Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

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

7 2012

www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita

Dal diritto all'oblio in internet alla tutela dell'identità dinamica

Responsabilità dello Stato da inadempimento di direttiva

Il danno da calunnia

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

00129548

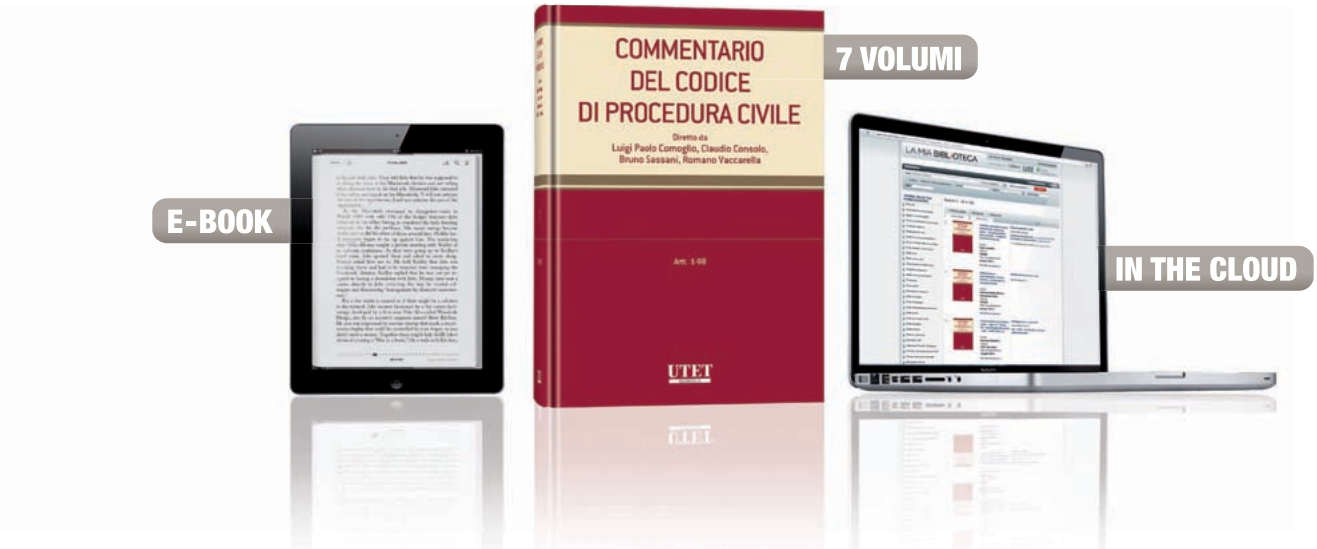
IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

COMMENTARIO del CODICE di PROCEDURA CIVILE

diretto da

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

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



Approfondisci la tua conoscenza del processo civile con la guida dei più insigni giuristi italiani. Scegli uno strumento di lavoro innovativo, completo, approfondito e - per la prima volta - multipiattaforma: il Commentario del Codice di Procedura Civile è infatti disponibile in formato cartaceo, e-book e "in the cloud", permettendoti di consultarlo ogni volta che ne hai bisogno.

www.commentariocpc.it

UTET® GIURIDICA

UTET Giuridica® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Apple e iPad sono marchi di Apple Inc.

Y08DU-LE

OPINIONI

Diritti della personalità
DAL DIRITTO ALL'OBLIO IN INTERNET ALLA TUTELA DELL'IDENTITÀ DINAMICA. È LA RETE, BELLEZZA!
di *Francesco Di Ciommo* e *Roberto Pardolesi* **701**

Assicurazioni
CLAUSOLE "CLAIMS MADE", PROFESSIONISTI E "TERZO CONTRATTO"
di *Bruno Tassone* **717**

GIURISPRUDENZA

Amministrativa

Pubblica amministrazione
INADEMPIMENTO DELLO STATO ALL'OBBLIGO DA DIRETTIVA: RESPONSABILITÀ *EX* ARTT. 1218 O 2043 C.C.?
Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482 **731**
commento di *Vincenzo Carbone* **736**

Legittimità

Diritti della personalità
NOTIZIA VERA, DIFETTO DI ATTUALITÀ, DIRITTO ALL'OBLIO
Cassazione civile, sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525 **747**
commento di *Francesco Di Ciommo* e *Roberto Pardolesi* **753**

Cose in custodia
LA CADUTA DI UN ALUNNO DURANTE GITA SCOLASTICA: CHI RISPONDE?
Cassazione civile, sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769 **755**
commento di *Aldo P. Benedetti* **760**

Danno non patrimoniale
IL DANNO DA CALUNNIA
Cassazione civile, sez. III, 12 gennaio 2012, n. 300 **767**
commento di *Roberto Foffa* **770**

