscendo tutte le loro caratteristiche (*know your customer rule*) è possibile suggerire investimenti adatti. Inoltre gli intermediari devono sempre informare i clienti, affinché il loro consenso agli investimenti sia effettivamente informato. Fra banche e investitori sussiste una differenza significativa di competenze: le prime sono soggetti che operano professionalmente sui mercati e conoscono i rischi connessi all'operatività in strumenti finanziari, diversamente dai secondi. Per questa ragione il legislatore esige che i clienti vengano resi edotti anticipatamente delle conseguenze degli investimenti che effettuano. La regola di adeguatezza non ha - stranamente - un riscontro normativo di rango primario, trovando invece il proprio fondamento nella normativa regolamentare della Consob (12). Attualmente le disposizioni di riferimento sono gli artt. 39 e 40 reg. Consob n. 16190/2007. Senza entrare in dettaglio nelle previsioni regolamentari, basta qui ricordare che la normativa secondaria impone agli intermediari - sulla base delle informazioni ricevute dal cliente - di valutare che la specifica operazione consigliata o realizzata nel quadro della prestazione del servizio di gestione di portafogli corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente, sia di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento e sia di natura tale per cui il cliente possieda le necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all'operazione o alla gestione del suo portafoglio (art. 40, comma 1, reg. n. 16190/2007).
In materia di conflitto d'interessi la legge prevede che nella prestazione dei servizi d'investimento gli intermediari adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti d'interessi che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interes-

Nota:

(11) Sul dovere informativo degli intermediari finanziari cfr. la monografia di Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010. Più in generale sul ruolo dell'informazione nei mercati finanziari v. Facci, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009; Sartori, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011. Cfr. inoltre Alpa, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Econ. dir. terz.*, 2009, 395 ss.; Bertolini, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2333; R. Bruno, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e "necessaria"*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 391 ss.; Callegari, *Tre sentenze in tema di informazione finanziaria: con qualche annotazione a margine*, in *Giur. it.*, 2011, 873 ss.; Frumento, *Le informazioni fornite ai clienti*, in Aa.Vv., *La Mifid in Italia*, a cura di Zitiello, Torino, 2009, 279 ss.; Gobio Casali, *Prodotti assicurativi finanziari: disciplina normativa, qualificazione giuridica e tutela informativa del risparmiatore*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 301 ss.; Graziuso, *Le conseguenze risarcitorie della violazione dell'obbligo di informare adeguatamente il risparmiatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1352 ss.; Greco, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediale e la "tranquillità" della tradizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2561 ss.; Greco, *Obbligazioni Cirio e violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della* roulette *della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 428 ss.; Maragno, *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1280 ss.; Musco Carbonaro-Pantaleo, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - Gli obblighi informativi*, in Aa.Vv., *La Mifid*, cit., 917 ss.; Natoli, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, 67 ss.; Purpura, *Strumenti finanziari e dovere di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto con la normativa* post *Mifid*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 609 ss.; F. Romeo, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 647 ss.; Sartori, *Violazione delle regole informative e modelli di responsabilità*, in Aa.Vv., *L'attuazione della Mifid in Italia*, a cura di D'Apice, Bologna, 2010, 615 ss.; Sangiovanni, *Informazione sull'adeguatezza dell'operazione finanziaria e dovere di astenersi*, in *Corr. giur.*, 2009, 1257 ss.; Sangiovanni, *Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007, 363 ss.; Tuccini, *Alcune importanti puntualizzazioni in tema di limiti al dovere di informazione da parte degli intermediari finanziari*, in *Foro pad.*, 2011, I, 346 ss.

(12) In materia di regola di adeguatezza cfr. Antonucci, *Declinazioni della* suitability rule *e prospettive di mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 728 ss.; Fiorio, *Onere della prova, nesso di causalità ed operazioni non adeguate*, in *Giur. it.*, 2010, 343 ss.; Frumento, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva Mifid*, in *Contratti*, 2007, 583 ss.; Greco, *Intermediazione finanziaria: rimedi e adeguatezza in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2556 ss.; Guadagno, *Inadeguatezza e nullità virtuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 460 ss.; Malerba-Bentoglio, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - I profili di adeguatezza e appropriatezza*, in Aa.Vv., *La Mifid*, cit., 939 ss.; Mazzini, *La giurisprudenza sull'adeguatezza dell'operazione del cliente*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, 605 ss.; Sangiovanni, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, in *Corr. giur.*, 2010, 1385 ss.; Sangiovanni, *Operazioni inadeguate e doveri informativi dell'intermediario finanziario*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 557 ss.; Santocchi, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediari e cliente*, in Aa.Vv., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli-Lener, 1° vol., Torino, 2011, 281 ss.; Sartori, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 25 ss.; Spreafico-Pennati, *L'adeguatezza e l'appropriatezza*, in Aa.Vv., *La Mifid*, cit., 327 ss.

si dei clienti; informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti d'interessi quando le misure adottate non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato (art. 21, comma 1-*bis*, t.u.f.) (13).

Il problema dell'identificazione dei corretti rimedi a disposizione degli investitori

Nel caso affrontato dal Tribunale di Treviso un precedente lodo pronunciato nella medesima controversia fra le parti aveva accertato che l'intermediario finanziario aveva violato alcune delle norme di comportamento che deve rispettare nella prestazione dei servizi d'investimento, in particolare non aveva osservato i suoi doveri informativi, quelli in materia di adeguatezza e quelli in tema di conflitto d'interessi. Si pone così il problema di definire quali siano le conseguenze dell'inosservanza delle regole di condotta delle banche. Il dilemma sul rimedio "corretto" nasce dal fatto che il legislatore, con scelta a mio avviso criticabile, è silente sul punto: l'art. 21 t.u.f. si limita a elencare le norme di comportamento delle banche, ma non dice affatto cosa debba succedere in caso di loro violazione. Le soluzioni originariamente proposte dalla giurisprudenza sono state variegate; in questa sede non possiamo analizzarle tutte in dettaglio.

Ciò che conta invece evidenziare ai nostri fini è che, sul punto, è infine intervenuta la Corte di cassazione a sezioni unite, affermando che la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o di disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria (14).

Di norma dunque il rimedio utilizzabile dal contraente è quello di chiedere il risarcimento del danno che abbia subito per effetto dell'inosservanza delle norme di comportamento. Si tratta di ciò che è avvenuto nel caso affrontato dal Tribunale di Treviso: il lodo ha condannato l'intermediario finanziario a risarcire il danno subito dal cliente in conseguenza della violazione delle regole di condotta.

In certi casi, nel contesto dell'intermediazione finanziaria, è possibile ottenere anche la nullità del contratto (per difetto di forma) oppure la risoluzione del medesimo (per inadempimento grave della banca (15)). Nel caso affrontato dal Tribunale di Treviso, ciò non è avvenuto: gli arbitri si sono limitati a condannare l'intermediario al risarcimento del danno. Il contratto non è pertanto stato intaccato da alcun rimedio restitutorio ed è rimasto in forza. Esattamente qui si nasconde il pericolo principale per il cliente dalla banca: dal momento che il contratto è tuttora valido e ha una durata di dieci anni,

Note:

(13) In tema di conflitto d'interessi nell'intermediazione finanziaria cfr. Callegaro, *Validità del contratto, conflitti di interesse e responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2010, 605 ss.; Mariani-Zanini, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - Il conflitto di interessi*, in Aa.Vv., *La Mifid*, cit., 957 ss.; Mocci, *Il conflitto di interessi: mappatura dei conflitti, costruzione della* conflict policy*, registro dei conflitti di interessi*, in Aa.Vv., *La Mifid*, cit., 170 ss.; Lener, *Conflitti di interesse fra intermediario e cliente*, in Aa.Vv., *I contratti*, cit., 313 ss.; C. Romeo, *Il conflitto d'interessi nei contratti di intermediazione*, in *Contratti*, 2009, 441 ss.; Sartori, *Il conflitto di interessi fra intermediari e clienti nello svolgimento dei servizi di investimento e accessori: un problema risolto?*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 191 ss.; Scotti Camuzzi, *La normativa sul conflitto d'interessi fra intermediari e clienti nella prestazione dei servizi di investimento (prima e dopo il "decreto Eurosim" e prima e dopo la recezione della Mifid)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 287 ss.

(14) Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in questa *Rivista*, 2008, 525 ss., con note di Roppo e di Bonaccorsi; in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di Sangiovanni; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di Mariconda; in *Dir. banca merc. fin.*, 2008, 691 ss., con nota di Mazzini; in *Dir. giur.*, 2008, 407 ss., con nota di Russo; in *Giur. comm.*, 2008, II, 604 ss., con nota di F. Bruno-Rozzi; in *Giust. civ.*, 2008, I, 2775 ss., con nota di Febbrajo; in *Società*, 2008, 449 ss., con nota di V. Scognamiglio. Con riferimento a queste sentenze della Cassazione cfr. anche Corradi, *Brevi riflessioni sui profili probatori e risarcitori in tema di responsabilità da inadempimento dell'intermediario finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 717 ss.; Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari. Un quadro ben delineato: con qualche novità e corollario*, in *Giur. it.*, 2010, 607 ss.; Luise, *Il dovere di correttezza dell'intermediario finanziario*, in *Obbl. contr.*, 2010, 696 ss.; Natoli, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, 67 ss.

(15) Sulla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria cfr. Gliatta, *Risolubilità o nullità del contratto di investimento in strumenti finanziari*, in *Resp. civ.*, 2007, 356 ss.; Lucantoni, *L'inadempimento di "non scarsa importanza" nell'esecuzione del contratto c.d. quadro tra teoria generale della risoluzione e statuto normativo dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 783 ss.; Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'*ambaradan *dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 896 ss.; Sangiovanni, *Omessa informazione sulla rischiosità dell'investimento e risoluzione del contratto*, in *Corr. mer.*, 2009, 973 ss.; Sangiovanni, *Acquisto di obbligazioni e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 2008, 9 ss.

l'intermediario sarebbe ancora autorizzato - alle scadenze trimestrali previste - ad addebitare ulteriori somme. Proprio per evitare questo risultato l'interessato si rivolge in via cautelare all'autorità giudiziaria trevigiana.
Nel caso di specie si verifica pertanto un effetto paradossale: il contratto di *swap* su tassi d'interesse è (e rimane) valido, ma gli viene impedito di produrre effetti, essendo stato concluso in violazione delle norme di comportamento. Si tratta della conseguenza della distinzione, fatta propria dalla Corte di cassazione, fra regole di validità del contratto (non infrante nel caso) e regole di comportamento (invece violate). L'inosservanza delle norme di condotta obbliga a risarcire il danno: questo nocumento viene concretamente individuato in tutti i futuri addebiti che il contratto potrà produrre, che vengono pertanto inibiti alla banca. Si realizza, con il provvedimento in commento, una sorta di quantificazione *ex ante* del danno, consistente negli addebiti futuri, cui bisogna peraltro aggiungere - come andiamo a vedere nel paragrafo successivo - il rischio di danno ulteriore derivante dal blocco di futuri finanziamenti quale conseguenza della probabile segnalazione dell'impresa in Centrale Rischi.

Gli accertamenti contenuti nel lodo e i danni futuri

La particolarità del caso di specie è che l'ordinanza del Tribunale di Treviso è stata preceduta da un lodo che aveva deciso nel merito la controversia fra il cliente e l'intermediario finanziario. La pronuncia arbitrale aveva accertato la violazione di diverse norme di comportamento della banca, affermando la sua responsabilità e condannandola al risarcimento del danno patito dal cliente. Tale danno viene individuato nelle somme che la banca ha illegittimamente addebitato al cliente e che deve pertanto restituire.
Il Tribunale di Treviso, operando in via cautelare, si è pronunciato in relazione a un imminente addebito che l'intermediario finanziario stava per operare a danno del cliente in connessione con il contratto di *swap*, contratto della durata di dieci anni. Alla luce del lodo che ha affermato la responsabilità dell'intermediario finanziario, la società interessata non intende subire addebiti nemmeno in futuro. La tesi del cliente è che non vi è spazio per ulteriori futuri eventuali addebiti che troverebbero il proprio fondamento nel medesimo contratto.
La questione che si pone il Tribunale di Treviso è quale sia il rilievo che debba essere attribuito alle statuizioni contenute nel lodo nel successivo procedimento cautelare avente a oggetto il medesimo contratto contestato in sede arbitrale. La decisione dei giudici trevigiani nel caso di specie è nel senso che il lodo non possa essere sostanzialmente sindacato in sede cautelare, ma debba costituire la base per la decisione da loro assunta. In merito all'efficacia del lodo appare appena il caso di ricordare che, secondo il tenore della disposizione generale dell'art. 824-*bis* c.p.c., il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (16). Sotto questo profilo la pronuncia arbitrale appare senz'altro idonea a fare stato in un successivo procedimento cautelare.
Bisogna peraltro evidenziare che il lodo può essere impugnato ai sensi degli artt. 827 ss. c.p.c. Nel caso di specie i termini per l'impugnazione non erano ancora decorsi e, dunque, l'intermediario finanziario avrebbe potuto impugnare la pronuncia arbitrale. Il Tribunale di Treviso evidenzia peraltro come, in via generale, le possibilità d'impugnare con successo un lodo siano piuttosto limitate e si sofferma brevemente sulle eventuali cause di nullità della specifica pronuncia arbitrale: a un sommario esame nessuno dei motivi di nullità addotti dalla banca appare fondato. La conclusione dell'autorità giudiziaria trevigiana è nel senso che l'obiezione in sede cautelare che sussistono motivi di nullità del lodo può essere trascurata se tali motivi non appaiono evidenti. Il giudice cautelare non può insomma sostituirsi al giudice che dovrà decidere sull'eventuale impugnazione della pronuncia arbitrale, ma decide sommariamente, seguendo i criteri indicati nell'art. 700 c.p.c.
Abbiamo visto come il contratto di *swap* preveda normalmente che le prestazioni in favore dell'una oppure dell'altra parte si effettuino a scadenze prestabilite. Nel momento in cui si conclude il contratto si conoscono solo le date in cui si effettueranno le verifiche e i conseguenti pagamenti, ma non si sa se sarà l'intermediario finanziario oppure il cliente a effettuare la prestazione. Questa dipende difatti dall'andamento dei parametri sottostanti, che - per definizione - non possono essere previsti in anticipo.

Nota:

(16) Sugli effetti del lodo cfr. Arcadi, *L'inibitoria dell'efficacia esecutiva di un lodo arbitrale*, in *Corr.* mer., 2011, 149 ss.; D'Alessandro, R*iflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824*-bis *c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 529 ss.; D'Angelo, *Brevi considerazioni sulla natura e sull'efficacia del lodo arbitrale*, in *Giur. mer.*, 2007, 3125 ss.; E. F. Ricci, *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.; G. F. Ricci, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011, 165 ss.

Di conseguenza non è possibile condannare fin da ora l'intermediario a restituire al cliente le somme che dovesse in futuro illegittimamente percepire in base al contratto.
Secondo il Tribunale di Treviso, a fronte di un contratto di *swap* a esecuzione periodica, il lodo non può produrre l'effetto di limitare il danno risarcibile alla specifica statuizione contenuta nella pronuncia arbitrale; al contrario è possibile ottenere tutela anche contro i danni futuri (17). Dal momento che il lodo ha riconosciuto la responsabilità dell'intermediario finanziario in relazione alla conclusione del contratto per violazione delle norme di comportamento, tutti i successivi addebiti che la banca dovesse operare sulla base di tale contratto sono illegittimi. Come correttamente rileva l'autorità giudiziaria trevigiana, il fatto illecito (violazione delle norme di comportamento) è unico, in quanto attiene alla conclusione del contratto; i danni derivanti da tale fatto illecito, però, possono essere più di uno. Il cliente può pertanto agire in giudizio, anche in via cautelare, per ottenere l'inibizione di ulteriori addebiti. Considerata la lunga durata residua del contratto intercorrente fra le parti (fino al 2016), se non si riconoscesse al lodo efficacia anche in relazione ai danni futuri, il cliente verrebbe esposto ogni trimestre ad eventuali addebiti in conto corrente, dovendo di volta in volta instaurare un apposito giudizio per ottenere la restituzione di quanto indebitamente addebitato.
Una soluzione diversa, osserva in via incidentale il Tribunale di Treviso, si avrebbe solo nel caso in cui il cliente rinunciasse a far valere gli eventuali danni futuri. Di tale rinuncia non vi è però traccia in nessuna fase del procedimento arbitrale e del successivo procedimento cautelare.

I presupposti per la concessione del provvedimento cautelare

Come è noto, il giudice adito può concedere un provvedimento cautelare favorevole solo al ricorrere dei presupposti fissati dall'art. 700 c.p.c.: apparente fondatezza della pretesa fatta valere e pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile. Con riferimento all'apparente fondatezza della pretesa (*fumus boni iuris*), abbiamo visto come il Tribunale di Treviso attribuisca rilevanza alle statuizioni contenute nel lodo (accertamento dell'inosservanza di norme di comportamento dell'intermediario finanziario), senza rinvenire elementi decisivi in senso contrario nelle argomentazioni svolte dalla banca.
Con riguardo al *periculum in mora* (minaccia di un "pregiudizio imminente e irreparabile" recita l'art. 700 c.p.c.), bisogna distinguere fra i diversi elementi costitutivi della fattispecie: il pregiudizio, da un lato, nonché l'imminenza e l'irreparabilità del medesimo, dall'altro.
Avuto riguardo al "pregiudizio", il Tribunale di Treviso osserva che eventuali ulteriori addebiti operati dall'intermediario finanziario, sulla base del contratto per cui è stata ormai affermata nel lodo la responsabilità civile della banca, potrebbero cagionare un danno significativo al cliente. Per un verso la controparte della banca si troverebbe immediatamente con meno risorse disponibili per lo svolgimento delle sue attività. Inoltre, considerato altresì che il conto corrente potrebbe non avere disponibilità sufficienti a coprire l'addebito (e che non è previsto alcun affidamento), vi sarebbe una segnalazione del cliente alla Centrale Rischi (18). La segnalazione in Centrale Rischi allarma l'intero sistema bancario e ostacola grandemente la concessione di ulteriore credito. Il pericolo del verificarsi di questi eventi dannosi viene reputato sufficiente dal Tribunale di Treviso per inibire all'intermediario finanziario ulteriori addebiti.
Quale presupposto per la concessione di un provvedimento di tutela cautelare, la legge prevede non solo il timore di un pregiudizio, ma che tale danno debba essere "imminente" e "irreparabile". Con riguardo a questi due profili l'ordinanza del Tribunale di Treviso avrebbe forse potuto essere meglio motivata. La

Note:

(17) In materia di danni futuri cfr. in particolare la monografia di Chindemi, *Il danno da perdita di chance*, II ed., Milano, 2010. V. inoltre, sotto diversi profili, Amram, *La liquidazione del danno patrimoniale futuro tra oneri probatori e valutazione delle circostanze concrete*, in questa *Rivista*, 2009, 272 ss.; Chindemi, *Criteri risarcitori del danno futuro da incapacità lavorativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1537 ss.; Condello, *Vendita di bene immobile gravato da ipoteca: danni futuri e risarcibilità dei danni*, in *Foro it.*, 2010, I, 3397 ss.; Lecca, *Brevi considerazioni in tema di liquidazione dei danni futuri del minore privo di reddito*, in *Riv. giur. sarda*, 2008, 3 ss.; Mereu, *Il danno da perdita di* chance *nel lavoro subordinato*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1969 ss.; Smorto, *Risarcimento del danno per perdita di futuri contributi a causa della morte del congiunto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 665 ss.