Cose in custodia
LE VOCI DI DANNO RISARCIBILI NELLA RESPONSABILITÀ DEL CUSTODE
Cassazione civile, sez. III, 18 agosto 2011, n. 17344 **774**
commento di *Veronica Montani* **776**

Merito

Responsabilità dei genitori
CUMULO DEI PROVVEDIMENTI *EX* ARTT. 709-*TER* E 614-*BIS* C.P.C. E ADEMPIMENTO DEI DOVERI GENITORIALI
Tribunale di Firenze, 10 novembre 2011 **781**
commento di *Denise Amram* **783**

Proprietà industriale
RETROVERSIONE DEGLI UTILI DA USO ILLECITO DI MARCHIO REGISTRATO: COME SI APPLICA, COME SI QUANTIFICA
Tribunale di Genova, 23 febbraio 2011 **788**
commento di *Paolo Pardolesi* **790**

Osservatorio di legittimità

a cura di *Antonella Batà* e *Angelo Spirito* **799**

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di *Gina Gioia* **802**

Osservatorio di giustizia penale

a cura di *Carlo Piergallini* **805**

INDICE

INDICE DEGLI AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO 809

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.

Trattamento dei dati personali e archivi storici in rete

Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!

di **Francesco Di Ciommo** e **Roberto Pardolesi**

Secondo una recente sentenza di Cassazione, il titolare di un archivio fruibile via Internet, in cui vengano spostate notizie già di cronaca, è tenuto, al fine di tutelare l'identità personale degli interessati, a predisporre un sistema idoneo a segnalare, in tutti i documenti contenenti dette notizie, la sussistenza di un loro eventuale seguito o sviluppo. Sennonché, Internet può essere considerato un mega archivio di archivi, nel quale vengono continuamente memorizzate o comunque trattate innumerevoli informazioni da milioni di utenti sparsi nel mondo. La soluzione indicata si rivela, già sul piano filosofico, inconciliabile con la stessa natura della Rete, mentre sul piano operativo rischia di tradursi, ove trovasse concreta applicazione (e cioè non fosse aggirata dai *provider* attraverso pratiche di *rule* o *forum shopping*), in un aggravamento insopportabile dei costi per i gestori dei siti, che produrrebbe effetti a catena sulle dinamiche e sui flussi informativi di Internet. Viceversa, considerato che il rapporto tra informazione e memoria umana è stato profondamente inciso dalla diffusione delle reti telematiche, e in particolare dallo sviluppo dei motori di ricerca del Web, occorre oggi impostare nuovi equilibri tra tutela del diritto di informare (e informarsi) e tutela on-line dell'identità personale degli interessati. In tale prospettiva merita apprezzamento lo sforzo che in questi anni sta compiendo in Italia il Garante per la Protezione dei Dati Personali, sebbene i risultati raggiunti non risultino ancora pienamente soddisfacenti.

1. Internet, società dell'informazione e rivoluzione

Ogni rivoluzione ha il suo prezzo. La storia dell'evoluzione umana, così come quella delle vicende dei popoli e delle nazioni, in proposito, non registra eccezioni, e, di conseguenza, non consente romantiche illusioni.

Il trapasso da una condizione ad un'altra, che sia definibile in termini, per l'appunto, di rivoluzione, implica indefettibilmente abbandoni e perdite. Ed è ingenuo pensare che sia possibile prevederne esattamente natura e misura. Ché, se tale previsione fosse stata possibile, alcune rivoluzioni non ci sarebbero mai state.

Senza questa consapevolezza - che in filosofia è stata declinata anche in termini di "eterogenesi dei fini" (1) - non è oggi possibile per il giurista indagare con una qualche speranza di concreto successo i modi, i tempi ed i luoghi di Internet, ovvero di quel mondo telematico interconnesso e globale in cui ogni giorno vengono scambiati o pubblicati, da una parte all'altra del mondo, miliardi di dati, personali e non, a fini comunicativi o informativi, e tramite il quale vive e si alimenta la c.d. "società dell'informazione" (2). E, ancor più, tentare di tutelare gli interessi umani nell'intricata galassia dei nuovi *media*, costellata di computer portatili o palmari, *notebook*, *smartphone*, lettori MP3, mobili per la casa o l'ufficio e macchinari intelligenti che dialogano a distanza con l'uomo e qualche altra diavoleria dietro l'angolo.

Di vera e propria rivoluzione, infatti, deve parlarsi con riferimento alla diffusione che Internet e, più in generale, la telematica o l'informatica di rete, hanno avuto nel mondo a partire dai primi anni Novan-

Note:

(1) L'espressione "*Heterogonie der Zwecke*" fu coniata dal filosofo e psicologo empirico tedesco Wilhelm Wundt, in riferimento al vasto tema delle «*conseguenze non intenzionali di azioni intenzionali*».

(2) Questa la formula con cui il legislatore europeo e molti legislatori nazionali, tra cui quello italiano, individuano il complesso di attività che vengono svolte in Internet. Cfr. la direttiva 2000/31/CE "relativa a taluni aspetto giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno", attuata in Italia con il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

ta del secolo scorso e, più in particolare, con riguardo all'impatto dei nuovi *media* sull'organizzazione e sulle dinamiche quotidiane di svolgimento della stessa vita umana. Nessuna scoperta scientifica, nessun prodotto tecnico, nessuna nuova idea aveva mai in così poco tempo inciso tanto significativamente sul comportamento dell'uomo, fino al punto da determinare la nascita di una realtà parallela a quella biologica, tradizionale o aristotelica che dir si voglia, quale senz'altro è la realtà *on-line*, che opera su e si alimenta tramite la grande rete telematica (3).
Si tratta, secondo alcuni, dell'approdo, in qualche modo prevedibile, cui è attualmente pervenuto lo sviluppo, sempre più rapido ed incontrollabile, che il fattore tecnico ha avuto nei secoli passati. E che ha determinato, dalla rivoluzione industriale in avanti, il ribaltamento del tradizionale rapporto con l'*homo faber*, così che la tecnica è divenuta, da strumento nelle mani di quest'ultimo, ambiente che, oltre a condizionare le relazioni umane, determina i tempi ed i modi della sua stessa evoluzione (4).
Il tema è, ormai da anni, all'attenzione degli studiosi attivi in ogni area del sapere: dall'antropologia alla sociologia, dalla psicologia al marketing, dalla robotica alla teologia. Comune è la percezione che l'uomo, dopo Internet, non sarà mai più lo stesso: profondamente cambiato è il senso di sé, degli altri e del mondo che lo circonda; profondamente connaturata all'esperienza umana è ormai la costatazione di essere tutti, cibernauti e non, inevitabilmente immersi in un flusso di informazioni continue e di vivere, per l'appunto, calati nella "società dell'informazione", dove apparire è importante quanto (e, a volte, più che) essere.
Le possibilità concesse all'uomo dalla tecnologia di rete al momento appaiono infinite, in quanto ancora in buona parte inesplorate. Le opportunità culturali, sociali, relazionali, politiche, commerciali che Internet - soprattutto se interconnesso con apparecchiature informatiche mobili - offre oggi ai suoi utilizzatori promettono la realizzazione di un mondo migliore, in cui, in particolare, l'eguale accesso all'informazione da parte dei cittadini in tutto il mondo non sarà più un'utopia, la conoscenza dell'altro da sé, che pure sia fisicamente lontano, favorirà il progresso individuale e collettivo dell'umanità, e la partecipazione collettiva al dibattito pubblico rafforzerà il governo democratico dei territori e dei popoli.
A che cosa l'uomo debba rinunciare per ottenere tutto questo, nella logica del prezzo da pagare cui si cennava in apertura, non è ancora ben chiaro, ma - tanto per fare un esempio - è evidente come l'uomo nella galassia Internet sia esposto a continui pericoli per la sua *privacy* e come, soprattutto utilizzando i *social network*, egli metta a repentaglio e magari baratti quotidianamente la propria sfera di riservatezza.
Rispetto a tale innovativo scenario, sorgono (e s'impongono all'attenzione del giurista) problematiche originali, a volte apparentemente simili a tematiche già note perché comuni al mondo *off-line*. Sennonché, mutato il contesto di riferimento, cambiano necessariamente le connotazioni del problema; di conseguenza, le risposte tradizionali offerte dall'ordinamento giuridico si rivelano spesso inadeguate. È il caso della questione affrontata dalla III sezione civile della Corte di Cassazione in una interessante sentenza del 5 aprile scorso (5), che ha ispirato la presente riflessione ed alla quale sono dedicati i paragrafi che seguono.

2. Una sentenza animata da buone intenzioni

La pronuncia riguarda un tema di grande suggestione ed attualità, costituito dal rapporto tra nuovi *media* e diritti della personalità (6).
Più in particolare, nel caso di specie, la Corte di cassazione muove alla ricerca di un difficile equilibrio tra il "*mare magnum* di informazioni" in cui si sostanzia oggi Internet e quello che, da principio, viene individuato come "diritto all'oblio" del singolo interessato (utilizzando un'espressione ormai divenuta di comune esperienza pur in assenza di espresso riconoscimento legislativo), ma che poi nella stessa sentenza assume la diversa conformazio-

Note:

(3) Per ampie e varie riflessioni sul punto sia dato rinviare, anche per le citazioni bibliografiche ivi contenute, a F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; nonché Id., *Evoluzione tecnologica e categorie civilistiche*, in E. Russo (a cura di), *Interpretazione della legge civile e «ragione giuridica»*, Padova, 2003, 141; Id., *Internet e crisi del diritto privato: globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 117; Id., *La responsabilità civile in Internet*, in A.C. Amato Mangiameli (a cura di), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia e filosofia*, Milano, 2004, 77; Id., *La responsabilità civile in Internet. Prove tecniche dell'anarchia tecnocratica*, in *La resp. civ.*, 2006, 548; Id., *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza: la responsabilità del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 565, nonché in F. Ruscello (a cura di), *Scritti in onore di Davide Messinetti*, Vol. II, Milano, 2009, 257.