(18) Sulle segnalazioni alla Centrale Rischi v., fra i più recenti contributi, Floris, *Sulla nozione di "sofferenza" ai fini della segnalazione alla Centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 654 ss.; Grasselli, *Errata segnalazione in "Centrale rischi" e risarcimento dei danni*, in *Obbl. contr.*, 2011, 743 ss.; Menicucci, *Il danno da illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi della Banca d'Italia: presupposti della segnalazione, risarcimento del danno e strumenti di tutela del soggetto illegittimamente segnalato*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 582 ss.; Pacileo, *"Sofferenze bancarie": presupposti di legittimità della segnalazione alla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 674 ss.; Trovato, *Illegittima segnalazione alla Centrale Rischi e prova del danno alla reputazione economica*, in questa *Rivista*, 2011, 288 ss.

"imminenza" del danno è legata alla struttura del contratto di *swap*, che prevede (eventuali) addebiti trimestrali a fronte di una lunghezza del contratto di dieci anni. Questa frequenza degli addebiti non è compatibile con i tempi tecnici necessari per l'esperimento di un ordinario giudizio civile. La "irreparabilità" del danno deriva dalle condizioni finanziarie del cliente e dalle caratteristiche del suo conto corrente bancario: il cliente è indebitato e il conto di cui si avvale non prevede alcun affidamento. Laddove l'intermediario finanziario operasse addebiti, il conto risulterebbe non coperto e ciò determinerebbe conseguenze decisamente negative. In particolare scatterebbe la segnalazione alla Centrale Rischi. Una volta compiuta tale segnalazione, il cliente avrebbe grandi difficoltà a ottenere ulteriori finanziamenti, potendo - nell'ipotesi peggiore - giungere all'insolvenza. Si tratta di possibili effetti, come richiede letteralmente la legge, "irreparabili" (19).

Nota:

(19) In materia di tutela cautelare in relazione a contratti di *swap* si può segnalare anche il recente intervento di Trib. Bari, 15 luglio 2010, ord., in *Contratti*, 2011, 244 ss., con note di Orefice e Pisapia, il quale ha affermato che va inibito alla banca, in sede di tutela cautelare e urgente, l'addebito sui conti intrattenuti dal cliente delle somme risultanti dai saldi negativi delle rinegoziazioni delle operazioni di *interest rate swap*, ove appaia che i contratti possano essere nulli per mancanza della causa in concreto, stante la loro inidoneità a realizzare la funzione di copertura del rischio caratterizzante il modello contrattuale adottato.

RIVISTE

Famiglia e diritto

Rivista mensile di dottrina e giurisprudenza

Direzione scientifica: *Piero Schlesinger*

Comitato scientifico: *Vincenzo Carbone, Massimo Dogliotti, Michele Sesta, Ferruccio Tommaseo, Mario Trimarchi*

Periodicità: *mensile*

La Rivista offre un panorama completo del diritto di famiglia esaminato alla luce dell'**evoluzione giurisprudenziale** e delle **novità legislative**. Tutte le sentenze più innovative della giurisprudenza di legittimità e di merito trovano ampio spazio e sono corredate da **commenti autorevoli**.
La selezione dei provvedimenti mira a privilegiare questioni nuove nonché opzioni interpretative originali, così da fornire all'operatore spunti da utilizzare nel lavoro quotidiano. Grande attenzione è dedicata ai profili processuali in materia.
La Rivista, che da sempre ha dato spazio ai **profili internazionalistici** del diritto di famiglia, offre ora ai lettori un'apposita **rubrica quadrimestrale**: "**Panorama sovrannazionale**". La rubrica prenderà in considerazione il diritto internazionale privato, il diritto internazionale e il diritto comunitario.
Il **servizio online**, compreso nel prezzo e riservato esclusivamente agli abbonati è consultabile all'indirizzo ***www.dottrinaediritto.it***.
Il servizio oltre ad integrare e completare l'informazione offerta dalla rivista cartacea, consente di consultare in anteprima e prelevare l'ultimo numero di "Famiglia e diritto".

NOVITÀ 2010
In aggiunta alle tradizionali Sezioni della Rivista sono state introdotte:
- **Novità legislative ed amministrative**;
- **Itinerari della giurisprudenza**.

Inoltre la Rivista è stata rinnovata attraverso:
- una **grafica innovativa** per copertina e interni;
- una **nuova impostazione** del **Sommario**: per individuare con immediatezza i contributi d'interesse;
- **tabelle di sintesi** degli **orientamenti giurisprudenziali**.

Abbonamento annuale Euro 190,00

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***

Liquidazione del danno biologico

L'art. 139 di nuovo di fronte alla Corte Costituzionale

GIUDICE DI PACE DI TORINO, Sez. V, 21 ottobre 2011, ord. - Giud. Polotti di Zumaglia - C.D. c. UNIQA PROTEZIONE s.p.a. e altri

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 139 D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, nella misura in cui al danneggiato da r.c. auto per lesioni di lieve entità non viene assicurato il medesimo risarcimento che avrebbe avuto il danneggiato con le medesime lesioni causate da illecito diverso dai sinistri stradali.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Giudice di pace di Roma 14 gennaio 2002; Giudice di pace di Torino 30 novembre 2009.
Difforme	Corte cost. 12 febbraio 2004, n. 64, ord.; Corte cost. 28 aprile 2011, n. 57, ord.; Cass. 7 giugno 2011, n. 12408.

Premesso:

… *Omissis* …

Osserva

Occorre premettere che nel giudizio in corso nessuna questione è stata sollevata in ordine alla responsabilità che pertanto è stata considerata pacifica dalle parti, in quanto l'attore, trasportato a titolo di cortesia su un veicolo coinvolto in un sinistro con altro identificato ed assicurato può comunque avvalersi del disposto dell'art. 141 codice delle assicurazioni.

Le parti hanno anche concordato le conseguenze lesive patite dall'attore sulla base di un'invalidità temporanea parziale al 50% di giorni 10, un'invalidità temporanea parziale al 25% di giorni 15 ed un'invalidità permanente biologica dell'1,5%, oltre alle spese mediche, per cui al giudicante non resta che quantificarle.

La persona del leso ed il danno da esso patito.

Dagli atti di causa risulta: che il danneggiato, di professione elettricista, è nato il 3 novembre 1973 ed il fatto si è verificato il 31 gennaio 2008 per cui esso danneggiato a tale data aveva anni 35; che il danno da esso subito è rappresentato da una distorsione al rachide cervicale per la quale l'assicuratrice ha formulato, il 6 aprile 2009, a sensi dell'art. 148 cod. ass., e sulla base delle conseguenze lesive che non sono state oggetto di contestazione, offerta reale di euro 2.500,00, di cui euro 210,30 per i 10 giorni di invalidità temporanea parziale al 50%, euro 157,73 per i 15 giorni di invalidità parziale al 25%, euro 1.015,10 per l'invalidità permanente biologica dell'1,5 % ed euro 1.116,81 per spese mediche.

La valutazione del danno ai sensi dell'art. 139 cod. ass. ed il conseguente aumento del 20%: insufficienza.

Occorre a questo punto effettuare una valutazione del danno patito dall'attore quale ritenuta da questo giudice congrua tenuto conto delle caratteristiche del caso in esame, dopo aver effettuato le valutazioni che si ottengono invece con il riferimento ai parametri di legge ed a quelli giurisprudenziali. Va rilevato che la percentuale dell'1,5% per l'invalidità permanente, unitamente alla temporanea non contestata per 10 giorni a parziale massima e di 15 giorni a parziale minima concordata dalle parti per il danno al rachide cervicale riportato dall'attore, appare comunque congrua a questo giudice in relazione a quanto risulta in atti perché non è in contrasto con le indicazioni del decreto del Ministero della Salute 3 luglio 2003 (in G.U. n. 211 dell'11 settembre 2003) che riporta la tabella delle menomazioni alla integrità psicofisica ed è anzi ad essa conforme.

Effettuate poi delle valutazioni con riferimento ai criteri di legge, confrontandole con quelli utilizzati dalla giurisprudenza, occorrerà chiedersi se tali criteri consentano un'adeguata personalizzazione del danno, e quindi un suo integrale risarcimento, provvedendo quindi alla sua relativa quantificazione quale considerata invece corretta ed obbiettiva.

Sulla base della valutazione pecuniaria del danno effettuata con riferimento ai valori di cui al decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 17 giugno 2011 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 27 giugno 2011 n. 147 e con il quale sono stati aggiornati gli importi del risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti come previsto dal comma 5 dell'art. 139 del D.Lgs. n. 209/2005) applicabile *ratione*

temporis, si ottiene euro 1.062,65 per il danno biologico permanente dell'1,5%, euro 221,44 per il danno biologico temporaneo parziale di 10 giorni al 50% ed euro 166,05 per il danno biologico temporaneo parziale al 25% di 15 giorni e così in totale euro 1.450,14.
Occorre però tenere conto che l'attore ha riportato delle conseguenze lesive anche sul piano delle sue condizioni soggettive posto che è stato comprovato, nel corso dell'istruttoria, che gli è impedito effettuare attività o lavori che comportino la necessità di rivolgere la testa verso l'alto. Tanto rende allora necessario incrementare l'importo come sopra riconosciuto per il danno biologico del 20% come consentito dal comma 3 dell'art. 139 del D.Lgs. n. 209/2005 per cui detto importo di euro 1.450,14 diventa euro 1.740,16, dovendosi aggiungere per tale operazione di aumento, euro 290,02 cui dovranno ancora sommarsi euro 1.116,81 per le spese mediche come risultanti in atti, oltre all'importo di euro 240,00 per la visita medico legale che porterà ad un danno totale, solo per le voci di danno predette, di euro 3.096,97 importo questo corrispondente ad un danno che comunque non potrebbe venir considerato risarcito con l'offerta di euro 2.500,00 (sia pur adeguata ad oggi) formulata dall'assicuratrice dopo la notifica dell'atto di citazione e senza nulla riconoscere a titolo di spese di patrocinio che ovviamente dovevano venir richieste con il giudizio proposto.
In ordine al decreto ministeriale applicabile *ratione temporis* a sensi del comma 5 dell'art. 139 cod. ass. si può ancora osservare che ad oggi è applicabile il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 17 giugno 2011 ma anche qualora nelle more dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, venisse emanato un nuovo decreto ministeriale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass. qui sollevata, sarebbe comunque attuale e rilevante. Infatti, il ministero competente con il decreto annuale previsto dall'art. 139 si limita a disporre l'aumento dei valori mediante l'adeguamento degli stessi al costo della vita, aumento del quale non potrebbe non tener conto il giudicante e del quale tengono notoriamente conto anche le tabelle milanesi che pur non essendo termine di paragone per la presente questione di legittimità costituzionale, restano comunque, ad avviso del giudicante e della giurisprudenza di legittimità, parametro dell'equità e notoriamente vengono anch'esse aggiornate annualmente per adeguarle all'inflazione dal che ne discende la ininfluenza del decorrere del tempo e dell'eventuale promulgazione di un nuovo decreto ministeriale in relazione alla questione di legittimità che qui si solleva.
Non resta a questo punto che chiedersi se l'importo come sopra conteggiato per il danno biologico a sensi dei criteri dell'art. 139 del D.Lgs. n. 209 del 2005 e dei valori economici adeguati con il d.m. del 17 giugno 2011 possa venir considerato satisfattivo o meno. Occorre in sostanza chiedersi se l'incremento dell'importo tabellare di euro 290,02 consentito dal comma 3 del richiamato articolo 139 possa, con l'importo previsto dalla tabella, e così in totale euro 1.740,16, considerarsi adeguato risarcimento del caso concreto con adeguata personalizzazione del danno biologico in funzione delle condizioni soggettive dell'infortunato.
Nel caso di specie è stato comprovato che l'attore non riesce più ad effettuare lavori su soffitti non potendo mantenere la testa rivolta verso l'alto, il che significa non solo il sorgere di difficoltà nell'ambito lavorativo, ma anche nell'ambito familiare o sociale, avendo esso attore, difficoltà, sia pur solo, per cambiare una lampadina in casa od attaccare un quadro. Si tratta, dunque, di conseguenze di un certo rilievo sul piano delle condizioni soggettive del danneggiato, che è comunque soggetto ancor in giovane età, che si trova ad essere in un certo senso menomato anche nelle sue relazioni familiari e con altri soggetti e che ha dovuto affrontare cure mediche di notevole durata ed impegno come dimostrato dal rilevante importo e dalla molteplicità delle stesse, comprovati con adeguata documentazione, il che dimostra che si è dovuto affrontare una tipologia di cure specifiche e di diversa efficacia da quelle adottate nei normali casi di lesioni al rachide cervicale. Tali conseguenze, secondo l'incremento normativamente previsto in relazione alle condizioni soggettive del danneggiato, si vorrebbero risarcite con euro 290,02, importo questo che non si ritiene certo conforme ad equità, tenuto anche conto, nel caso di specie, del ridotto importo riconosciuto dalla tabella di legge per un 1,5% di danno biologico permanente.
Occorre a questo punto rilevare che il comma 3 dell'art 139 del D.Lgs. n. 209 del 2005 precisa testualmente che l'ammontare del risarcimento del danno biologico liquidato ai sensi del comma 1 può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato. Si consente in sostanza un aumento di quanto previsto dalla tabella, aumento da operarsi, però, in via equitativa e con riferimento alle condizioni soggettive del singolo danneggiato ma con il limite di un quinto.
La liquidazione equitativa del danno alla persona.
Per meglio inquadrare le questioni che si vengono a porre nel caso di specie è allora il caso di ricordare essere stato precisato dalla Suprema Corte che il concetto di equità racchiude in sé due caratteristiche. "La prima è l'essere essa uno strumento di adattamento della legge al caso concreto. La norma giuridica infatti, in quanto astratta non può mai prevedere tutte le ipotesi concretamente verificabili." L'altra caratteristica dell'equità è "… la funzione di garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale, o viceversa: sotto questo profilo l'equità vale ad eliminare le disparità di trattamento e le ingiustizie. Alla nozione di equità è quindi consustanziale non solo l'idea di adeguatezza, ma anche quella di proporzione… Così intesa, l'equità, costituisce strumento di eguaglianza, attuativo del precetto di cui all'art. 3 Cost., perché consente di trattare i casi dissimili in modo dissimile, ed i casi analoghi in modo analogo, in quanto tutti ricadenti sotto la disciplina della medesima norma o dello stesso principio… La regola della proporzione, intesa quale parità di