(4) Sul tema diffusamente, tra gli altri, U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, in part. 457 ss., ma anche Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., in part. il primo capitolo.

(5) La sentenza è pubblicata in questo stesso *numero*, 747.

(6) In proposito, sia consentito rinviare, *ex ceteris*, a F. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in G. Comandé (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, 3 ss.

ne del diritto alla completa ed attuale informazione su di sé.
La vicenda nasce dalla richiesta del ricorrente, rivolta al Garante Privacy prima ed al Tribunale civile di Milano poi, di ottenere lo «spostamento di un articolo pubblicato molti anni prima in un'area di un sito Web non indicizzabile dai motori di ricerca» ovvero l'integrazione dello stesso «con le notizie inerenti gli sviluppi successivi della vicenda narrata». Nell'occasione, in particolare, il ricorrente lamenta che l'articolo in questione dia la corretta notizia del suo arresto, ma non rechi altresì la notizia - distinta e successiva - che l'inchiesta giudiziaria «si sia poi conclusa con il proscioglimento». Egli, dunque, non contesta la veridicità del contenuto dello scritto, né il fatto che esso possa essere considerato ancora di pubblico interesse. Sicché, a ben vedere, nella fattispecie non emerge tecnicamente l'esigenza di tutelare il "diritto all'oblio", consistendo quest'ultimo nel diritto a non essere più ricordato per fatti che in passato furono oggetto di cronaca ma che attualmente non sono più di interesse pubblico (7). Bensì, la differente esigenza dell'interessato a che la notizia in questione non sia resa disponibile *on-line* in quanto, non essendo completa ed aggiornata, giacché non fa espresso riferimento al successivo proscioglimento, «getta un intollerabile alone di discredito sulla persona del ricorrente, vittima di una vera e propria gogna mediatica» (8).
Il vero *thema decidendum* è, dunque, se esista, o non, il diritto soggettivo del singolo individuo a che le informazioni che lo riguardano, presenti *on-line*, siano sempre e comunque costantemente aggiornate in modo che l'identità personale dell'interessato risulti fedelmente rappresentata nel suo dinamico divenire, e cioè anche in relazione agli accadimenti più recenti.
La Cassazione, al contrario di quanto ritenuto nel caso in rassegna dal Garante e dal giudice di prime cure, riconosce la sussistenza di tale diritto, salvo precisare che lo stesso non può essere inteso nel senso di imporre la cancellazione dal "Web" delle notizie datate, in quanto, all'esito di un corretto bilanciamento degli interessi in rilievo, e dunque anche alla luce dell'interesse della collettività a mantenere memoria delle notizie passate, bisogna piuttosto imporre al responsabile dell'archivio contenente la notizia, o più in generale al responsabile del sito Internet su cui la notizia risulta pubblicata, l'obbligo di predisporre «un sistema idoneo a segnalare (nel corpo o a margine) la sussistenza nel caso di un seguito e di uno sviluppo della notizia, e quale esso sia, consentendone il rapido ed agevole accesso ai fini del relativo adeguato approfondimento».
Più in particolare, la Corte ha evidenziato - previo richiamo ai criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza allo scopo, esattezza e coerenza del trattamento dei dati personali (di cui al D.Lgs. n. 196/2003), nonché alla possibilità dell'interessato di opporsi anche a trattamenti leciti quando ciò si renda necessario per un contemperamento degli interessi in gioco - la sussistenza di un obbligo di integrare o aggiornare la notizia non più attuale, divenuta «fatto storico» e quindi transitata nel relativo archivio, ma potenzialmente dannosa per la lesione della «proiezione sociale dell'identità personale» dell'interessato, che ha «diritto al rispetto della propria identità personale o morale». E ciò perché, sempre secondo i giudici, anche quando sussiste, come nella fattispecie, l'interesse pubblico alla persistente conoscenza di un fatto avvenuto in epoca passata, e dunque non può essere accolta l'istanza di tutela dell'oblio formulata dall'interessato, «emerge la necessità, a salvaguardia dell'attuale identità sociale del soggetto cui la stessa afferisce, di garantire al medesimo la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca che lo riguarda».
Tale aggiornamento deve essere garantito tramite «il collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate concernenti l'evoluzione della vicenda, che possano completare o financo radicalmente mutare il quadro evincentesi dalla notizia originaria», dal momento che «i dati devono risultare 'esatti' e 'aggiornati' in relazione alla finalità del loro trattamento». In caso contrario, infatti, «la notizia, originariamente completa e vera, diviene non aggiornata, risultando, quindi, parziale e non esatta, e pertanto sostanzialmente non vera». Su come si possa arrivare a questo risultato, la sentenza tace. Ma essa non sembra postulare un obbligo di aggiornamento che scatti solo - come sembrerebbe più logico, e coerente con i principi emersi in ordine alla (ir)responsabilità del *provider* sino al-