trattamento, è già stata affermata in numerose occasioni sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Cassazione, con riferimento alla liquidazione del danno biologico.
Nella motivazione della sentenza 14 luglio 1986 n. 184 la Consulta chiarì che nella liquidazione del danno alla salute il giudice deve combinare due elementi: da un lato una, la quale assicuri che lo stesso tipo di lesione non sia valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto; dall'altro elasticità e flessibilità, per adeguare la liquidazione all'effettiva incidenza della menomazione sulle attività della vita quotidiana.
Il criterio della compresenza di uniformità e flessibilità è stato condiviso da questa Corte, la quale ha ripetutamente affermato che nella liquidazione del danno biologico il giudice del merito deve innanzitutto individuare un parametro uniforme per tutti, e poi, adattare quantitativamente o qualitativamente tale parametro alle circostanze del caso concreto." (Cass. civ. 7 giugno 2011 n. 12408).
In altra occasione si è anche ribadito che "… in tema di liquidazione del danno non patrimoniale, nei diversi aspetti o voci di cui tale unitaria categoria si compendia, l'applicazione dei criteri di valutazione equitativa, rimessa alla prudente discrezionalità del giudice deve consentirne … la maggior approssimazione possibile all'integrale risarcimento; a tal fine tali criteri devono essere pertanto idonei a garantire anche la cosiddetta personalizzazione del danno." (Cass. civ. 30 giugno 2011 n. 14402).
Ma se la personalizzazione del danno deve essere effettuata con riferimento al criterio equitativo e l'equità deve avere le caratteristiche appena delineate è chiaro che l'integrale risarcimento del danno in esame, con il ricorso a tale criterio, non potrà ottenersi con l'applicazione delle tabelle di legge, che fungono da limite legale (ma solo per i danni conseguenti alla circolazione dei veicoli dei natanti) al potere equitativo del giudice in relazione alla domanda svolta nel presente giudizio nei confronti dell'assicuratore della RCA, viste le conseguenze lesive attribuibili all'incidente quali evidenziate in precedenza.
Infatti, i predetti valori appaiono oggettivamente insufficienti sia in cifra assoluta che in relazione con quanto, per danni analoghi ma aventi diversa eziologia, appare equo liquidare.
A titolo di confronto si può rilevare che la valutazione del danno, ove effettuata con le tabelle 2011 del Tribunale di Milano (scelte dalla Suprema Corte con la sentenza 7 giugno 2011 n. 12408 per la liquidazione del danno biologico in difetto di previsioni normative come l'art. 139 del codice delle assicurazioni) comporta che l'1,5% di danno biologico in un soggetto di anni 35 venga valutato in euro 1.782,50 cui si dovrà ancora sommare l'inabilità temporanea, calcolata sulla base di euro 91,00 al giorno (riferita all'inabilità temporanea totale), che, nel caso di specie, porterebbe ad euro 455,00 per i 10 giorni di inabilità temporanea parziale al 50% oltre ad euro 341,25 per l'inabilità temporanea parziale al 25% di giorni 15, così ottenendosi un totale di euro 2.578,75, cui dovrà ancora sommarsi un quid in via equitativa per l'adeguamento della liquidazione al caso concreto per la personalizzazione dello stesso, aumento che potrà giungere ad un massimo del 50% come previsto da detta tabella.
È, dunque, evidente la sproporzione tra la valutazione di legge e quella adottata con le tabelle già in uso presso la maggior parte dei Tribunali italiani, anche se occorre tener presente che le tabelle milanesi tengono conto (come evidenziato nelle istruzioni dell'Osservatorio per la Giustizia civile di Milano) del danno biologico nei suoi risvolti anatomo-funzionali e relazionali medi ovvero peculiari, nonché del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di dolore, sofferenza soggettiva, in via di presunzione, in riferimento ad un dato tipo di lesione, mentre quelle di legge tengono conto solo del danno biologico quale definito dall'art. 139.
Come, infatti, si è appena rilevato il danno patito dall'attore verrebbe valutato con i criteri di cui all'art. 139 in euro 1.450,14 per il danno biologico oltre ad euro 290,02 per l'incremento di cui al comma 3 di detta norma e così in totale euro 1.740,16, contro un importo di euro 2.578,75, solo per il danno biologico e quindi al netto dell'incremento corrispondente alla personalizzazione del danno, laddove si faccia riferimento alla tabelle di Milano.
La somma che in concreto il giudice ritiene equa per il risarcimento del danno.
Ritiene questo giudice che in considerazione delle conseguenze lesive influenti pesantemente sulle condizioni soggettive di danneggiato in ancor giovane età, quali in precedenza delineate, l'importo di euro 1.740,16 previsto dalla tabella di legge non consenta l'integrale risarcimento del danno non permettendo un'adeguata personalizzazione e possa essere solo preso in considerazione come base per una valutazione uguale per ogni danneggiato con identica percentuale di invalidità, nonché di conseguenze lesive, e dalla quale partire per addivenire ad una liquidazione del danno biologico secondo la definizione che ne viene fornita all'art. 139 cod. ass. danno che si ritiene equamente risarcito solo con il globale importo di euro 2.940,24 (oltre ovviamente alle spese mediche, di consulenza e di lite).
Si rileva che tale importo, ai soli fini di valutarne l'equità, senza che si intenda porre in relazione la norma di legge con una tabella costituita dalla media delle liquidazioni, è comunque inferiore a quanto si riconoscerebbe con le tabelle milanesi una volta incrementate con l'importo relativo alla personalizzazione del danno.
Con tale operazione si è perciò tenuto conto delle tabelle di legge integrate, però, equitativamente per la personalizzazione del danno, sia in relazione alla base di partenza che all'incremento equitativo in relazione alle condizioni soggettive del danneggiato e non si è tenuto conto delle conseguenze delle lesioni in termini di dolore, sofferenza soggettiva che sono invece considerate nella tabella di Milano ritenuta, come ormai deciso dalla Suprema Corte (con la sentenza n. 12408/2011) il valore da ritenersi equo, e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità.

Ma se si prendono in considerazione, sia pur in via presuntiva, come ritenuto da certa giurisprudenza, anche le ulteriori conseguenze dannose in termini di dolore e sofferenza soggettiva, prese invece in considerazione dalla tabella di Milano, si vede come i soli importi consentiti dalla tabella di legge siano ancor più lontani da un adeguato risarcimento del danno. E per tale voce di danno è intenzione di questo giudice riconoscere l'ulteriore importo di euro 300,00. In ogni caso, già l'attuale conteggio come sopra effettuato e senza il conteggio del danno morale soggettivo evidenzia l'impossibilità di un risarcimento adeguato del danno patito dall'attore così evidenziandosi sempre più la necessità di un esame della costituzionalità dell'art. 139 del codice delle assicurazioni.
La liquidazione del danno alla persona effettuata sulla base dei criteri di cui all'art. 139 cod. ass.: oggettivamente insufficiente e contraria all'equità.
In ordine all'utilizzo delle tabelle di legge per il risarcimento dei danni da micropremanenti conseguenti alla circolazione dei veicoli è da rilevare come la Suprema Corte (con la già richiamata sentenza n. 12408/2011) abbia precisato testualmente: "Quante volte, dunque la lesione derivi dalla circolazione di veicoli a motore e di natanti, il danno non patrimoniale da micro permanente non potrà che essere liquidato, per tutti i pregiudizi areddituali che derivino dalla lesione del diritto alla salute entro i limiti stabiliti dalla legge mediante il rinvio al decreto annualmente emanato dal Ministro delle Attività Produttive (*ex* art. 139, comma 5), salvo l'aumento da parte del giudice (art. 139, comma 3).
Solo entro tali limiti il collegio ritiene di poter condividere il principio enunciato da Cass. 17 settembre 2010 n. 19816, che ha accolto il ricorso in un caso nel quale il risarcimento del danno era stato negato sul presupposto che la tabella normativa non ne prevede la liquidazione."
Con tali premesse è la Suprema Corte ad aver evidenziato le ragioni dell'insufficienza del risarcimento secondo i valori dell'art 139 cod. ass., venendo, di fatto, chiarito che l'equità sta nei livelli di risarcimento delle tabelle milanesi. La Cassazione prende poi atto che l'art. 139 costituisce comunque il limite stabilito dalla legge, per il risarcimento del danno non patrimoniale anche con riguardo al pregiudizio di tipo morale. Ma in tal modo si evidenzia anche la contrapposizione che si viene a porre tra la liquidazione dei danni alla persona conseguenti alla circolazione dei veicoli e dei natanti e gli altri e tale squilibrio è contrario all'equità dal momento che il risarcimento deve tendere a fissare parametri uguali per tutti.
Al di la dello squilibrio così evidenziato resta comunque il fatto che i valori che si ottengono con la liquidazione effettuata a sensi di legge risultano insufficienti come risulta dal confronto con i conteggi in precedenza effettuati e con l'importo che questo giudice ritiene conforme ad equità, tanto più se si prende in considerazione anche un quid per il danno morale.
A questo punto resta ulteriormente confermata la necessità di esame della questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 già sollevata con la precedente ordinanza posto che tanto diventa vieppiù rilevante al fine del decidere per cui non resta che richiamare brevemente le argomentazioni salienti illustrate con detta ordinanza integrandole ove opportuno e che di seguito vengono riportate.
Sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209.
1) Violazione dell'art. 2 della Costituzione per la fissazione di un limite al risarcimento del danno alla persona senza un adeguato contemperamento degli interessi in gioco.
Il quesito che ci si deve preliminarmente porre è se il legislatore possa stabilire che la vittima di un illecito aquiliano non possa pretendere più di una somma predeterminata a titolo di risarcimento indipendentemente dall'effettiva consistenza del pregiudizio subito.
Di tale questione la Corte Costituzionale ebbe ad occuparsi in svariate occasioni.
Per quanto qui interessa e per i risvolti che le decisioni adottate possono riverberare sulla questione qui sollevata, si può ricordare la sentenza 2 maggio 1985 n. 132 con la quale la Corte Costituzionale venne chiamata a stabilire se fossero o meno contrari alla Costituzione gli artt. 1 della l. 19 maggio 1932 n. 841 e 2 della l. 3 dicembre 1962 n. 1832 nella parte in cui, dando esecuzione all'art. 22 della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 e successive modifiche, stabilivano che la responsabilità del vettore aereo per il risarcimento del danno alla persona fosse contenuta entro il limite di 250.000 franche Poincaré.
In motivazione detta sentenza osservò: "Si può intanto precisare che l'aver comunque sancito un limite alla responsabilità del vettore non basta ad integrare la prospettata ipotesi di illegittimità costituzionale sebbene importi una deroga al principio del risarcimento integrale del danno… Occorre vedere più da vicino se la limitazione dell'obbligo risarcitorio sia giustificata dallo stesso contesto normativo in cui essa si colloca, nel senso che la denunciata disciplina pattizia riesca a comporre gli interessi del vettore con un sistema di ristoro del danno non lesivo della norma costituzionale di raffronto… Ad avviso della Corte deve trattarsi di una soluzione normativa atta ad assicurare l'equilibrato componimento degli interessi in gioco: e dunque, per un verso sostenuta dalla necessità di non comprimere indebitamente la sfera di iniziativa economica del vettore, per l'altro, congeniata secondo criteri che, in ordine all'imputazione della responsabilità o alla determinazione della consistenza del limite in discorso, comportano idonee e specifiche salvaguardie del diritto fatto valere da chi subisce il danno ….".
Nei termini in cui essa è configurata "… la norma che di fronte alle lesioni corporee… esclude il ristoro integrale del danno non è assistita da un idoneo titolo giustificativo.
Occorre quindi concludere che essa lede la garanzia eretta dall'art. 2 Costituzione a presidio inviolabile della persona.".
Come rilevato da attenta dottrina le norme limitatrici della responsabilità del vettore aereo vennero dichiarate

costituzionalmente illegittime non perché fissassero un limite al risarcimento, ma perché non realizzavano l'"equo contemperamento" tra l'interesse della vittima al risarcimento integrale e quello del vettore aereo allo svolgimento della propria attività, in particolare non fissando né un meccanismo che garantisse alla vittima la certezza del ristoro (ad esempio per una responsabilità oggettiva), né criteri di adeguamento dell'importo del massimale.
Si tratta a questo punto di vedere se l'art. 139 del Codice delle assicurazioni violi o meno l'art. 2 della Costituzione facendo applicazione dei principi come sopra affermati: premesso dunque che la semplice previsione di un tetto risarcitorio non può costituire di per se violazione del richiamato art. 2 Cost., occorre allora vedere se tale norma realizzi l'equo contemperamento degli interessi in gioco.
Ma il contemperamento degli interessi in gioco si deve ammettere che da tale norma non è stato realizzato, visto che a fronte della rigida limitazione risarcitoria imposta al danneggiato questi non ottiene alcun vantaggio diretto od indiretto nei confronti del responsabile o del suo assicuratore come potrebbe essere ad esempio una responsabilità oggettiva dell'assicuratore stesso, ne si è avuta una riduzione dei premi assicurativi che sono invece notevolmente lievitati pur a fronte di una riduzione dei sinistri, come più volte rimarcato dalla stampa specializzata.
Non pare poi ragionevole sostenere che l'interesse all'esercizio dell'attività assicurativa possa essere ritenuto preminente su quello all'integrale risarcimento del danno alla persona, risarcimento che è pur sempre collegato alla tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo. In sostanza, la sproporzione del trattamento delle rispettive posizioni risulta evidente tanto più se si considera anche che l'assicuratore ha già ottenuto un vantaggio, sul piano commerciale, dall'introduzione dell'obbligatorietà dell'assicurazione contro il rischio della responsabilità civile per la circolazione dei veicoli. A maggior ragione, diventa dunque ingiustificabile il subordinare diritti costituzionalmente garantiti dall'art. 32 della Costituzione agli interessi economici di singoli soggetti privati ed alle loro scelte imprenditoriali ed organizzative.
Lamentare infine che la mancanza di una tabella di base sia inaccettabile per gli attuari delle assicurazioni impedendo loro previsioni certe dimentica, da un lato, che l'eventuale adozione della tabella di Milano come prospettato con la nota sentenza della Cassazione n. 12408/2011 limiterebbe certo tale supposta difficoltà, e dall'altro, che la possibilità di analisi di decisioni di svariati Tribunali consentirebbe, pur sempre, di giungere ad evidenziare i valori medi delle liquidazioni come d'altronde venne fatto negli anni '70 dello scorso secolo per ottenere delle indicazioni sul valore da attribuire al singolo punto di danno biologico appena riconosciuto dalla giurisprudenza genovese.
Di conseguenza, si deve rilevare l'assenza dell'equo contemperamento tra i contrapposti interessi che come si è visto è il presupposto della legittimità costituzionale di qualsiasi norma limitativa del diritto al risarcimento e da ciò deriva il contrasto dell'art. 139 cod. ass. con il richiamato art. 2 della Costituzione.
A conclusioni similari, sia pur esaminando il problema da diversa angolatura, è pervenuta la giurisprudenza di merito laddove venne precisato: "Da più parti ci si è interrogati, tenuto conto della valenza costituzionale del risarcimento del danno alla persona, alla luce del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione e del principio della necessaria integralità del risarcimento, circa il rischio di illegittimità costituzionale dell'introduzione di limitazioni massime al risarcimento del danno alla persona, che non appaiano ragionevolmente giustificate da un interesse pubblico di rilievo costituzionale.
Almeno in linea di principio non sembra da escludersi la sussistenza di un apprezzabile interesse pubblico all'introduzione di un limite legale massimo al risarcimento, al fine di stabilizzare il mercato assicurativo e soprattutto di garantire una certa uniformità dei risarcimenti sul territorio nazionale di una loro minima prevedibilità da parte degli operatori del settore.
Il riconoscimento astratto dell'ammissibilità dell'introduzione di soglie-limite, di per sé non contrastanti con la Costituzione, non significa però che il legislatore non debba rispettare parametri di ragionevolezza per introdurre le soglie.
È in tale scenario che matura il sospetto di incostituzionalità delle norme di cui agli artt. 138 e 139 Codice delle Assicurazioni ove le stesse fossero reinterpretate alla luce dell'art. 2059 c.c. così come concepito dalle Sezioni Unite." (così in motivazione Corte d'Appello di Torino 30 ottobre 2009 n. 1315).
2) Violazione dell'art. 3 comma 1 della Costituzione con riferimento all'eziologia del danno ed al soggetto danneggiante.
Sotto questo aspetto si può ricordare che in dottrina, criticando l'art. 5 della l. n. 57/2001, si sia osservato come tale norma apparisse difficilmente compatibile con il combinato disposto degli artt. 3 e 32 Cost. perché se la salute è un bene dell'individuo e tutti gli individui sono uguali non si comprende perché una stessa lesione debba essere risarcita in modo diverso a seconda che derivi da un sinistro stradale come nel caso de quo o abbia altra genesi.
Identico ragionamento può ora venir fatto nei confronti dell'art. 139 Codice delle assicurazioni il cui disposto vale nei confronti dei danni alla persona conseguenti alla circolazione dei veicoli ed in caso di azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore non essendovi ragione per discostarsi anche da quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella propria ordinanza n. 434/2004 in riferimento all'art. 5 della l. n. 57/2001 laddove precisò che detta noma nella parte in cui disciplina la liquidazione delle micropermanenti "… è applicabile soltanto all'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore e non anche nel rapporto tra danneggiato e danneggiante, che è indipendente dal contratto assicurativo …".
Ed allora identica lesione può venir risarcita ora con gli importi di cui al d.m. 17 giugno 2011 se conseguente a

circolazione dei veicoli mentre può venir risarcita con i criteri di cui alla tabella adottata dal Tribunale di Milano, (come deciso da Cass. n. 12408/2011), se conseguente ad altra e diversa causa, come cadere in una buca stradale, eccetera.
Ma le differenze in termini monetari risultano notevoli se si pensa che nel primo caso in forza del punto base del decreto ministeriale ad un soggetto di dieci anni che abbia riportato un 1% di invalidità da circolazione, viene corrisposto euro 759,04 (con i valori di cui al d.m. 17 giugno 2011) mentre allo stesso soggetto che abbia riportato sempre un'invalidità dell'1% cadendo in una buca può venir corrisposto (con le attuali tabelle del Tribunale di Milano) l'importo di euro 1.313,00 e con l'aumentare dell'invalidità le differenze risultano ancora maggiori se si pensa che un 9% in un soggetto di 24 anni con la tabella ministeriale viene risarcito con euro 14.612,28 e con euro 19.160,00 con la tabella di Milano, salvo l'incremento equitativo in relazione alle condizioni soggettive dell'infortunato.
La differenza di trattamento in presenza di identiche situazioni, che consegue a quanto appena rilevato, risulta allora evidente con conseguente violazione dell'art. 3 comma 1 della Costituzione.
Quanto appena rilevato si riflette anche nei confronti del soggetto tenuto al risarcimento, posto che se questi è un assicuratore contro il quale sia stata proposta l'azione diretta sarà obbligato ad un risarcimento calcolato con i criteri di cui alla tabella ministeriale, mentre tanto non avverrà per il danneggiante tenuto a sensi dell'art. 2043 e seguenti c.c. proprio come è avvenuto nel giudizio a quo ove l'attore ha cumulato l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore con l'ordinaria azione aquiliana nei confronti del conducente proprietario del mezzo sul quale era trasportato.
Ma le conseguenze di tale situazione possono avere effetti particolari anche nei confronti dell'assicuratore che sia tenuto in forza di un contratto per garanzie che non consentano l'azione diretta contro di esso.
Può di fatto accadere che un soggetto tenuto, ad esempio, a sensi dell'art. 2051 c.c. per danno cagionato da cose in custodia od a sensi dell'art. 2052 c.c. per danno cagionato da animale, venga convenuto in giudizio per rispondere di danni a persona dei quali sia responsabile a sensi di dette norme e venga condannato al risarcimento degli stessi; ma la quantificazione di detti danni non potrà essere effettuata con i criteri di cui all'art. 139 Codice delle assicurazioni tanto più dopo il recente insegnamento della Suprema Corte che ha esteso l'applicazione dei criteri di cui alla tabella di Milano.
Ed allora al momento in cui il danneggiante-assicurato si rivolgerà alla propria compagnia di assicurazione per essere manlevato dalle richieste del danneggiato, a sensi dell'art. 1917 c.c., l'assicuratore si troverà a dover intervenire per il risarcimento di un danno liquidato con criteri diversi e quasi sicuramente ben più elevati da quelli che sarebbero stati utilizzati se il danno fosse stato invece provocato dalla circolazione dei veicoli.
Nell'ambito dei giudizi per il risarcimento di danni alla persona da circolazione stradale si potrà avere una situazione anche più complessa poiché dopo l'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza 19 giugno 2009 n. 180, la procedura di risarcimento prevista dall'art. 149 cod. ass. si affianca, senza sostituirla obbligatoriamente, a quella ordinaria, nel senso che al danneggiato è consentito agire sia contro la propria assicuratrice che contro il responsabile del danno, il che comporta risultati economici diversi, visto che, nel primo caso, la liquidazione del danno sarebbe vincolata ai parametri della tabella ministeriale e nel secondo caso si avrebbe invece una liquidazione con i più favorevoli valori tabellari in uso presso i vari Tribunali, con evidenti e irragionevoli disparità di trattamento a seconda del soggetto che venga evocato in giudizio.
La situazione diventa poi ancora più complessa nel caso in cui il danneggiato agisca cumulativamente contro l'assicuratore con l'azione diretta, e contestualmente contro il responsabile del danno a sensi degli artt. 2043 - 2054 c.c., con il risultato che al primo può chiedere il risarcimento del danno da micro permanente ma con il limite della tabella di legge ed al secondo può chiedere il risarcimento con le altre tabelle per ottenere il totale risarcimento e quest'ultimo potrebbe venir così condannato ad importo superiore a quello invece posto a carico dell'assicuratore per cui per non essere poi esposto in proprio l'assicurato dovrebbe porre una domanda di manleva a sensi dell'art. 1917 c.c. nei confronti del proprio stesso assicuratore.
Da quanto sin qui precisato resta dunque confermata l'irragionevolezza della scelta legislativa con evidente violazione della norma costituzionale ed in particolare dell'art. 3 comma 1.
3) Violazione dell'art. 3 della Costituzione come principio di uguaglianza dinanzi alla legge sotto il profilo dell'uguale trattamento di situazioni di fatto diverse, dell'art. 2 per la limitazione all'effettiva tutela giurisdizionale conseguente alla limitazione al risarcimento e dell'art. 24.
L'art. 139 cod. ass., fissati i criteri e le misure per il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, come precisa al suo primo comma, prevede al comma 3 che l'ammontare del danno biologico, liquidato a sensi di detta norma, possa essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.
È appena il caso di sottolineare che, in ogni caso, l'aumento del quinto non può prescindere dal concreto accertamento, nel singolo caso, della sussistenza di conseguenze pregiudizievoli ulteriori e diverse rispetto a quelle ordinariamente derivanti da invalidità dello stesso grado di quella accertata, e tali da incidere negativamente su una qualsiasi delle attività vitali cui la vittima era dedita prima del sinistro.
È evidente, anzitutto, che il differente aumento del risarcimento consentito in relazione all'entità delle lesioni, potrebbe porre una certa discriminazione, visto che per le