Note:

(7) Con tale espressione, in giurisprudenza, si è più volte fatto riferimento al diritto di un individuo ad essere dimenticato, o meglio, a non essere più ricordato per fatti che in passato furono oggetto di cronaca. Il suo presupposto concettuale poggia sul rilievo per cui l'interesse pubblico alla conoscenza di un fatto è racchiuso in quello spazio temporale necessario ad informarne la collettività, mentre con il trascorrere del tempo esso si affievolisce fino a scomparire. In sostanza, con il trascorrere del tempo il fatto cesserebbe di essere oggetto di cronaca per riacquisire l'originaria natura di fatto privato. Sul punto si tornerà brevemente *infra* nel paragrafo 4. Cfr. Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, 1834.

(8) Cfr. G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. inf.*, 2010, 392.

l'attivazione di una procedura di "*notice and take-down*" - a seguito della formale relativa richiesta dell'interessato; i giudici mirano, piuttosto, ad affermare l'operatività di un tale obbligo a prescindere da qualsiasi iniziativa di chicchessia.

3. Obbligo di aggiornamento degli archivi *on-line* e ricadute economiche

La conclusione cui perviene il ragionamento svolto in sentenza è potenzialmente esplosiva: ogni gestore di siti Internet, *rectius* chiunque detenga un archivio in rete (cfr. il paragrafo 9), dovrebbe impiegare risorse economiche e tecniche per realizzare e gestire quotidianamente un sistema in grado di aggiornare costantemente all'attualità ogni contenuto immesso *on-line*. In caso contrario, egli risponderà senz'altro in sede civile per i danni causati, ma, in presenza dei presupposti di legge, anche in sede penale per illecito trattamento dei dati personali dell'interessato.
Il corollario di una simile impostazione è che i *content provider* soggetti all'applicazione della legge italiana e alla giurisdizione nazionale - o, più in generale, tutti coloro hanno creato o gestiscono un archivio *on-line* - potrebbero, d'ora innanzi, essere chiamati a rispondere per non aver inserito, nel corpo del testo in cui è riferita la notizia o comunque a fianco dello stesso, tanto per fermarci agli archivi testuali (9), un riferimento (anche nella forma del *link*) a notizie successive a quella pubblicata, che rendano l'informazione in questione completa e rispettosa dell'identità attuale dell'interessato.
Il tutto senza considerare i notevoli costi che la gestione di un sistema del genere richiederebbe, oltre che le oggettive difficoltà tecniche di realizzazione di una banca dati che, dunque, deve essere costantemente aggiornata e si deve alimentare di notizie che non è nemmeno detto siano inserite nel circuito informativo in cui "pesca" il suo gestore. E, infatti, potrebbe accadere che il sito Internet in questione metta a disposizione dell'utenza esclusivamente gli articoli di giornale apparsi in certo periodo storico, ovvero relativi ad una determinata località geografica, di talché le notizie successive a detto periodo o relative a circostanze non di interesse per la comunità che vive in tale località sfuggono completamente al controllo, e dunque alla possibilità di facile reperimento, del responsabile del sito. Può, inoltre, accadere che una certa persona in un determinato momento della sua vita goda di attenzione mediatica in ragione della sua posizione sociale o di particolari vicende, mentre successivamente non più, sicché il responsabile del sito, trascorso il primo periodo, materialmente potrebbe avere grandi difficoltà a reperire informazioni utili ad aggiornare la notizia, pubblicata quando sussisteva un interesse pubblico per la data persona.
A prescindere da situazioni particolari, ma non poco comuni, quali quelle appena cennate, il problema è di carattere più generale. Pensare che ognuno debba, a pena di responsabilità civile ed eventualmente penale, organizzare i propri archivi *on-line* in modo tale da renderli sempre aggiornati all'attualità vuol dire, per un verso, postulare una missione davvero impossibile, per l'altro trascurare la realtà della rete Internet.
Sul primo profilo, è doveroso sottolineare che l'aggiornamento del complesso d'informazioni contenute in un archivio richiederebbe attività analitiche da svolgere nelle direzioni più diverse e con le sollecitazioni più disparate, obbligando il creatore e/o gestore, e comunque il responsabile dell'archivio, a svolgere in proprio, e con gli oneri che è facile preventivare, il compito di raccordo diacronico svolto normalmente da chi quell'archivio compulsa a fini di studio e ricerca. Nessuno, va da sé, si sognerebbe di pretendere nulla del genere con riguardo al corrispondente archivio cartaceo o, per quel che conta, alla sua versione per microfilm: chi, accedendo a queste fonti, reperisca una notizia storicamente inoppugnabile per il momento in cui è stata immessa in circolazione, dovrà farsi carico di verificare la 'tenuta' di quell'informazione nel tempo; e proprio su questa capacità di verifica si misurerà la qualità della ricostruzione attuata. Sul punto, la differenza di Internet consiste essenzialmente nel fatto che la ricerca *on-line* può essere svolta direttamente da qualsiasi utente, meno preoccupato della qualità e completezza dell'informazione che va a raccogliere. Di qui, però, a trasferire su chi pone a disposizione del pubblico uno strumento conoscitivo, qual è un archivio storico, l'onere di spiegare la storia nei suoi svolgimenti ne corre, e neppure poco: una direttiva come questa rischia, nel segno di intenzioni più che commendevoli (ma dimentiche del monito che il meglio è spesso nemico del buono), di togliere dalla disponibilità allargata strumenti preziosi di acquisizione delle informazioni. L'imposizione di un obbligo generale di aggiornamento degli archivi *on-line*, in definitiva, minaccia di tradursi, laddove non elusa attraverso la dislocazione geografica dei siti e dei *server* in altri stati nazionali, quanto meno in una

Nota:

(9) Ovviamente il tema coinvolge, in termini simili, anche gli archivi di immagini, video e quant'altro.

inevitabile e brusca contrazione del numero degli archivi, e ciò a discapito della ricchezza informativa di Internet.
Quanto al secondo profilo, ci si carica della fatica dell'ovvio col rimarcare che Internet - tralasciando per il momento l'attività dei singoli utenti che immettono contenuti in Rete, ad esempio tramite i *social network*, sulla quale v. *infra* - è popolata da tanti piccoli o medi *provider*, per la più parte senza organizzazione ed alcuna professionalità, che inseriscono contenuti quando vogliono, li aggiornano se e quando ne hanno la possibilità, assumendo spesso come principale obiettivo solo quello di immettere *on-line* dati ritenuti di interesse degli utenti, o di alcuni utenti, il tutto con spese minime ed oneri di gestione ridottissimi, il che consente a chiunque di accedere a questi contenuti senza costi e, dunque, in modo libero e diretto. Per operatori di struttura così essenziale l'obbligo di aggiornamento suonerebbe condanna a morte. Anche se, per assurdo, lo si volesse imporre ai soli *provider* importanti - ma la sentenza in esame non si presta ad una simile lettura -, bisognerebbe considerare quanto già si è detto, ossia che, per costoro, lo sforzo necessario potrebbe risultare talmente oneroso, anche in ragione dei volumi di dati riversati in rete, da non essere praticabile, se non a condizione di ribaltare i pesantissimi oneri del controllo sui fruitori e, quindi, di offrire l'accesso all'archivio solo agli utenti sottoscrittori di un abbonamento o comunque disposti a pagare un prezzo (salato).
In ogni caso, dunque, ad essere pregiudicata sarebbe la ricchezza attuale che fa di Internet un contenitore pressoché infinito di informazioni, nel quale ogni utente, spesso molto rapidamente, è in grado di rinvenire l'informazione che cercava. E qui si apre un'altra questione rilevante su cui la recente sentenza della Cassazione non pare esaustiva, come si vedrà nel paragrafo che segue.

4. Il ruolo svolto dai motori di ricerca del Web e l'errata qualificazione dell'interesse protetto in termini di diritto all'oblio

Un documento, o più in generale un qualsiasi dato, una volta caricato in Internet e reso disponibile ai naviganti, esce dalla sfera di esclusiva disponibilità dell'autore ovvero di colui che lo ha riversato *on-line* o, comunque, del sito sorgente, e cioè del primo sito nel quale il dato è apparso, in quanto esso può essere copiato e, dunque, memorizzato da altri siti e può essere raggiunto e rintracciato tramite i c.d. motori di ricerca (10).
Proprio i motori di ricerca in Internet - piuttosto che fungere da soggetti neutrali rispetto all'attività di mediazione tra utenti ed informazioni, come erroneamente li considera la Cassazione nella sentenza in esame (11) - svolgono un'attività e interpretano un ruolo particolarmente delicati ed importanti. In definitiva, infatti, così come normalmente succede leggendo un periodico *off-line*, anche visitando un certo sito Internet può capitare di imbattersi in un'informazione non specificamente cercata. Ciò si verifica, ad esempio, quando l'utente si collega ad un sito giornalistico per leggere le notizie proposte nella *home page*, in quanto assume che siano le più importanti o le più fresche. È, tuttavia, di gran lunga più comune che, al contrario, il cibernauta acceda alla notizia dopo averla ricercata, più o meno direttamente, consultando un motore di ricerca. In tal caso non è il *content provider* a proporre la notizia agli utenti - così come fa l'editore con il quotidiano tradizionale - perché la notizia sta lì, disponibile sul Web chissà da quanto, ma essa viene rinvenuta solo in quel momento perché il rinvenimento costituisce l'esito dell'attività compiuta dal motore di ricerca debitamente interrogato dall'utente.
Dunque, nel caso di specie non si pone il problema di tutelare il diritto all'oblio che, per quanto ricordato nel precedente paragrafo, viene comunemente inteso in termini di diritto del singolo a che un certo fatto della sua vita privata, in una data epoca oggetto di interesse pubblico, venuto meno tale inte-