lesioni di lieve entità si è mantenuto il limite del 20% già in precedenza prefissato, mentre per le altre si è previsto il limite del 30% il che peraltro potrebbe anche essere giustificato dalla maggior importanza di queste ultime.
Si deve però, rilevare, per quanto riguarda le lesioni di lieve entità, che è senz'altro vero che le stesse non comportano, in genere, conseguenze pratiche immediate sull'attività dinamico relazionale del soggetto, ma ciò non può escludere la presenza di casi del tutto particolari nei quali un limite alla personalizzazione può risultare irragionevole, come risulta dalle considerazioni svolte in precedenza laddove si è effettuata una valutazione sia pur non del tutto integrale del danno attoreo non essendosi calcolato alcunché per il danno da sofferenza soggettiva.
Resta comunque il fatto che in casi simili a quello in esame, nei quali le conseguenze delle lesioni influiscono direttamente ed in misura rilevante sulle condizioni soggettive dei danneggiati, la liquidazione in forza dell'art. 139 cod. non copre la reale entità del danno, mentre altrettanto non potrebbe dirsi per identiche lesioni che abbiano colpito individui con diverse condizioni soggettive. È infatti, bensì vero, che sarebbe praticamente impossibile trovare due soggetti che conducano vite assolutamente identiche, ma è altrettanto vero che la distrazione al rachide cervicale provocherà disagi ben diversi a chi come l'attore pratichi determinate attività rispetto a chi non le pratichi, con evidente necessità di operare ben diverse liquidazioni.
E tanto evidenzia come il sistema posto in essere con l'art. 139 cod. ass. porta a trattare in maniera uguale situazioni di fatto diverse con evidente violazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge.
La situazione si è, però, resa ancora più complessa dopo che le Sezioni Unite con la sentenza 11 novembre 2008 n. 26972 hanno affermato la natura unitaria ed omnicomprensiva del danno non patrimoniale ed hanno anche precisato che " Quando il fatto illecito integra gli estremi di un reato, spetta alla vittima il risarcimento del danno non patrimoniale, nella sua più ampia accezione, ivi compreso il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva causata dal reato. Tale pregiudizio può essere permanente o temporaneo (circostanze delle quali occorre tenere conto in sede di liquidazione, ma irrilevanti ai fini della risarcibilità), e può sussistere sia da solo, sia unitamente ad altri tipi di pregiudizi non patrimoniali (ad esempio derivanti da lesioni personali o dalla morte di un congiunto): in quest'ultimo caso, però, di esso il giudice dovrà tener conto nella personalizzazione del danno biologico o di quello causato dall'evento luttuoso, mentre non ne è consentita una autonoma liquidazione.".
Ed allora del danno non patrimoniale di cui al caso particolare in oggetto si dovrebbe tenere conto globalmente nella personalizzazione del danno biologico con il limite dell'aumento del 20% che finisce, però, per determinare un livellamento del risarcimento particolarmente con riferimento ai risvolti dinamico relazionali provocati dallo stesso danno.
Di conseguenza, impedendosi al giudicante di personalizzare la liquidazione del danno biologico adeguandola alle caratteristiche del singolo caso concreto con il limite suindicato che porta a concedere importi inadeguati, si deve ammettere la violazione anche dell'art. 2 della Costituzione determinandosi un'irragionevole compressione del diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale il che porta anche ad una violazione dell'art. 24 della Costituzione.
È appena il caso di ricordare che nella prassi precedente si consideravano come pregiudizi distinti e separati il danno biologico e quello cosiddetto morale e si giungeva ad una loro separata liquidazione, per cui attraverso la liquidazione del secondo si poteva tener conto di quelle conseguenze dannose il cui risarcimento avrebbe potuto superare la soglia del quinto di legge.
Tanto rende perciò più complessa l'azione giudiziale per la tutela del diritto alla salute pregiudicandosi in certi casi la difesa del danneggiato con evidente violazione anche dell'art. 24 della Costituzione.
4) Violazione dell'art. 76 della Costituzione per la previsione di un limite non previsto dalla legge delega 23 luglio 2003 n. 229.
La l. n. 229/2003 all'art. 4 dispone testualmente: "Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni, ai sensi e secondo i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997 n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali; b) tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto, avendo riguardo anche alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali di tale servizio …".
Il codice delle assicurazioni doveva quindi tutelare i contraenti più deboli con adeguata informazione avendo anche riguardo alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali del relativo servizio. Ma aver riguardo alla correttezza del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali del servizio, non sembra possa significare anche porre dei limiti al risarcimento, limite, questo, che non risulta sia stato previsto dalla legge delega.
Si può, dunque, rilevare come l'introduzione di valori tabellari vincolanti per il Giudice oltre tutto con importi notevolmente inferiori a quelli normalmente utilizzati dai Tribunali nelle vicende diverse da quelle di cui alla circolazione dei veicoli, si ponga in posizione opposta rispetto ai criteri guida della legge delega che risultano pur sempre indirizzati alla tutela del contraente più debole e comunque del consumatore del servizio assicurativo, posizione questa che indubbiamente può rinvenirsi nell'assicurato che a sensi dell'art. 149 agisca direttamente contro il proprio assicuratore per i danni alla persona che restano contenuti nel limite previsto dall'art. 139 ed iden-

tico discorso potrebbe farsi, in considerazione degli scopi cui era diretta l'istituzione dell'assicurazione obbligatoria dei veicoli e dei natanti, anche per qualsivoglia altro soggetto danneggiato da incidente stradale.
Infatti, l'assicurato che come conducente del proprio veicolo abbia riportato un danno alla persona che si sia concretato in una micro permanente, otterrà un risarcimento che non necessariamente potrebbe corrispondere al suo intero danno proprio per la presenza del limite al risarcimento previsto dall'art. 139 richiamato dall'art. 149, e tanto non pare in linea con la tutela del contraente più debole il ché pare oggi contrastare anche con gli accordi internazionali, se si pensa che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in G.U. 23 gennaio 2008 n. 223) precisa testualmente all'art. 38: "Nella politica dell'Unione è garantito un elevato livello di protezione dei consumatori.".
Da quanto sin qui detto emerge allora come l'art. 139 del D.Lgs. n. 209/2005 risulti costituzionalmente illegittimo difettando della necessaria autorizzazione parlamentare e ponendosi quindi in contrasto con l'art. 76 della Costituzione.

IMPOSSIBILITÀ DI UN'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELLA NORMA

L'art. 139 del D.Lgs. n. 209/2005 segue di fatto quanto già previsto dall'art. 5 della l. n. 57/2001, come modificato dall'art. 23 della l. 12 dicembre 2002 n. 273, che aveva il chiaro intento di contenere i costi del servizio assicurativo, intento che evidentemente si è inteso proseguire anche con il predetto art. 139.
Il tentativo di procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma non può allo stato, prescindere dagli attuali principi giurisprudenziali, quali recepiti dal diritto vivente ed indirizzati alla personalizzazione della liquidazione del singolo danno alla persona ed al suo intero ristoro cui tende appunto tale operazione, soprattutto con il ricorso al criterio equitativo (come evidenziato da Cass. n. 12408/2011 che a tal fine fa riferimento alle tabelle milanesi).
Ma l'art. 139 del D.Lgs. n. 209/2005 non consente al Giudice alcuna possibilità di adeguare al caso concreto la sua liquidazione sia nei casi in cui gli importi previsti da detta norma risultino inferiori alla reale entità del danno sia nel caso in cui detti importi risultino invece superiori, non potendo, esso Giudice, intervenire in alcun modo, in quanto deve adottare un semplice calcolo matematico che lo limita nel suo potere equitativo. Peraltro è il caso di rilevare che il testo originario dell'art. 5 della l. n. 57/2001 si limitava a precisare che "… il danno biologico viene ulteriormente risarcito tenuto conto delle condizioni soggettive del danneggiato" così consentendo un'adeguata personalizzazione del singolo danno e che solo con la modifica apportata a detta norma con l'art. 23 della l. n. 273/2002 si è posto il limite di un quinto all'aumento relativo alle condizioni soggettive del danneggiato impedendo di fatto l'utilizzo del criterio equitativo quale ora evidenziato dalla Suprema Corte.
Non è poi da sottacere il fatto che l'attuale diritto vivente non consente più la liquidazione del danno morale in casi del genere di quello in esame e ciò ad evitare la duplicazione del risarcimento di danni già risarciti con il danno biologico quale definito dall'art. 139 cod. ass. per cui non è possibile, nel caso di specie, cercare di adeguare il risarcimento alla reale entità del danno quanto meno liquidando al danneggiato, in aggiunta ai valori del danno biologico tabellato dalla norma, quella ulteriore parte di danno corrispondente alla sofferenza dell'individuo che viene fatta rientrare nel danno biologico.
Si potrebbe allora cercare di giungere ad una liquidazione adeguata del danno sulla scorta delle allegazioni e prove fornite dal danneggiato al fine di individuare quella norma la cui violazione ha provocato un danno non patrimoniale ovviamente diverso dal danno biologico inteso nella sua più ampia accezione, operazione questa che per le micro permanenti, in genere, diventa di indubbia difficoltà se non impossibilità.
Peraltro, nel caso concreto, il giudice a quo ritiene di aver individuato, per il solo danno da risarcire all'attore a titolo di risarcimento della lesione temporanea e permanente alla sua integrità psicofisica che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della sua vita, un'equa valutazione nell'importo di euro 2.940,24 ai quali ritiene equo aggiungere euro 300,00 per il pregiudizio che prima dell'intervento delle Sezioni Unite si calcolava come danno morale. Per contro a sensi dell'art. 139 cod. ass. il giudice non può liquidare al danneggiato che i soli importi consentiti dalla legge, importi che compreso l'aumento del 20% non possono superare, sempre per il solo ristoro della lesione temporanea e permanente alla sua integrità psicofisica che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della sua vita, l'importo di euro 1.740,16
Non si vede quindi allo stato in quale modo poter salvare la norma con un'interpretazione costituzionalmente orientata.

SULLA RILEVANZA DELLA QUESTIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE FORMULATA

Come fin qui diffusamente argomentato nel presente giudizio il remittente ha individuato nella somma di euro 2.940,24 (oltre ovviamente alle spese mediche, di consulenza e di lite), l'ammontare della somma che intende attribuire all'attore a titolo di risarcimento della lesione temporanea e permanente alla sua integrità psicofisica che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della sua vita. Oltre tale somma sarebbe intenzione del giudicante attribuire anche l'ulteriore importo di euro 300,00 a titolo di danno morale, importo che dopo il noto intervento delle Sezioni Unite non gli è però possibile riconoscere.
Nel presente caso l'attore, ritiene che il suo danno superi l'importo offerto dall'assicuratrice e chiede per un suo integrale risarcimento adottarsi quanto meno le tabelle normalmente utilizzate dal Tribunale per le controversie diverse da quelle derivanti dalla circolazione dei veicoli con esclusione dunque della tabella prevista dall'art. 139 cod. ass. a suo avviso non satisfattiva del suo intero dan-

no in quanto si limiterebbe il risarcimento alla minor somma da essa prevista.
A prescindere dalle domande attoree la questione di legittimità dell'art. 139 cod. ass., come in precedenza chiarito, non viene ovviamente sollevata in relazione ai rapporti tra una norma di legge ed una tabella ministeriale, ma in riferimento alla impossibilità per il remittente di provvedere ad un integrale risarcimento del danno sui livelli dell'equità in concreto individuata nei valori come sopra precisati, con riferimento a quanto risultante in atti, a ciò ostando i rigidi limiti della norma di legge.
Resta dunque il fatto che l'attuale domanda non potrebbe essere esaminata nella sua completezza, laddove si debbano applicare rigorosamente i criteri dell'art. 139 cod. ass., sia nella parte in cui detta norma indica i valori che fungono da soglia limite, sia nella parte in cui essa limita ad una percentuale prestabilita, la possibilità per il giudice di procedere all'aumento del valore del risarcimento. L'applicazione dei criteri dell'art. 139 cod. ass. impedirebbe, infatti,di procedere ad una adeguata valutazione del danno o meglio ad una sua personalizzazione alla luce dell'art. 2059 c.c. come ora concepito dal diritto vivente tanto è vero che questo giudice ha provveduto ad evidenziare quella che a suo avviso deve essere una liquidazione maggiormente aderente alla reale entità del danno, liquidazione ben diversa da quella che sarebbe consentita con l'applicazione dei criteri di legge.
È allora evidente l'interesse della parte e dello stesso giudice ad una pronuncia sulla legittimità costituzionale di detta norma sia nella parte in cui fissa una tabella inderogabile, sia nella parte in cui non consente un'adeguata personalizzazione del singolo danno, posto che, laddove tale norma della cui costituzionalità si dubita, venisse confermata, si impedirebbe appunto una valutazione adeguata della domanda impedendo, comunque, una personalizzazione del danno, che finirebbe, quindi, per non venir integralmente risarcito, non osservandosi i criteri posti a base dell'equità dalla più recente giurisprudenza.
Tanto precisato la questione di legittimità costituzionale come sopra enunciata appare a questo Giudice seria e non manifestamente infondata e rilevante nel processo il cui esito resta ad essa collegato per cui lo stesso non può essere definito indipendentemente dalla sua risoluzione.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Giulio Ponzanelli

L'art. 139 viene ancora sottoposto all'esame della Corte Costituzionale: la misura predeterminata del risarcimento, la sua ridotta consistenza in relazione a quanto viene riconosciuto nelle Tabelle giudiziarie e la limitata personalizzazione che può essere operata dal Giudice ledono, secondo il giudice remittente, il diritto avente rilevanza costituzionale all'integrale riparazione del danno. Questo quando ancora è inattuato l'art. 138 e la Tabella Unica Nazionale che non pare dover coincidere con le Tabelle Giudiziarie e quando stanno per essere apportate allo stesso art. 138 alcune importanti modificazioni volte a rendere sempre più oggettivo l'accertamento della sussistenza della lesione di non lieve entità.

L'ordinanza 21 ottobre 2011

Come tutti immaginavano, la questione di costituzionalità dell'art. 139 del C.d.A. torna all'esame della Corte Costituzionale.
La Corte aveva sì respinto, nella primavera scorsa, la questione di costituzionalità già sollevata dal Giudice di Pace di Torino il 30 novembre 2009, ma lo aveva fatto in un modo che a tutti parve un po' sciapo (1): cogliendo alcuni limiti formali dell'ordinanza di rimessione, soprattutto sotto il profilo quantitativo, dopo altri precedenti provvedimenti, ancora una volta, la Corte l'aveva giudicata inammissibile, per difetto di precisione nella contrarietà ad alcuni principi costituzionali, ma non aveva affrontato nel merito i problemi dibattuti.
E il Giudice di Pace ha subito raccolto l'invito della Corte, articolando ancora meglio le censure che renderebbero incostituzionale l'art. 139.
Si tratta, in particolare, della violazione che subirebbe il diritto costituzionale all'integrale riparazione del danno, il quale non potrebbe tollerare restrizioni o riduzioni di alcun genere.
I criteri predeterminati di risarcimento fissati dal legislatore, e il limite equitativo introdotto (il 20% in considerazione delle particolari condizioni soggetti-

Nota:

(1) Cfr. Corte cost. 28 aprile 2011, n. 157, in *Giur. cost.*, 2011, 1970 ss., in *Foro it.*, 2011, I, 1970 e in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1256, con annotazione di M. Gagliardi, *La Corte costituzionale e l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 139 del codice delle assicurazioni: un problema (prevedibilmente) solo rinviato*. L'ordinanza del Giudice di pace del 30 novembre 2009 può essere letta in questa *Rivista*, 2010, 395, con mio commento, *Micropermanenti e censure di incostituzionalità*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, 930 ss., con commento di D. Chindemi, *Micropermanenti nel codice delle assicurazioni e censure di inconstituzionalità*, e in *Foro it.*, 2010, I, 701, con nota di richiami di A. Palmieri.

ve della vittima), per operare una personalizzazione del sinistro portano ad un risarcimento del danno alla persona troppo inadeguato per difetto rispetto a quello che sarebbe accordato, applicando anche alle lesioni di non lieve entità derivanti da circolazione auto quanto previsto nelle generali tabelle adottate negli uffici giudiziari (e, in particolare, le tabelle di Milano dopo la decisione della Cassazione del 7 giugno 2011, n. 12408). Non è costituzionalmente accettabile, cioè, che in caso di identiche violazioni dello stesso diritto alla salute possano essere riconosciuti risarcimenti diversi. Il danno biologico è, cioè, sempre lo stesso e non può esser assoggettato a diseguali risarcimenti.
Si invoca, quindi, non solo la sussistenza di un preciso diritto costituzionale (quello all'integrale riparazione del danno), ma una violazione del principio di uguaglianza rispetto ai danni causati da tutti i possibili fatti illeciti non appartenenti alla r.c. auto.
Per di più, tale riduzione del risarcimento non trova alcuna giustificazione in un contemperamento di interessi tra l'esigenza di assicurare un risarcimento integrale al danno alla persona e il contenimento dei costi assicurativi. In altri termini, i danneggiati non beneficerebbero nemmeno della responsabilità oggettiva dell'assicuratore, la quale, invece, in virtù dell'obbligo fissato *ex lege*, vede incrementato notevolmente il proprio giro di affari.
Viene poi sollevata anche una questione di costituzionalità che ha a che fare con il mancato rispetto dei limiti contenuti nella legge delega.