Note:

(10) Un motore di ricerca (in inglese *search engine*) è un sistema automatico che analizza un insieme di dati, spesso da esso stesso raccolti, e restituisce un indice dei contenuti disponibili classificandoli in base a formule statistico-matematiche che ne indichino il grado di rilevanza data una determinata chiave di ricerca. Riguardo al "Web" sono denominati motori di ricerca i siti che offrono il servizio on-line di rinvenimento in tempo reale dei contenuti di Internet, pubblicati su altri siti, c.d. siti sorgente, che possono soddisfare le esigenze dell'utente, individuati in funzione delle parole che l'utente immette nel motore e dunque usa per svolgere la sua ricerca.

(11) Al tema occorre dedicare una riflessione approfondita che in questa sede non è dato svolgere. Sulla delicatezza del ruolo svolto dai motori di ricerca di Internet nel trattamento dei dati personali presenti *on-line* si è a più riprese pronunciato il Garante Privacy italiano, dapprima con un provvedimento del 10 novembre 2004, intitolato "*Reti telematiche e Internet. Motori di ricerca e provvedimenti delle Autorità indipendenti: le misure necessarie a garantire il c.d. diritto all'oblio*", doc. web n. 1116068, e successivamente con una serie di iniziative assunte nei confronti di Google di cui il Presidente dell'Autorità ha riferito nel *Discorso* tenuto in occasione della presentazione della *Relazione* annuale del 2006. Cfr. anche il "Parere 1/2008 sugli aspetti della protezione dei dati connessi ai motori di ricerca" adottato il 4 aprile 2008 dal "Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati personali", reperibile sul sito http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/ index_en. htm.

resse con il passaggio del tempo non venga riproposto all'attenzione della collettività, così che l'interessato non debba sentirsi per sempre indelebilmente "marchiato" (12). Qui, infatti, non c'è qualcuno che propone, *rectius* ripropone, la vecchia notizia ad una comunità indistinta di possibili fruitori, incurante del fatto che nella comunità in questione l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia non è più sussistente. Ma c'è un interessato che, attraverso l'utilizzazione del motore prescelto, e dunque in ragione delle parole che utilizza per svolgere la ricerca, raggiunge la data informazione in quanto questa gli viene indicata, normalmente insieme ad altre, in risposta dal sistema stesso, il quale a sua volta la recupera, nel mare di informazioni che costituiscono Internet attualmente, da un sito sorgente su cui la notizia è pubblicata da tempo, oppure, nel caso in cui la risorsa originale sia irraggiungibile, dalla propria "memoria *cache*".
Infatti, tramite la funzione c.d. "copia *cache*" molti motori di ricerca operanti sul Web, mettono a disposizione degli utenti una copia di dati testuali di ogni pagina archiviata per quando la risorsa originale sia irraggiungibile. In questo modo, essi finiscono per svolgere una vera e propria attività di memorizzazione di tutti i contenuti della Rete, finalizzata a far sì che Internet non dimentichi nulla, e cioè che nulla possa essere distrutto di ciò che è stato, almeno una volta, messo *on-line*.
La conseguenza dell'osservazione appena svolta è che, se anche, alla luce della sentenza in esame, chi archivia dati su Internet periodicamente li cancellasse o li volesse rendere non più visibili agli utenti perché non aggiornati, quelli sarebbero, in larga parte, rinvenibili senza problemi dagli utenti all'esito dell'interrogazione dei motori di ricerca che utilizzano la "funzione *cache*". Ed anche in questa prospettiva la soluzione adottata dalla Cassazione nell'odierna pronuncia non pare particolarmente indovinata.