Un breve commento

In veloce sintesi, ecco alcune brevi osservazioni critiche sull'ordinanza di rimessione:
a) sino ad ora la Corte Costituzionale non ha riconosciuto l'esistenza di un diritto inviolabile all'integrale riparazione del danno (2);
b) la contrarietà dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni viene individuata non in un confronto con una fonte di rango normativo superiore ma rispetto a tabelle giurisprudenziali che non possono avere uguale forza normativa;
c) più volte, la Corte Costituzionale ha ritenuto che il legislatore può legittimamente fissare limiti al risarcimento, introducendo all'uopo criteri predeterminati *ex ante*: quanto fissato a livello legislativo deve sempre costituire un ristoro adeguato e serio, e non un mero e simbolico indennizzo (e quanto previsto nell'art. 139 sembra proprio soddisfare tale requisito);
d) il Giudice remittente ritiene troppo bassa la possibilità di personalizzazione del pregiudizio non patrimoniale nella sola misura del 20%. Si dimentica, però, che si è nel campo delle micropermanenti e, quindi, il pregiudizio sofferto non può essere per definizione altissimo e che il correttivo del 20% potrebbe sempre essere giudicato adeguato e sufficiente (e quanto riconosciuto a livello risarcitorio nelle micropermanenti sembra integrare con larghezza questo requisito);
e) il Giudice remittente erra, poi, quando considera che l'obbligo legislativo di copertura assicurativa per la r.c. auto abbia costituito un rilevante beneficio per le imprese, non controbilanciato da omogenei benefici per il danneggiato (al quale sarebbe preclusa la strada della responsabilità oggettiva).
Qui, si colgono meglio le ragioni più squisitamente ideologiche sottese all'ordinanza di rimessione: le quali risiedono nel non volersi rendere conto che l'obbligo introdotto la vigilia di Natale del 1969 non è stato davvero un insperato regalo per le compagnie, ma, invece, un sostanziale peso imposto da ragioni di politica economico-sociale (più volte dichiarate anche dalla Corte di Giustizia che, con sano realismo, ha giudicato più volte la compatibilità con i principi comunitari).
Davvero, per le imprese, per lo meno nel settore r.c. auto, l'equazione obbligo assicurativo/beneficio non è mai esistita. Il Giudice di Pace sa bene che le compagnie sono molto in affanno, se non in profonda crisi, nel settore r.c. auto, e, se anche questa situazione non è determinata necessariamente da un più alto livello di risarcimento, è chiaro che il sistema non può non prendere in considerazione tale situazione, pena una pericolosa corsa verso un generalizzato aumento dei premi assicurativi.
In sostanza, al Giudice remittente sfugge il dato importante per cui la responsabilità civile dell'assicurato richiede attenzione al danno risarcibile nella misura in cui esso è legato assai strettamente alla determinazione dei premi assicurativi.
Se vogliamo che i premi non siano troppo elevati, non possiamo certo permetterci un risarcimento non coerente con il loro livello; se vogliamo invece risarcimenti più elevati o comunque in linea con quelli praticati negli altri settori della responsabilità civile, non possono non salire i premi assicurativi.
Questo è il meccanismo della responsabilità civile assicurata, per di più obbligatoria.
La discrezionalità del legislatore non è illimitata,

Nota:

(2) Cfr. G. Ponzanelli, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno,* in A. Bussani (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale,* Napoli, 2006, 67 ss.

quindi, dovendo necessariamente contemperare interessi diversi.
Il vero scontro e la vera contrapposizione, che hanno portato all'ordinanza di rimessione, riguardano le fondamenta dell'illecito civile e il funzionamento delle sue regole centrali, soprattutto quando la responsabilità civile è obbligatoria.
Le doglianze e le censure di incostituzionalità, cioè, sono e si rivelano strumentali ad una filosofia dell'illecito civile dominata da una finalità panriparatoria e da una posizione del giudice tendenzialmente affrancato da ogni limite.
Qui, nel settore delle lesioni di non lieve entità, un intervento del legislatore era pienamente giustificato, proprio per la specificità del settore di responsabilità civile in oggetto, che ben tollera l'esistenza di una disciplina specifica/speciale rispetto alla regola centrale.
E sarebbe importante che la Corte Costituzionale chiarisse, in questa occasione, se il legislatore ha commesso un errore o meno quando ha voluto riservare per il settore r.c. auto una disciplina differenziata, ma non irragionevole dal punto di vista della legittimità costituzionale. Anche perché, senza cadere in un gioco non di parole, ma di numeri, oltre all'art. 139, il legislatore ha emanato anche l'art. 138, riservando ad una emananda Tabella Unica Nazionale la disciplina risarcitoria per le lesioni di non lieve entità. L'art. 138 non è stato ancora implementato, ma è lecito supporre che divida con il 139 la stessa risarcibilità: una disciplina risarcitoria per le vittime della strada, sia per lesioni lievi, sia per lesioni non lievi, diversa da quelle prevista per la r.c. ordinaria (3).
E, visto che l'art. 138 non è stato attuato, la Corte Costituzionale potrebbe, se del caso, offrire indicazioni importanti e autorevoli al legislatore il quale dovrebbe approntare quanto prima l'elaborazione di una Tabella Unica Nazionale che, se vere sono le premesse, dovrebbe differenziarsi dalle tabelle giudiziali elaborate negli ultimi anni. Senza dar necessariamente vita ad un sistema indennitario, quale quello accolto nel sistema spagnolo, ma solo ad un assetto diverso rispetto all'ordinaria disciplina risarcitoria.

Nota:

(3) Cfr. G. Ponzanelli, V*erso l'attuazione dell'art. 138 del Codice delle Assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2011, I, 653 ss.

LIBRI

COLLANA: **Diritto e processo penale oggi**
Diretta da F. Palazzo e G. Spangher

Il riesame delle misure cautelari personali

di Elvira, Nadia La Rocca

Il volume offre una visione pratica dell'**azione impugnatoria** esperibile attraverso il **riesame**.
Nel contempo, vengono illustrate le modalità di funzionamento e di disciplina del procedimento di controllo, anche alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, mettendo in luce tutte le potenzialità di tutela per la posizione dell'imputato o indagato che l'istituto possiede, se adeguatamente utilizzato dal tecnico difensore.
Oltre che all'analisi dei concetti di "**gravità indiziaria**" ed "**esigenza di cautela**", l'indagine si estende a tutte le questioni che possono sollevarsi in sede di controllo del titolo custodiale: da quelle di **competenza** a quelle sulla **qualificazione giuridica del fatto-reato**, passando per la prospettazione di tutte le soluzioni interpretative necessarie per il concreto ed effettivo **esercizio dei diritti di difesa** anche in considerazione della fase processuale in cui interviene la misura cautelare (si pensi alle problematiche del nuovo giudizio immediato c.d. "custodiale", alle procedure di estradizione e mandato d'arresto europeo).
L'opera, dal **taglio pratico** nei contenuti e nella struttura, è l'unica nel panorama editoriale italiano ad affrontare in modo **specifico**, **aggiornato** e **completo** l'argomento e rappresenta un **indispensabile strumento di lavoro** per gli **operatori del diritto**.

Ipsoa 2012, Pagg. 256, Euro 29,00

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

CONTRATTI
FORMULARIO COMMENTATO

L'Opera fornisce le formule dei **contratti tipici e atipici**, compresi quelli accolti di recente nella prassi e introdotti dalle ultime riforme legislative, maggiormente utilizzati in **ogni ambito dell'attività commerciale**.
La casistica in materia è estremamente vasta e comprende anche i modelli della **pratica internazionale** ("Buy back") e quelli più **attuali**, quali l'assistenza informatica e medico-sanitaria, i contratti di "Call e put option" e "Financial futures", il contratto di "Call center".
Le oltre 200 formule sono corredate da:
• l'indicazione delle **fonti normative**;
• un **inquadramento sistematico d'autore** sintetico e completo che tratta le caratteristiche essenziali del contratto e i profili di problematicità;
• una **rassegna** delle questioni giuridiche più controverse risolte dalla **giurisprudenza** di **legittimità** e di **merito**;
• una **bibliografia essenziale** che fornisce la selezione delle opere più utili per la pratica e le fonti classiche per eventuali approfondimenti.

a cura di **Francesco Macario**
pagg. 2.432, **€ 150,00**

Il taglio pratico-scientifico e la struttura dell'Opera rendono il Formulario uno strumento di **rapida e completa consultazione** nella delicata fase della **redazione degli accordi contrattuali**.
Il Cd-Rom allegato contiene tutte le formule scaricabili e adattabili al caso specifico.

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.

☐ (00116641) Sì, desidero acquistare il volume **Contratti Formulario commentato con Cd-Rom,** a cura di F. Macario a **€ 150,00**

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

❑ (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura
❑ Addebitare l'importo di € ..... sulla mia carta di credito:
❑ Mastercard (16 cifre) ❑ American Express (15 cifre) ❑ VISA (16 cifre) ❑ Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

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

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

Y03DO LE

Osservatorio di legittimità

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

Lavoro

Infortunio sul lavoro

Cassazione civile, sez. lav., 13 febbraio 2012, n. 2016 - Pres. Vidiri - Est. Morcavallo

La tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro prevista per gli artigiani dal d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 4, n. 3, riguarda esclusivamente le attività "normali" (ossia quelle inerenti al momento lavorativo-esecutivo) e non si estende alle attività relative al momento organizzativo-imprenditoriale, se pure le suddette attività manuali non devono necessariamente corrispondere a quelle tipiche della prestazione artigianale, estendendosi la tutela a tutti quei lavori che, ancorché non svolti per un committente e dietro corrispettivo, siano in ogni caso indispensabili (in quanto preparatori, accessori o connessi) alla prestazione lavorativa dell'artigiano.

Il caso

La vedova di un artigiano cita in giudizio l'I.N.A.I.L. per farsi riconoscere il diritto ad una rendita permanente, spiegando che suo marito era morto in un incidente stradale nel mentre si recava presso un cliente per verificare lo stato del tetto di un edificio rustico che aveva avuto l'incarico di sistemare.
La domanda è respinta dai giudici del merito, i quali rilevano che nel giudizio era rimasto dimostrato che la vittima, in occasione dell'incidente stradale in cui aveva perso la vita, aveva appena posteggiato il proprio camion su cui si trovavano delle scale di legno da consegnare ad un negozio che gliele aveva ordinate, allorché era stato investito da un autoveicolo mentre attraversava la strada; d'altra parte, era stato accertato - ed era stato riferito dalla stessa attrice in sede di ricorso amministrativo - che l'attività di sopralluogo per la sistemazione di un tetto era stata programmata per un diverso orario della giornata; l'evento mortale, quindi, si era verificato al di fuori dell'attività artigianale e non era perciò indennizzabile ai sensi del d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 4, n. 3.
La vedova della vittima ricorre allora per cassazione.

La decisione

Il ricorso è respinto con riferimento al principio sopra massimato. In particolare, osserva la S.C. che la valutazione dei giudici di merito, in ordine alla effettiva natura dell'attività lavorativa posta in essere dalla vittima al momento dell'incidente, si fonda in primo luogo sul mancato assolvimento dell'onere (incombente sulla parte attrice) di provare il carattere "normalmente" artigianale di quell'attività, stante, peraltro, il ricorso amministrativo, proposto dalla vedova, che escludeva, in base ai riferimenti fattuali allegati dalla stessa istante, il rischio legato al lavoro artigianale.

I precedenti

Il principio risulta già affermato da Cass. 21 maggio 1998, n. 10359. Sull'argomento cfr. anche Cass. 21 ottobre 1997, n. 10359, secondo la quale ai fini dell'indennizzabilità, da parte dell'I.N.A.I.L., degli infortuni subiti dai soci di una società è necessario che essi derivino da un rischio insito nell'attività aziendale e connesso allo svolgimento di un'attività di tipo prettamente lavorativo-esecutivo, anche se svolta al di fuori della sede della società, e non già anche di tipo imprenditoriale-organizzativo. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui il socio di una società abbia subito un infortunio mentre era alla guida di un autoveicolo, l'indagine del giudice deve accertare se l'incidente si sia verificato durante lo svolgimento di un'attività propriamente imprenditoriale, nel qual caso è esclusa la protezione assicurativa, ovvero in connessione con la mera esecuzione di atti materiali purché pertinenti all'oggetto dell'impresa ed alle sue necessità operative, nel qual caso la copertura assicurativa è operante. Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva ritenuto l'indennizzabilità di un infortunio mortale subito dal socio di una società in nome collettivo esercente attività di autotrasporto per conto terzi, durante un viaggio effettuato allo scopo di controllare presso la ditta installatrice il corretto montaggio di una gru su un autocarro della società, ritenendo che tale controllo costituisse attività strettamente e inevitabilmente collegata alle mansioni di autista trasportatore a lui affidate come socio.

La dottrina

D. Poletti, *Il danno da infortunio sul lavoro alla luce del D.Lgs. n. 38/2000*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 276, che esamina le novità che il D.Lgs. n. 38/2000 ha introdotto in tema di infortuni sul lavoro e malattie professionali, sulla base delle indicazioni della Corte costituzionale, innestando tale decreto, nel sistema del Testo Unico infortuni sul lavoro e malattie professionali del 1965, una serie di modifiche destinate ad avere importanti conseguenze su molteplici fronti.

Responsabilità del datore per infortunio sul lavoro o per malattia professionale

Cassazione civile, sez. lav., 16 febbraio 2012, n. 2251 - Pres. Amoroso - Est. Mammone

La disposizione di cui all'art. 2087 c.c., avendo carattere di norma di chiusura del sistema antinfortunistico, non è circoscritta alla violazione di regole d'esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma deve ritenersi volta a sanzionare, anche alla luce delle garanzie costituzionali del lavoratore, l'omessa predisposizione di tutte quelle misure e cautele atte a preservare l'integrità psicofisica e la salute del lavoratore nel luogo di lavoro, tenuto conto della concreta realtà aziendale e della maggiore o minore possibilità di venire a conoscenza e di indagare sull'esistenza di fattori di rischio in un determinato momento storico.

Il caso

I fratelli F. citano in giudizio un'azienda costruttrice di navi per

ottenere il risarcimento dei danni patiti a seguito del decesso del loro padre, già dipendente negli anni dal 1955 al 1960 e dal 1969 al 1974 di società incorporata da quella convenuta, assumendo che il predetto era deceduto a causa di neoplasia polmonare (mesotelioma), causata dall'inalazione delle fibre di amianto presenti nell'ambiente di lavoro e dalla mancanza di idonei strumenti di prevenzione del rischio.
I giudici del merito accolgono la domanda, affermando la responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087 c.c. e dell'obbligo di adottare idonee misure di prevenzione del rischio, a fronte della riconosciuta nocività dell'ambiente per la diffusione di fibre di amianto liberate a causa dell'uso di tale materiale nei cantieri di costruzione ed allestimento delle navi, di cui era conosciuta l'alta pericolosità, e la cui inalazione si poneva in nesso causale con il decesso della vittima.
La società soccombente propone ricorso per cassazione, lamentando che il giudice abbia ritenuto che il datore fosse tenuto ad adottare misure di prevenzione in presenza di non apprezzabili esposizioni di ignota pericolosità, al punto da ritenere obbligatorio un intervento prevenzionale di rimozione delle polveri in presenza di "minime particelle" di materiale invisibili ad occhio nudo. Secondo la ricorrente, inoltre, il contenuto dell'obbligo di sicurezza andrebbe determinato alla luce della massima sicurezza tecnologica possibile sul piano concreto, venendo altrimenti a configurarsi un'ipotesi di responsabilità oggettiva o, con particolare riferimento all'aspetto della polverosità dell'ambiente, di responsabilità per la mancata adozione di misure di prevenzione palesemente inidonee sul piano tecnico.

La decisione

La S.C. respinge il ricorso ribadendo che, sul piano legislativo, da epoca ben anteriore agli anni settanta era affermata la pericolosità della lavorazione dell'amianto e che all'epoca di svolgimento del rapporto di lavoro del dante causa dei ricorrenti era nota la pericolosità delle fibre dell'amianto impiegato nelle lavorazioni cui il predetto era addetto, di modo che, rispetto al rischio alle stesse intrinseco, si imponeva l'adozione di misure idonee a ridurre il rischio, in ottemperanza alla norma di cui all'art. 2087 c.c. Responsabilità, questa, di natura contrattuale, per cui, ai fini del relativo accertamento, sul lavoratore che lamenti di aver subito a causa dell'attività lavorativa svolta un danno alla salute, incombe l'onere di provare l'esistenza del danno e la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro elemento, mentre grava sul datore di lavoro - una volta che il lavoratore abbia provato le predette circostanze - l'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, ovvero di aver adottato tutte le cautele necessarie per impedire il verificarsi del danno medesimo.

I precedenti

In argomento, cfr. Cass. 23 settembre 2010, n. 20142, secondo la quale l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per infortunio sul lavoro o malattia professionale opera esclusivamente nei limiti posti dall'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965 e per i soli eventi coperti dall'assicurazione obbligatoria, mentre qualora eventi lesivi eccedenti tale copertura abbiano comunque a verificarsi in pregiudizio del lavoratore e siano casualmente ricollegabili alla nocività dell'ambiente di lavoro, viene in rilievo l'art. 2087 c.c., che, come norma di chiusura del sistema antinfortunistico, impone al datore di lavoro, anche dove faccia difetto una specifica misura preventiva, di adottare comunque le misure generiche di prudenza e diligenza, nonché tutte le cautele necessarie, secondo le norme tecniche e di esperienza, a tutelare l'integrità fisica del lavoratore assicurato. Anche tale responsabilità datoriale non è, peraltro, configurabile ove il nesso causale tra l'uso di una sostanza e la patologia professionale non fosse configurabile allo stato delle conoscenze scientifiche dell'epoca, sicché non poteva essere prospettata l'adozione di adeguate misure precauzionali. In questa fattispecie la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva respinto la domanda di risarcimento del danno proposta dagli eredi di un lavoratore, già addetto alla lavorazione dell'amianto, deceduto per mesotelioma ed esposto al rischio tra il 1953 ed il 1962, ritenendo congruamente motivato il giudizio secondo il quale il rispetto delle limitate prescrizioni cautelative praticabili all'epoca dello svolgimento dell'attività lavorativa, non avrebbe impedito l'insorgere del mesotelioma in quanto malattia dose-dipendente.

La dottrina

N. Coggiola, *Il risarcimento dei danni da esposizione amianto: dall'utilizzo del concetto dell'aumento del rischio all'inversione dell'onere della prova sul nesso di causalità*, in *Giur. it.*, 2005, 1390.

Risarcimento del danno

Nullità del contratto

Cassazione civile, sez. II, 17 febbraio 2012, n. 2366 - Pres. Oddo - Est. Nuzzo

La rilevabilità di ufficio della nullità del contratto, in ogni stato e grado del processo, opera solo se da parte dell'attore se ne richieda l'adempimento e non, invece, quando la domanda sia diretta a far valere l'invalidità del contratto o a pronunciarne la risoluzione per inadempimento; in quest'ultima ipotesi, infatti, il giudice, sulla base del coordinato disposto di cui all'art. 1421 c.c. e all'art. 112 c.p.c., è tenuto al rispetto del principio dispositivo, evitando di ampliare i propri poteri d'iniziativa officiosi.

Il caso

Il sig. P. acquista un'autovettura usata presso un autosalone. Dopo poco la vettura gli viene rubata. La Polizia la ritrova, scopre che il telaio è contraffatto e la sequestra. Il sig. P. conviene, allora, in giudizio la società titolare dell'autosalone, chiedendo la risoluzione del contratto di compravendita e la condanna della convenuta società alla restituzione di quanto da lui pagato per l'automobile o, in subordine, al risarcimento del danno.
Il Tribunale non si pronunzia sulla domanda risolutoria, ma condanna la società convenuta a restituire all'attore il prezzo pagato per l'autovettura.
La Corte d'appello riduce la somma risarcitoria, tenuto conto del deprezzamento subito dalla vettura, osservando che il mancato esame, da parte del giudice di prime cure, della domanda di risoluzione del contratto di vendita, senza che tale omissione avesse formato oggetto di censura, comportava che il risarcimento del danno andava quantificato con riferimento alla data del sequestro dell'autovettura ed alla successiva distruzione del bene che, essendo rimasto nella disponibilità del P., ha prodotto le utilità per le quali era stato

acquistato, tenuto conto, inoltre, del deprezzamento che, comunque, la vettura aveva subito.
Il sig. P. propone ricorso per cassazione, lamentando, tra l'altro, l'omessa pronuncia officiosa, da parte del giudice dell'appello, della nullità dell'atto di compravendita derivante dal fatto che essa aveva riguardato un bene incommerciabile.

La decisione

La S.C. rigetta il ricorso, spiegando che non poteva il giudice di appello rilevare la nullità del negozio di vendita dell'auto per la sua pretesa incommerciabilità (numero di telaio alterato), avendo il sig. P. avanzato in primo grado domanda di risoluzione del contratto di vendita e di risarcimento del danno, con la conseguenza che la omessa pronuncia sulla prima domanda, non censurata in appello, comportava solo la decisione sulla richiesta di risarcimento del danno.

I precedenti

Già è stato affermato che la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto opera quando si chieda l'adempimento del contratto, in considerazione del potere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, e non quando la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, dovendosi coordinare l'art. 1421 c.c. con l'art. 112 c.p.c., il quale, sulla base del principio dispositivo su cui va modellato il processo, impone al giudicante il limite insuperabile della domanda, anche alla luce del nuovo art. 111 Cost., che richiede di evitare, al di là delle precise e certe indicazioni normative, ampliamenti dei poteri di iniziativa officiosa (Cass. 6 ottobre 2006, n. 21632).
Tuttavia, occorre porre in evidenza il contrario orientamento secondo cui il giudice può rilevare d'ufficio la nullità di un contratto, a norma dell'art. 1421 c.c., anche se sia stata proposta la domanda di annullamento o di risoluzione o di rescissione del contratto, senza incorrere nel vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto medesimo; ne consegue che il rilievo di quest'ultima da parte del giudice dà luogo a pronunzia non eccedente i limiti della causa, la cui efficacia resta commisurata nei limiti della domanda proposta, potendo quindi estendersi all'intero rapporto contrattuale se questa lo investa interamente (Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956).

La dottrina

M. Pirovano, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, in *Contratti*, 2011, 681.

LIBRI

COLLANA: **Monografie Corriere giuridico**
diretta da V. Carbone

Il contratto preliminare nella giurisprudenza
Questioni applicative e forme di tutela
di Michele Ruvolo

Il volume esamina le posizioni della giurisprudenza relative: al **contenuto**, alla **forma** ed agli **effetti** del preliminare; alla **distinzione** tra questo ed il **patto di prelazione** ed il **contratto di opzione**; alle caratteristiche del preliminare ad effetti anticipati ed alle varie conformazioni che nella pratica negoziale il preliminare può assumere (per persona da nominare, a favore di terzo eventualmente da designare o con clausola di consenso preventivo alla cessione).
Grande spazio viene poi riservato alle varie **forme di tutela** riconosciute al **promissario acquirente** ed al **promittente venditore**, prima fra tutte quella dell'esecuzione specifica di cui all'art. 2932 c.c., esaminata in tutti i suoi aspetti pratici.
L'analisi si sposta successivamente sulle **altre forme di tutela** di cui dispongono le parti, compresi i rimedi spesso meno considerati ma aventi comunque un'evidente rilevanza pratica (si pensi a quelli di cui agli artt. 1482 e 1489 c.c., alla **rescissione per lesione**, alla **fissazione giudiziale di un termine**, allo **scioglimento dal contratto da parte del curatore fallimentare** ed alla **risoluzione per mutuo dissenso** in caso di esclusione della ricorrenza di un grave inadempimento di una delle parti).
Infine, fatto un quadro sulla **trascrizione del preliminare**, si affronta l'intricata questione dei rapporti e della compatibilità tra **meccanismi caducatori** e **rimedi risarcitori** nonché tra domanda risarcitoria e domanda restitutoria.
L'obiettivo del volume è quello di soddisfare le **esigenze del professionista**, coniugando quanto può servire all'operatore del diritto – particolarmente interessato agli **aspetti pratici** e **applicativi** – con quanto maggiormente susciti l'attenzione di chi rivolga il suo interesse prevalentemente ai **profili sistematici** e **teorici**.

Ipsoa 2011, Euro 28,00

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

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di **Gina Gioia**

Mobbing

Comportamenti intenzionalmente ostili e prova dell'intento vessatorio

Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 856 - Pres. Severini - Rel. Garofoli - Tizio c. I.S.V.A.P.

Se, in assenza di una definizione normativa, per *mobbing* si intende una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, complessa, continuata e protratta nel tempo, tenuta nei confronti di un lavoratore nell'ambiente di lavoro, occorre che si manifesti con comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti od incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, e cioè con un intento vessatorio finalizzato alla persecuzione del lavoratore.

Il caso

Con il ricorso di primo grado, l'appellante - dipendente con qualifica dirigenziale dell'I.S.V.A.P. - ha azionato due diverse domande: una di annullamento di atti della procedura per la promozione ai gradi superiori della dirigenza e l'altra di accertamento della responsabilità dell'I.S.V.A.P. per *mobbing* con conseguente condanna ai danni.
Il T.a.r. Lazio ha respinto il ricorso per la parte in cui l'interessato ha lamentato di essere stato vittima di una complessiva condotta di *mobbing* posta in essere dall'I.S.V.A.P., perché non se ne ravvisano i presupposti, mancando in particolare la prova dell'elemento soggettivo, ovvero dell'intento vessatorio. Peraltro, il ricorrente non ha nemmeno ipotizzato quale potesse essere la ragione di questo asserito comportamento persecutorio, improvvisamente determinatosi dopo un periodo in cui, invece, lo stesso aveva goduto di grande considerazione e di gratificazioni.
Ciò non significa, tuttavia, che alcuni degli episodi denunciati nel ricorso non possano essere indicativi di una situazione di disagio patita dal lavoratore. Infatti, parte delle allegazioni del ricorrente hanno trovato conferma nei fatti. Detta situazione di disagio, dunque, non può essere eziologicamente ricondotta con sicurezza ad un intento persecutorio del datore di lavoro, di ignota origine, ma potrebbe derivare, ad esempio, semplicemente, da mutate esigenze organizzative.
Avverso la sentenza insorge con ricorso l'appellante, sostenendone l'erroneità e chiedendone la riforma.

La decisione

Per *mobbing* si intende comunemente - in assenza di una definizione normativa - una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, complessa, continuata e protratta nel tempo, tenuta nei confronti di un lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si manifesta con comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti od incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, espressivi di un disegno in realtà finalizzato alla persecuzione o alla vessazione del lavoratore, tale che ne consegua un effetto lesivo della sua salute psicofisica.
Ai fini della configurabilità di una siffatta condotta lesiva del datore di lavoro sono, pertanto, rilevanti la molteplicità e globalità di comportamenti a carattere persecutorio, illeciti o anche di per sé leciti, posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente secondo un disegno vessatorio; l'evento lesivo della salute psicofisica del dipendente; il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore gerarchico e la lesione dell'integrità psicofisica del lavoratore; la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio. Nel verificare l'integrazione di una tale evenienza è quindi necessario, anche in ragione della indeterminatezza normativa della figura, attendere ad una valutazione complessiva ed unitaria degli episodi lamentati dal lavoratore, da apprezzare per accertare tra l'altro: da un lato, l'idoneità offensiva della condotta datoriale (desumibile dalle sue caratteristiche di persecuzione e discriminazione) e, dall'altro, la connotazione univocamente emulativa e pretestuosa della condotta.
Ne consegue che la ricorrenza di un'ipotesi di condotta mobbizzante andrà esclusa quante volte la valutazione complessiva dell'insieme di circostanze addotte (ed accertate nella loro materialità), pur se idonea a palesare, *singulatim*, elementi od episodi di conflitto sul luogo di lavoro, non consenta di individuare, secondo un giudizio di ordinaria verosimiglianza, il carattere esorbitante ed unitariamente persecutorio e discriminante nei confronti del singolo del complesso delle condotte poste in essere sul luogo di lavoro. È in primo luogo necessaria, quindi, che sia fornita la prova dell'esistenza di un sovrastante disegno persecutorio, tale da piegare alla sue dominanti finalità i singoli atti cui viene riferito. D'altra parte, determinati comportamenti non possono essere qualificati come costitutivi di *mobbing*, ai fini della pronuncia risarcitoria richiesta, se può emergere che vi è una ragionevole ed alternativa spiegazione al comportamento datoriale.
Il Collegio ritiene che gli indicati elementi costitutivi della figura di *mobbing* non siano presenti nel caso di specie. In particolare, non può dirsi in alcun modo provata l'esistenza di un disegno persecutorio elaborato e perseguito dall'I.S.V.A.P. in danno del ricorrente.
In sé un atto illegittimo, o più atti illegittimi di gestione del rapporto in danno del lavoratore, non sono sintomatici della presenza di un comportamento mobbizzante, occorrendo che ricorrano tutti gli altri ed ulteriori elementi richiamati. Perciò, l'eventuale accertamento giurisdizionale dell'illegittimità degli atti della procedura per la promozione ai gradi superiori della dirigenza non permette - da sé sola considerata - di affermare l'integrazione della fattispecie di *mobbing*: tanto più che al riscontro della indicata illegittimità lo stesso giudice di

prima istanza è pervenuto - con distinta sentenza n. 3706 del 2011 - avendo accertato vizi di tipo solo procedimentale, in specie il difetto di motivazione della delibera gravata in relazione alla mancata predeterminazione delle posizioni dirigenziali da ricoprire.
Non è emersa la presenza di un complessivo disegno persecutorio qualificato da comportamenti materiali, ovvero da provvedimenti, contraddistinti da finalità di volontaria e organica vessazione nonché di discriminazione, con connotazione emulativa e pretestuosa. Per le esposte ragioni, l'appello è stato quindi respinto.

I precedenti

In senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3648; Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2011, n. 3389, in *Foro it.*, 2011, III, 357; Cass., sez. lav., 31 maggio 2011, n. 12048, in *Foro it.*, 2011, I, 2023: «la condotta di *mobbing* postula la molteplicità di comportamenti di carattere persecutorio, illeciti, o anche leciti se singolarmente considerati, che siano stati compiuti in maniera miratamente sistematica e prolungata contro il dipendente con intento vessatorio».

La dottrina

S. Foffano, *La responsabilità dell'amministrazione pubblica nel caso di condotta vessatoria del superiore gerarchico:* mobbing *e questioni controverse*, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, 633; F. Olivelli, *Sulla definizione del* mobbing *e sua distinzione dalla discriminazione per motivi sindacali*, in *Giur. it.*, 2011, 601; N. Ghirardi, *Il* mobbing *nell'ordinamento francese*, in *Dir. e pratica lav.*, 2010, 2008.

Responsabilità precontrattuale della P.A.

Revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto per nuova valutazione dell'interesse pubblico e determinazione del *quantum*

Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662 - Pres. Numerico - Rel. Forlenza - Ro.Sc. s.r.l. c. Anas

L'accertamento della responsabilità precontrattuale della P.A. non è escluso dalla dichiarata legittimità del provvedimento, di annullamento o di revoca, assunto in via di autotutela, posto che la revoca dell'aggiudicazione pone al riparo l'interesse pubblico; permane tuttavia il legittimo affidamento suscitato nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica, poi rimossi, con la conseguenza che l'impresa non poteva non confidare, con correttezza e buona fede, sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso.

Ove vi sia mancata stipulazione del contratto di appalto a fronte di aggiudicazione definitiva, il *quantum* risarcibile non può essere limitato al solo danno emergente per le spese sostenute, come prevede per l'indennizzo l'art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990, ma deve comprendere anche - ove provato - il danno derivante dalla perdita di ulteriori favorevoli occasioni contrattuali, nonché il cd. "danno curriculare", consistente nell'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito.

Il caso

La società Ro.Sc., in proprio e quale mandataria di un'ATI, impugna la sentenza del T.a.r. Lazio, sez. III, che ha rigettato il suo ricorso proposto avverso l'annullamento di tutti gli atti della procedura concorsuale per l'aggiudicazione dei lavori di riqualificazione del viadotto Morello dell'autostrada Palermo-Catania, accogliendo solo in parte la domanda di risarcimento del danno, limitatamente al «solo danno emergente per spese sostenute».
La sentenza appellata ha affermato che l'amministrazione in autotutela «ha di fatto proceduto alla revoca di tutti gli atti della procedura di gara, occorrendo una nuova progettazione, completamente diversa dalla precedente, con una nuova ed urgente procedura di affidamento, non essendo possibile procedere mediante esecuzione dei lavori stessi da parte del raggruppamento originariamente affidatario».
Pertanto sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. senza che a tal fine abbia «alcun rilievo preclusivo la riconosciuta legittimità dell'intervento provvedimentale in autotutela».

La decisione

La sentenza impugnata qualifica l'intervento in autotutela disposto dall'A.N.A.S. come "revoca", e non come "annullamento", posto che l'esercizio del potere di autotutela, oltre che per intervenuta citazione dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990, si qualifica come revoca in relazione al suo contenuto, atteso che l'atto è stato adottato con riferimento al tempo trascorso ed al maturarsi di una diversa situazione di fatto, con conseguente rivalutazione dell'interesse pubblico.
Tale provvedimento, assunto in esercizio di potere di autotutela, deve essere adeguatamente motivato, in particolare allorché incide su posizioni in precedenza acquisite dal privato, non solo con riferimento ai motivi di interesse pubblico che giustificano il ritiro dell'atto, ma anche in considerazione delle posizioni consolidate e all'affidamento ingenerato nel destinatario dell'atto da revocare.
Laddove la revoca dell'atto costituisce un vero e proprio dovere dell'Amministrazione, che è tenuta a porre rimedio alle sfavorevoli conseguenze derivanti dal perdurare dell'efficacia del provvedimento, del quale siano venute meno le ragioni giustificatrici, l'obbligo di motivazione può ritenersi assolto con la mera evidenziazione della obiettiva situazione presupposta, atteso che l'interesse pubblico all'adozione dell'atto è, in questo caso, "*in re ipsa*".
Nel caso di specie, il provvedimento di revoca appare legittimamente adottato dall'amministrazione, sia in ragione del tempo trascorso, sia in relazione alle diverse esigenze di intervento relative al viadotto Morello, con un sopravvenuto progetto «largamente diverso dal precedente». Tali elementi, positivamente riscontrati, fondano l'esercizio legittimo del potere di revoca, perché impongono una riconsiderazione, all'attualità, dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'intervento, per qualità, quantità e modalità esecutive.
Fondata invece è l'impugnativa dell'erronea statuizione sui profili risarcitori.
L'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990 prevede, per la revoca in modo legittimo di un precedente provvedimento amministrativo vantaggioso, l'attribuzione dell'indennizzo a favore del soggetto che direttamente subisce il pregiudizio, presupponendo la legittimità del provvedimento di revoca.
In questo caso, ferma la necessità di riscontrare la sussi-

stenza degli altri presupposti previsti, l'indennizzo è parametrato al solo "danno emergente".
Diversamente da quanto affermato per l'indennizzo, l'obbligazione della P.A. per responsabilità contrattuale o extracontrattuale ha natura risarcitoria e, nel caso della responsabilità precontrattuale (che ricorre nel caso in esame), si fonda, ai sensi dell'art. 1337 c.c., sulla violazione dei principi di correttezza e buona fede «nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto».
In sostanza, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.
Ricostruiti gli aspetti salienti della responsabilità precontrattuale, si rileva che, secondo un orientamento affermato in giurisprudenza, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale da parte della P.A. a seguito della mancata stipula dal contratto, debba intendersi limitato: a) al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative (danno emergente); b) al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedite proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante). Importo per lo più liquidato equitativamente (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6), nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta.
Ne deriva che la responsabilità precontrattuale comporta obbligo di risarcimento del danno nei limiti del cd. interesse negativo, e cioè dell'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale, laddove l'interesse positivo è interesse all'esecuzione del contratto e tuttavia la misura del risarcimento del danno non è concettualmente riducibile al solo "danno emergente", come erroneamente affermato dalla sentenza appellata.
Nel caso di mancata conclusione del contratto, il soggetto avrà diritto al risarcimento del danno consistente innanzitutto nelle spese inutilmente sostenute, e consistente inoltre nella perdita di favorevoli occasioni contrattuali, cioè di ulteriori possibilità vantaggiose sfuggite al contraente a causa della trattativa inutilmente intercorsa, ovvero a causa dell'inutile stipulazione del contratto. A tali voci deve essere aggiunto il cd. "danno curriculare", cioè quel danno consistente nell'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito.
Alla luce di quanto sin qui esposto, il Collegio ritiene che, nel caso di specie, il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale debba consistere:
– nel danno emergente, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura già determinata dal giudice di primo grado;
– nel cd. danno curriculare, derivante dalla mancata stipulazione ed esecuzione del contratto, non potendosi far valere, da parte dell'impresa appellante incolpevole, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito, posto che ciò è derivato dalla sopravvenuta necessità di determinare diversamente, da parte dell'amministrazione, il contenuto contrattuale, e ciò ad aggiudicazione definitiva già intervenuta. Tale voce va equitativamente determinata nella misura del 3% del valore dell'appalto, come definibile dalla misura dell'offerta oggetto dell'aggiudicazione definitiva (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 491 e 23 ottobre 2007, n. 5592);
– nel lucro cessante, inerente ad ulteriori, non sfruttate, favorevoli occasioni contrattuali. A tal fine, il Collegio ritiene di poter assumere come comprovata la sussistenza di tale voce di lucro cessante (secondo il criterio del "più probabile che non"), determinando per essa l'entità del risarcimento nella misura del 2% del valore dell'appalto.
Non può essere, invece, riconosciuto il danno consistente nell'utile che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto (normalmente definito nel 10% del valore dell'appalto), dato che, nel caso di specie, non vi è stata esecuzione del contratto da parte di altro contraente né, in ogni caso, la società appellante avrebbe potuto conseguire tale utile.
Né, infine, può essere riconosciuto il risarcimento del danno all'immagine, posto che esso non è configurabile nel caso di specie, laddove cioè la mancata stipulazione del contratto costituisce conseguenza del sopravvenuto, legittimo esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione da parte dell'amministrazione.
Il Consiglio di Stato ha così accolto l'appello, limitatamente al risarcimento del danno.

I precedenti

Il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge, in via alternativa, o per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. È legittimo il provvedimento di revoca di una gara di appalto laddove tale provvedimento è motivato con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa, posto che l'art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990 consente un ripensamento da parte della amministrazione là dove questa ritenga di operare motivatamente una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario: Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2011, n. 2291. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2011, n. 283; 21 aprile 2010, n. 2244; 17 marzo 2010, n. 1554.
Nel caso di indennizzo non vi è luogo per accertare la presenza di colpa nell'apparato amministrativo: Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2010, n. 671.
Sulla responsabilità precontrattuale della P.A., Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2008, n. 5574; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393; 8 settembre 2010, n. 6489.

La dottrina

A. Ilacqua, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione - Evoluzioni giurisprudenziali*, in G*iust. amm.*, 2009, fasc. 1, 418; G. Afferni, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra interesse positivo ed interesse negativo*, in questa *Rivista*, 2006, 353; V. Bellomia, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Giur. merito*, 2006, 421; G. Chiné, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: ultimo atto*, in *Corr. merito*, 2006, 121.

Osservatorio di merito

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

Circolazione stradale

Presunzione di colpa concorrente

Tribunale di Nola, sez. II, 19 gennaio 2012 - Giud. Costabile

In tema di responsabilità civile da circolazione stradale, l'accertamento in concreto della responsabilità di uno dei conducenti non comporta il superamento della presunzione di colpa concorrente sancito dall'art. 2054 c.c., essendo a tal fine necessario accertare in concreto che l'altro conducente si sia pienamente uniformato alle norme sulla circolazione ed a quelle di comune prudenza, nonché abbia fatto tutto il possibile per evitare l'incidente.

Il caso

Con ricorso *ex* art. 414 c.p.c. ed art. 3 l. n. 102/2006, depositato in data 30 ottobre 2008, A.C. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Nola A.B., G.B. e M.B., quali eredi di R.A.C., proprietaria del veicolo Fiat Punto, condotto nell'occasione da G.B., e la Società Alfa - nella qualità di compagnia assicuratrice del veicolo - per sentirli condannare al risarcimento dei danni subiti a seguito del sinistro stradale verificatosi in data 17 ottobre 2006.
Si costituiva in giudizio la Società contestando la domanda e chiedendone il rigetto.
A.B., G.B. e M.B. restavano contumaci.
Escussa la prova testimoniale ed espletata CTU medico-legale, la causa veniva discussa all'udienza del 19 gennaio 2012 e decisa mediante lettura della motivazione e del dispositivo.

La decisione

Il Tribunale di Nola ha preliminarmente disatteso le eccezioni di improponibilità e di improcedibilità della domanda sollevate dalla Società Alfa, in quanto dalle produzioni in atti sono risultati adempiuti tutti gli oneri *ex* artt. 145 e 148 D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (cd. Codice delle Assicurazioni).
Non è stata accolta neppure l'eccezione di nullità dell'atto introduttivo *ex* art. 164 c.p.c. sollevata dalla convenuta, atteso che nello stesso sono risultati sufficientemente indicati i fatti storici che l'attore ha posto a base delle proprie domande.
Alla stregua della documentazione versata in atti il Tribunale ha ritenuto provata sia la qualità di proprietaria del veicolo Fiat Punto in capo alla *de cuius* R.A.C. sia la qualità di eredi dei tre convenuti A.B., G.B. e M.B.
Nel merito, il Giudice ha precisato che il danneggiato che evochi in giudizio, *ex* art. 2054 c.c. e 144 cod. ass. (già artt. 18 ss. l. n. 990/1969), il responsabile civile e la relativa Compagna di Assicurazione è gravato, preliminarmente, dell'onere di fornire adeguata prova in ordine all'avvenuta verificazione del fatto dannoso ed al nesso di causalità tra quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli lamentate (*ex multis*, Cass., sez. III, 2 agosto 2001, n. 10609).
Orbene, entrambi i testi escussi sulla dinamica del sinistro hanno confermato le allegazioni di parte attorea riguardo alle modalità del sinistro.
Nello specifico, i testi hanno riferito che il sinistro si verificò perché il veicolo Fiat Panda improvvisamente fuoriusciva dalla colonna di veicoli in coda per tentare una svolta a sinistra impattando contro la moto condotta da A.C. che stava percorrendo la stessa strada nell'opposto senso di marcia; che l'impatto avvenne all'interno della corsia di marcia percorsa dalla motocicletta e fu frontale; che la Punto aveva assunto una posizione leggermente trasversale, occupando l'intera corsia di marcia percorsa dalla motocicletta, che non poté tentare alcuna manovra per evitare l'impatto in quanto priva di qualsivoglia via di fuga; che a seguito dell'urto A.C., che indossava regolarmente il casco protettivo, finiva prima sbalzato sul cofano della Punto e poi a terra, venendo di seguito trasportato in ospedale; che i veicoli non furono spostati prima dell'arrivo degli agenti della Polizia Municipale.
A questo proposito, il Giudice ha dato atto che il luogo ed il tempo di verificazione del sinistro, nonché i punti di impatto tra i due veicoli, sono risultati altresì provati dalle risultanze emergenti dal verbale della Polizia sopraggiunta in loco nell'immediatezza dei fatti, nonché dalla documentazione fotografica mostrante il punto d'urto tra i due veicoli.
A sostegno della propria decisione, il Giudice ha ritenuto precisare che, nel caso di scontro tra veicoli, l'accertamento in concreto di responsabilità di uno dei conducenti non comporta il superamento della presunzione di colpa concorrente sancito dall'art. 2054 c.c., essendo a tal fine necessario accertare in pari tempo che l'altro conducente si sia pienamente uniformato alle norme sulla circolazione e a quelle di comune prudenza ed abbia fatto tutto il possibile per evitare l'incidente. Conseguentemente, l'infrazione, anche grave, come l'invasione dell'altra corsia commessa da uno dei conducenti non dispensa il giudice dal verificare anche il comportamento dell'altro conducente, al fine di stabilire se, in rapporto alla situazione di fatto accertata, sussista un concorso di colpa nella determinazione dell'evento dannoso (Cass., sez. III, 15 gennaio 2003, n. 477).
Per attribuire la responsabilità esclusiva del sinistro al veicolo che ha invaso l'opposta corsia di marcia è, dunque, necessario che il danneggiato dimostri di aver tenuto rigorosamente la destra, di aver condotto il veicolo a velocità moderata e di essersi posto in condizione di impedire il danno.
Orbene, secondo il Tribunale tale prova è stata pienamente raggiunta nella fattispecie in esame.
Il Giudice ha inoltre evidenziato che, ai sensi dell'art. 145, comma 2, D.Lgs. n. 285/1992 (cd. Codice della strada), il conducente di un veicolo che intenda eseguire una svolta a sinistra è tenuto a cedere la precedenza ai veicoli che, provenendo da direzione opposta, si vengono a trovare sulla destra.

Nota:

(*) Con la collaborazione di: Tania Bortolu, Chiara Cadoni, Elisabetta Sini.

Nella fattispecie in esame, peraltro, tale manovra risulta essere stata posta in essere in maniera assolutamente scorretta ovvero tagliando improvvisamente la strada al veicolo che sopraggiungeva nell'opposto senso di marcia.
Inoltre, sulla scorta delle risultanze probatorie, il Giudice ha ritenuto che A.C. stesse procedendo a velocità non elevata perché altrimenti a seguito dell'impatto non sarebbe stato sbalzato sul cofano della Fiat punto bensì sopra il tetto del veicolo o al di là dello stesso.
In ordine, poi, alla responsabilità risarcitoria di A.B., G.B. e M.B., quali eredi della proprietaria del veicolo R.A.C., il Tribunale ha rimarcato che per integrare la prova liberatoria dalla presunzione di colpa stabilita dall'art. 2054, comma 3, c.c. non è sufficiente la dimostrazione che la circolazione del veicolo sia avvenuta senza il consenso del proprietario, ma è al contrario necessario che detta circolazione sia avvenuta contro la sua volontà, la quale deve estrinsecarsi in un concreto ed idoneo comportamento ostativo, specificamente inteso a vietare ed impedire la circolazione del veicolo ed estrinsecatosi in atti e fatti rivelatori della diligenza e delle cautele allo scopo adottate (Cass., sez. III, 7 luglio 2006, n. 15521; Cass., sez. III, 1° agosto 2000, n. 10027).
Nella fattispecie in esame nulla è stato allegato sul punto.
Pertanto, ritenuti provati i fatti allegati, il Giudice ha accolto la domanda attorea, condannando i convenuti, in solido, al risarcimento dei danni patrimoniali, quantificati in euro 343,18, quali spese mediche documentate, nonché dei danni non patrimoniali per complessivi euro 109.736,70, rilevato che dalla CTU medico-legale è emerso un danno biologico permanente pari a 21 punti percentuali, una invalidità temporanea totale di 25 giorni ed una invalidità temporanea parziale di 30 giorni al tasso del 50% ed ulteriori 30 giorni al tasso del 25%.

I precedenti

Cass., sez. III, 19 dicembre 2008, n. 29883, in *Giur. it.*, Mass. 2008; Cass., sez. III, 16 maggio 2008, n. 12444, in *Giur. it.*, Mass. 2008; Cass., sez. III, 9 gennaio 2007, n. 195, in *Giur. it.*, Mass. 2007; Cass., sez. III, 15 gennaio 2003, in *Giur. it.*, Mass. 2003.

Responsabilità sanitaria

Incompleta redazione della cartella ostetrica

Tribunale di Prato 1° febbraio 2012 - Giud. Brogi - Tizia e Caia c. Alfa

Il contenuto del contratto di spedalità si caratterizza per la peculiarità della prestazione, relativa non solo all'assistenza al parto, ma altresì a tutte quelle attività necessarie a dare piena tutela alla salute del nascituro, al punto da poter essere qualificato come un contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo.

Il caso

Con atto di citazione ritualmente notificato Tizia, in proprio e quale esercente la potestà genitoriale su Caia, conveniva in giudizio la Azienda USL Alfa, per sentirla condannare al risarcimento di tutti i danni biologici, morali, patrimoniali ed esistenziali subiti dall'attrice e dalla figlia, oltre interessi legali.
L'attrice esponeva di aver informato prima del parto il personale sanitario della presenza di un tampone positivo allo streptococco; ciò nonostante i sanitari avrebbero omesso di prestare attenzione alle notizie ed ai documenti prodotti dalla madre e colpevolmente ritardato le cure, determinando l'insorgere di una grave malattia (tetraparesi spastica distonica) che ha reso Caia completamente priva di autonomia nel movimento e della capacità di linguaggio.
Ritualmente costituitasi, Alfa chiedeva il rigetto della domanda attorea a causa dell'infondatezza della pretesa.

La decisione

Il Giudice procede, in primo luogo, alla qualificazione del rapporto giuridico intercorrente tra l'ospedale e la paziente, per poi affrontare le peculiarità che caratterizzano, più specificamente, il rapporto tra l'ospedale e la partoriente.
In merito, viene accolto l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel corso dell'ultimo decennio che inquadra nel paradigma di cui all'art. 1218 c.c. la responsabilità per inadempimento delle prestazioni mediche, sia da parte del singolo medico, che da parte della struttura sanitaria nel suo complesso; più precisamente, il rapporto tra partoriente e struttura ospedaliera viene ricondotto allo schema del c.d. contratto di spedalità, avente per oggetto sia l'obbligo relativo alla prestazione medica che una serie di obblighi di protezione o accessori anche nei confronti del nascituro.
Definita la natura contrattuale del rapporto tra le parti, viene analizzato il problema del riparto dell'onere probatorio. In conformità con i principi stabiliti dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 13533 del 2001, si afferma che a fronte dell'allegazione circa l'inadempimento da parte dell'attore, spetta alla struttura sanitaria convenuta dare la prova di aver svolto tutte le prestazioni necessarie a scongiurare gli esiti della malattia contratta dalla bambina ovvero della mancata sussistenza del nesso causale tra la condotta e l'evento lesivo.
Nel caso di specie si nega che il personale abbia svolto in modo diligente la prestazione, in considerazione dell'omessa indicazione nella cartella clinica ostetrica dei risultati dei test eseguiti dalla donna durante la gravidanza e della conseguente mancata valutazione dei fattori di rischio al momento del parto.
Con riferimento al nesso causale, a parere del giudicante è necessario valutare tanto la probabilità statistica, secondo la logica del "più probabile che non", quanto la probabilità logica, consistente nell'accertare l'insussistenza di fattori eziologici alternativi. Nel caso concreto la condotta negligente della struttura ospedaliera viene ascritta all'alveo della causalità omissiva sotto un duplice profilo: quello dell'anamnesi, relativa alla mancata indicazione e valutazione delle analisi e delle informazioni rese dalla partoriente, e quello relativo alla mancata somministrazione di cure nei confronti della neonata. Accertato che l'azione doverosa omessa avrebbe scongiurato l'evento nel 70% dei casi ed esclusa la ricorrenza di decorsi causali alternativi, si conclude per l'esistenza del nesso causale tra l'infezione contratta dalla donna, l'omessa corretta anamnesi della stessa, la mancata tempestiva somministrazione di cure alla madre e alla bambina e l'evento lesivo.

I precedenti

Cass. n. 1698/2006; Cass. n. 9085/2006; Cass. n. 12408/2011; Cass. n. 16123/2010; Cass. n. 20101/2009; Cass. n. 1538/2010.

La dottrina

M. Sella, *La quantificazione dei danni da* malpractise *medica*, Milano, 2009; G. Cassano, *La giurisprudenza del danno esi-*

stenziale, Padova, 2007, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006.

Risarcimento del danno

Lesione della libera autodeterminazione sulle scelte di vita

Tribunale di Latina, sez. II, 22 febbraio 2012 - Giud. Giordano

L'omissione al coniuge della propria *impotentia generandi,* comunemente definita infertilità, dà diritto al coniuge, a cui sia stata taciuta la patologia, al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali. Il risarcimento del danno è dovuto sia nel caso in cui il coniuge abbia scoperto di essere affetto da tale patologia prima del matrimonio e non abbia informato l'altro coniuge, sia quando della patologia ci si renda conto in costanza di matrimonio e si ometta ciò all'altro coniuge.

Il caso

Con atto di citazione ritualmente notificato, Tizia conveniva in giudizio Caio, esponendo di non essere stata informata dal marito, né prima né durante il matrimonio, circa la gravissima infertilità di cui lui era affetto, la quale, peraltro, era stata accertata già prima delle nozze. La Sig.ra Tizia non solo è stata indotta a contrarre matrimonio senza avere consapevolezza delle condizioni psicofisiche del marito, ma altresì aveva rinunciato alla propria occupazione lavorativa per trasferirsi all'estero con il marito e, ignara della patologia dello stesso, si era sottoposta ad una serie di cure ed interventi di fecondazione assistita per coronare il sogno di diventare madre. In ragione di ciò, Tizia chiedeva al Tribunale la condanna del convenuto al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti. Il convenuto, ritualmente costituitosi in giudizio, chiedeva il rigetto delle domande proposte da parte attrice, in quanto ritenute infondate, e proponeva altresì domanda riconvenzionale al fine di ottenere il risarcimento del danno esistenziale patito a causa della violazione del dovere di mutua assistenza e solidarietà coniugale da parte dell'attrice.
La parte convenuta, inoltre, eccepiva preliminarmente l'intervenuta prescrizione in ordine alla proposizione della domanda di parte attrice.

La decisione

Il Tribunale di Latina, ritenendo fondata la domanda proposta da parte attrice, ha accolto la pretesa risarcitoria e, per l'effetto, ha condannato Caio al pagamento della somma di euro 150.000,00, oltre interessi legali. Per controverso non ha trovato accoglimento la domanda di risarcimento del danno esistenziale proposta dal convenuto.
Il Giudice ha ritenuto infondata l'eccezione preliminare di prescrizione sollevata da parte convenuta. Il Tribunale ha infatti chiarito che il termine quinquennale di prescrizione per la proposizione della domanda debba decorrere dal 21 aprile 2003, giorno in cui Tizia ha rinvenuto il certificato medico attestante l'infertilità del marito. A riguardo il Giudice ha affermato, alla stregua di quanto insegna la Suprema Corte, che in tema di prescrizione nell'individuazione del *dies a quo* ci si deve rifare all'ordinario regime della prova e, in ragione di ciò, compete a chi eccepisce la prescrizione l'onere di provare il momento in cui chi agisce abbia assunto l'adeguata percezione del danno subito. Inoltre, il Giudice ha ritenuta non dimostrata la circostanza, dedotta nelle memorie di replica, in ragione della quale parte convenuta affermava di aver reso noto a Tizia l'esistenza del certificato medico, nel periodo in cui i coniugi si trovavano in Svizzera per svolgere accertamenti medici nel tentativo di avere un figlio.
Nel merito, la domanda risarcitoria formulata da Tizia è stata ritenuta fondata e ha trovato accoglimento. In ordine alle motivazioni che hanno portato il Giudice ad accogliere la domanda di Tizia, il Tribunale ha richiamato la più recente giurisprudenza di legittimità sostenendo che la violazione dei doveri derivanti del matrimonio non trova necessariamente sanzione nelle sole misure tipiche, quale la separazione con addebito, ma altresì possa dar luogo al risarcimento dei danni di cui all'art. 2059 c.c., qualora vi sia una lesione dei diritti garantiti dalla Carta Costituzionale.
Nelle motivazioni, il Giudice ha richiamato la fattispecie analoga dell'*impotentia coeundi* (rifacendosi alla recente giurisprudenza della Suprema Corte), di cui è possibile applicare, al caso in esame, i principi relativi all'accertamento della sussistenza della responsabilità. La Suprema Corte aveva evidenziato che, sebbene il comportamento del coniuge costituisca causa della separazione o del divorzio, ciò non esclude che questo rilevi anche come fatto generatore di responsabilità aquiliana. La S.C. precisava, inoltre, che ai fini dell'azione risarcitoria si debba tener conto delle sole condotte talmente gravi da ledere i diritti fondamentali della persona. La Corte di cassazione ha, peraltro, sottolineato che gli obblighi di lealtà, di correttezza e di solidarietà, gravanti sui coniugi, debbano sostanziarsi anche nell'obbligo di informazione delle proprie condizioni psicofisiche. Tali obblighi vigono anche in mancanza del vincolo coniugale, se vi è la prospettiva della costituzione di una famiglia.
Nel caso in esame, dall'interrogatorio formale del convenuto è emerso che Caio abbia omesso di informare la futura moglie degli esiti del certificato con diagnosi di "oligoastenospermia grave", che portava la data del 23 novembre 1987, data antecedente al matrimonio. A giustificazione di tale condotta, il convenuto assumeva la non definitività degli esiti degli esami, così come riferitogli dal medico.
Sebbene il giudice abbia escluso un vero e proprio dolo omissivo del convenuto, il Tribunale ha rilevato la sussistenza, in capo a Caio, della colpa grave, la quale è ritenuta sufficiente ai fini della sussistenza della responsabilità aquiliana. Omettendo gli esiti degli esami, per la gravità della diagnosi, Caio aveva privato Tizia della possibilità di autodeterminarsi, violando l'art. 2 della Costituzione.
Peraltro, lo stesso medico curante ha affermato di aver consigliato a Caio di informare la propria moglie o compagna della patologia di cui era affetto.
Il Tribunale ha affermato che la condotta illecita consista nell'aver taciuto all'attrice, seppur con mera colpa grave, la sussistenza della patologia. Tale omissione aveva impedito a Tizia di modulare in maniera consapevole le proprie scelte future, sia sul piano personale che su quello lavorativo.
In ordine al *quantum* del danno risarcibile, il Giudice ha ritenuto di dover ricorrere ai parametri equitativi.
Il Tribunale ha tenuto conto del fatto che l'attrice ha dovuto modificare i propri progetti di vita e, per seguire il marito, aveva ottenuto un impiego all'estero. Inoltre, per poter realizzare il desiderio di diventare madre, dal 1991 al 1996 aveva intrapreso una serie di cure e accertamenti. Infine, il Giudice ha tenuto conto dell'intervenuta impossibilità biologica di Tizia a procreare, in ragione del passare degli anni e dell'avanzamento dell'età.

I precedenti

Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305; Cass. 15 settembre 2011, n. 18853; Cass. 10 maggio 2005, n. 9801.

PRESCRIZIONE E DECADENZA CIVILE

Tribunale di Piacenza 30 gennaio 2012 - Giud. Morlini

Una volta passata in giudicato la sentenza penale di condanna generica dell'imputato al risarcimento del danno da liquidarsi in sede civile a favore della persona offesa, costituitasi parte civile, la successiva azione volta alla determinazione del *quantum debeatur*, per il disposto dell'art. 2953 c.c., non è soggetta alla prescrizione breve di cui all'art. 2947 c.c., ma a quella decennale, decorrente dalla data in cui la sentenza penale è divenuta irrevocabile, atteso che la pronuncia di condanna generica, pur difettando dell'attitudine all'esecuzione forzata, costituisce una statuizione autonoma contenente l'accertamento dell'obbligo risarcitorio, strumentale rispetto alla successiva determinazione del *quantum*.

Il caso

Con atto di citazione notificato in data 19 gennaio 2010, i signori Mr.L, Vd.Tm., Vd. S. e Vd. Ad. Tm, rispettivamente genitori e fratelli germani di Vd. R.J., giovane ragazza trovata uccisa il 1° marzo 1991 presso il casello ferroviario di Fiorenzuola D'Arda, convenivano in giudizio Mg. Am., già condannato nel precedente giudizio penale per omicidio doloso con sentenza passata in giudicato il 5 aprile 1995, con la quale lo stesso Mg. è stato altresì condannato a rifondere ai predetti attori, costituitisi parte civile, i danni patrimoniali e non patrimoniali da liquidarsi in sede civile, chiedendo al giudice di quantificare i danni.
Si costituiva in giudizio Mg. il quale, preliminarmente, eccepiva la prescrizione dell'azione e, nel merito, contestava alcune delle pretese risarcitorie formulate.

La decisione

Il Tribunale di Piacenza ha preliminarmente disatteso l'eccezione di prescrizione, sollevata dal convenuto, ritenendola infondata. Il Giudice, richiamando l'orientamento pacificamente riconosciuto nella giurisprudenza della Suprema Corte, ha osservato che nel caso in cui il giudizio penale si concluda con una sentenza che contenga anche una condanna generica al risarcimento dei danni a carico del responsabile civile ed in favore della persona offesa costituitasi parte civile, la successiva azione volta alla quantificazione del danno è soggetta al termine prescrizionale decennale, ai sensi dell'art. 2953 c.c., a decorrere dalla data in cui la sentenza sia divenuta irrevocabile e non, invece, al termine quinquennale, ai sensi dell'art. 2947 c.c., in quanto la pronuncia di condanna generica, pur difettando dell'attitudine all'esecuzione forzata, costituisce una statuizione autonoma contenente l'accertamento dell'obbligo risarcitorio, strumentale rispetto alla successiva determinazione del *quantum*.
Pertanto, posto che la sentenza penale risultava passata in giudicato il 5 aprile 1995 e che parte attrice, a mezzo raccomandata prodotta agli atti, aveva interrotto la prescrizione, la domanda attorea è risultata tempestiva rispetto al termine prescrizionale.
Nel merito, il Tribunale ha liquidato agli attori il danno non patrimoniale, ritenendo applicabili i parametri liquidatori c.d. del Tribunale di Milano, atteso che la Suprema Corte ha più volte evidenziato che detti parametri costituiscono la misura della corretta liquidazione del danno non patrimoniale. Pertanto, il danno è stato quantificato in euro 200.000 per ciascun genitore, somma ricompresa tra quella minima di euro 153.350 e quella massima di euro 308.100 secondo le citate tabelle; mentre in euro 75.000 per i fratelli germani, considerata somma mediana tra quella minima e quella massima delle stesse tabelle.
Quanto al danno patrimoniale, il Tribunale ha liquidato, in solido a favore di tutti gli attori, il danno emergente derivante dalle spese i lite e da quelle funerarie sostenute, quantificate in complessivi euro 18.686,14. Non sono invece state riconosciute le spese mediche richieste dagli attori, in quanto non adeguatamente comprovate circa i fatti della causa, né la richiesta di euro 100.000 per mancata contribuzione economica, mancando, anche in tal senso, la prova che la giovane provvedesse, o avrebbe provveduto, in futuro a mantenere i genitori ed i fratelli.

I precedenti

Cass., sez. III, 19 febbraio 2009, n. 4054, in *Giur. it.*, Mass. 2009; Cass., sez. III, 23 maggio 2003, n. 8154, in *Giur. it.*, Mass. 2003; Cass., sez. III, 14 febbraio 2002, in *Dir. e Giust.*, 2003, f. 4, 103; Trib. Roma, 23 maggio 1991, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1992, 687, con nota di Favino.

La dottrina

P.G. Monateri e C. Costantini, *Trattato di diritto civile*, vol. V, Torino, 2009; L. Viola, *Prescrizione e decadenza. Tutele sostanziali e strategie processuali*, Padova, 2009; E. Sacchettini, *Le prescrizioni nel diritto civile, penale e tributario. Analisi e casistica*, in *Guida al dir.*, 2011.

INDICE DEGLI AUTORI

Amram Denise

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 **386**

Barbarisi Arianna

Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria **403**

Batà Antonella

Osservatorio di legittimità **451**

Bonaccorsi Francesca

La responsabilità dei giudici davanti alla Corte di giustizia **376**

Carbone Paolo L.

Osservatorio di merito **457**

Foffa Roberto

Responsabilità da crollo del solaio **398**

Gioia Gina

Osservatorio sulla giustizia amministrativa **454**

Montani Veronica

Liquidazione coatta amministrativa: danno da provvedimento illegittimo **421**

Oliari Sara

Illecito endofamiliare: nuovi rapporti tra azione risarcitoria e addebito della separazione - Addebito della separazione e tradimento plateale: funzioni diverse e azioni autonome **392**

Ponzanelli Giulio

L'art. 139 di nuovo di fronte alla Corte Costituzionale **447**

Querci Agnese

Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute? **353**

Sangiovanni Valerio

Contratto di *interest rate swap*, danni futuri e tutela cautelare **430**

Spirito Angelo

Osservatorio di legittimità **451**

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte di giustizia

24 novembre 2011, C-379/10, sez. III **371**

Corte di cassazione

Civile

25 febbraio 2011, n. 4690, sez. I **410**
7 giugno 2011, n. 12274, sez. III **401**
8 settembre 2011, n. 18420, sez. II **397**
15 settembre 2011, n. 18853, sez. I **382**
13 febbraio 2012, n. 2016, sez. lav. **451**
16 febbraio 2012, n. 2251, sez. lav. **451**
17 febbraio 2012, n. 2366, sez. II **452**

Tribunale

10 novembre 2011, ord., Treviso, sez. II **429**
19 gennaio 2012, Nola, sez. II **457**
30 gennaio 2012, Piacenza **460**
1° febbraio 2012, Prato **458**
22 febbraio 2012, Latina, sez. II **459**

Giudice di pace

21 ottobre 2011, ord., Torino, sez. V **439**

Consiglio di Stato

7 febbraio 2012, n. 662, sez. IV **455**
17 febbraio 2012, n. 856, sez. VI **454**

INDICE ANALITICO

Assicurazioni

L'art. 139 di nuovo di fronte alla Corte Costituzionale (*Giudice di Pace di Torino, sez. V, 21 ottobre 2011, ord.*), con commento di *Giulio Ponzanelli* **439**

Circolazione stradale

Presunzione di colpa concorrente (*Tribunale di Nola, sez. II, 19 gennaio 2012*), in *Osservatorio di merito* . **457**

Danno alla salute

Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?, di *Agnese Querci* **353**

Danno non patrimoniale

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 (*Cassazione civile, sez. I, 15 settembre 2011, n. 18853*), con commento di *Denise Amram* **386**

Illecito endofamiliare: nuovi rapporti tra azione risarcitoria e addebito della separazione - Addebito della separazione e tradimento plateale: funzioni diverse e azioni autonome (*Cassazione civile, sez. I, 15 settembre 2011, n. 18853*), con commento di *Sara Oliari* **392**

Lavoro

Infortunio sul lavoro (*Cassazione civile, sez. lav., 13 febbraio 2012, n. 2016)*, in *Osservatorio di legittimità* **451**

Responsabilità del datore per infortunio sul lavoro o

per malattia professionale (*Cassazione civile, sez. lav., 16 febbraio 2012, n. 2251*), in *Osservatorio di legittimità* **451**

Mobbing

Comportamenti intenzionalmente ostili e prova dell'intento vessatorio (*Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 856*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* **454**

Obbligazioni e contratti

Contratto di *interest rate swap*, danni futuri e tutela cautelare (*Tribunale di Treviso, sez. II, 10 novembre 2011, ord.*), con commento di *Valerio Sangiovanni* **429**

Pubblica amministrazione

Liquidazione coatta amministrativa: danno da provvedimento illegittimo (*Cassazione civile, sez. I, 25 febbraio 2011, n. 4690*), con commento di *Veronica Montani* **410**

Responsabilità dello Stato

La responsabilità dei giudici davanti alla Corte di giustizia (*Corte di giustizia UE, Sez. III, 24 novembre 2011, C-379/10*), con commento di *Francesca Bonaccorsi* **371**

Responsabilità precontrattuale della P.A.

Revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto per nuova valutazione dell'interesse pubblico e determinazione del *quantum* (Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* **455**

Responsabilità sanitaria

Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria (*Cassazione civile, sez. III, 7 giugno 2011, n. 12274*), con commento di *Arianna Barbarisi* **401**

Incompleta redazione della cartella ostetrica (*Tribunale di Prato 1° febbraio 2012*), in *Osservatorio di merito* **458**

Risarcimento del danno

Responsabilità da crollo del solaio (*Cassazione civile, sez. II, 8 settembre 2011, n. 18420*), con commento di *Roberto Foffa* **397**

Nullità del contratto (*Cassazione civile, sez. II, 17 febbraio 2012, n. 2366*), in *Osservatorio di legittimità* **452**

Lesione della libera autodeterminazione sulle scelte di vita (*Tribunale di Latina, sez. II, 22 febbraio 2012*), in *Osservatorio di merito* **459**

Prescrizione e decadenza civile (*Tribunale di Piacenza 30 gennaio 2012*), in *Osservatorio di merito* **460**

itinera

GUIDE GIURIDICHE

La nuova collana
curata dai professionisti
per i professionisti del diritto

Diritto sanitario

a cura di Lorenzo Lamberti

R&P Legal

Diritto sanitario

Il volume, inserito all'interno della Collana "Itinera - Guide giuridiche", affronta con un approccio **sistematico** e un taglio **assertivo** tutti gli aspetti relativi al 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**, **appendice** (con atti originali) ed un dettagliato **indice analitico**.

Disponibile anche nella versione **e-book**.

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

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.

◯ (00110185) Sì, desidero acquistare il volume **Diritto sanitario**, a cura di Lorenzo Lamberti a **€ 57,00**.

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____

Via _____ CAP _____

Città _____

Tel. _____ Fax _____

e-mail (obbligatoria): _____ Cod. cliente _____

Partita IVA _____ C.F. _____

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

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

❑ Mastercard (16 cifre) ❑ American Express (15 cifre) ❑ VISA (16 cifre) ❑ Diners (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

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

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

Y75DR LE

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Manuali Professionali IPSOA

Le impugnazioni

Dottrina e giurisprudenza

Il volume, con uno sguardo costante alla **dottrina** e alla **giurisprudenza**, offre il quadro **completo e aggiornato** dell'istituto delle impugnazioni:

- nel **codice di procedura civile** (impugnazioni in generale; appello; ricorso per cassazione; giudizio di rinvio; revocazione; opposizione di terzo; regolamento di giurisdizione; regolamento di competenza)
- nel **rito del lavoro**
- nel **fallimento e le altre procedure concorsuali** (dichiarazione di fallimento; organi preposti al fallimento; accertamento del passivo; ripartizione dell'attivo; cessazione della procedura fallimentare; chiusura del fallimento; concordato fallimentare; concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti)
- nel **processo tributario** (impugnazioni in generale; appello davanti alla commissione tributaria regionale; ricorso per cassazione; revocazione)
- nel **codice del processo amministrativo** (impugnazioni in generale; appello; revocazione; opposizione di terzo; ricorso per cassazione; regolamento di giurisdizione e di competenza)

L'Opera, dal taglio pratico-operativo, è aggiornata - da ultimo - con la legge n. 183/2011 ("**Legge di stabilità 2012**") e con il d.lgs. n. 195/2011 ("**Correttivo al codice del processo amministrativo**") e rappresenta un indispensabile strumento di lavoro per gli operatori del diritto.

di **Antonella Batà**
pagg. 1376, ***€ 95,00****, I edizione*

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.

☐ (00129681) Sì, desidero acquistare il volume **Le impugnazioni**, di Antonella Batà a **€ 95,00**.

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

Partita IVA _____ C.F. _____

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

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

❑ Mastercard (16 cifre) ❑ American Express (15 cifre) ❑ VISA (16 cifre) ❑ Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

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

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

Y34DT LE