5. Memoria umana ed Internet

Come si cennava poc'anzi a proposito della funzione di "copia *cache*", e come è stato recentemente affermato, «dimenticare è umano ma Internet non vuole dimenticare» (13). La Rete, infatti, sa bene che gran parte del fascino e dell'attrattività che essa esercita sugli utenti consiste proprio nella sua capacità di contenere all'infinito, e cioè senza limiti di spazio e di tempo, informazioni e dati di qualsiasi tipo e specie. In altre parole, e capovolgendo il discorso, se l'utente non avesse la ragionevole certezza di poter trovare *on-line*, compulsando il motore di ricerca giusto, qualche (e, nella stragrande maggioranza dei casi, molto più che qualche) informazione su qualsiasi argomento, Internet oggi non sarebbe quel che è, e la storia del mondo degli ultimi anni sarebbe stata, con tutta probabilità, diversa.
È tecnicamente possibile cercare di contenere, limitare, filtrare o comunque, in qualche modo, gestire questo flusso disordinato e costante di dati, che si alimenta da ogni dove e in ogni istante (14)? Inoltre, ammesso che la risposta a tale domande sia positiva, può serenamente ritenersi che consentire un tale contenimento sia giuridicamente lecito ed economicamente opportuno?
Su queste domande, la cui lontana eco è percepibile leggendo la odierna sentenza della Cassazione, è attualmente aperto un interessante, ed epocale, dibattito a livello mondiale in particolare tra filosofi e tecnologi. Secondo alcuni, in ragione del rapporto antropologico tra uomo e memoria, occorre evitare che la rete aiuti a ricordare troppo a lungo perché l'essere umano ha bisogno di elaborare e, spesso, dimenticare, per potersi evolvere positivamente (15). Secondo altri, Internet determina un'inflazione della memoria anche perché nella società dell'informazione il bisogno di sapere, espresso dai cibernauti, sarebbe cresciuto più rapidamente della capacità umana di raccontare la storia. La situazione, in qualche modo paradossale, viene sintetizzata nell'espressione "troppa memoria uccide la storia" (16).

Note:

(12) Nella letteratura italiana, sul diritto all'oblio, tra gli altri, v. M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; S. Niger, *Il diritto all'oblio*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Padova, 2007, 59; S. Morelli, voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir. agg.*, VI, Milano, 2002; E. Gabrielli (a cura di), *Il diritto all'oblio, Atti del convegno di studi del 17 maggio 1997*, Napoli, 1999; S. Morelli, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del cd "diritto all'oblio")*, in *Giust. civ.*, 1997, 515; G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 801; T. Auletta, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in G. Alpa-M. Bessone-L. Boneschi-G. Caiazza (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, 127. In giurisprudenza, tra le pronunce più significative, v. Cass. 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giur. it.*, 1985, 762; Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, 123; Trib. Roma 15 maggio 1995, in *Dir. inf.*, 1996, 427; e Trib. Roma, ord. 20/27 novembre 1996, in *Dir. aut.*, 1997, 372.

(13) In questi termini si esprime V. M. Schonberger, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, Princeton University Press, USA, 2009, tradotto in italiano per i tipi di Egea: Delete. *Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Milano, 2010.

(14) Cfr. F. Di Ciommo, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità* on-line. *A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, 829.

(15) Cfr. Schonberger, *op. cit.*

(16) Così E. Hoog, *Memoire Année Zéro*, Parigi, 2009, la quale, in proposito, parla anche di «*inflazione della memoria*».

I propugnatori di tali tesi affermano, in buona sostanza, che anche nel terzo millennio è indispensabile recuperare la capacità di dimenticare i fatti del passato perché proprio tale attitudine gioca, da sempre, un ruolo fondamentale nelle scelte personali, professionali e politiche dell'umanità. E auspicano, da un lato, che si consenta la pubblicazione in rete di contenuti a tempo o a scadenza, dall'altro, che gli internauti siano resi edotti della necessità di non abbandonare, per un tempo indefinito e potenzialmente lunghissimo, alla deriva telematica, frammenti del proprio presente destinati a divenire preziose tessere del mosaico della propria identità digitale (17).

Di opinione ancora diversa sono quanti, valorizzando le peculiarità tecniche di Internet e ragionando in termini innovativi circa i rapporti umani incisi dalle nuove tecnologie di rete, propongono soluzioni finalizzate a riconoscere maggior peso specifico all'interesse della collettività, e dei suoi singoli membri, a conoscere, informarsi, essere informati e informare (art. 21 Cost.), piuttosto che a quello a far dimenticare fatti specifici che possono, per qualche ragione (anche idiosincratica), arrecare fastidio agli interessati. Chi è su queste posizioni afferma - in modo plastico, ma efficace - che chiunque voglia dimenticare è padrone di tentar l'impresa, ma il diritto a che altri dimentichino costituisce pretesa insana, che invade uno spazio che non appartiene al singolo (18). Intesa in questo senso, paradossalmente, la pretesa dell'interessato sembra violare, in qualche modo, la riservatezza, o comunque le potenzialità della memoria di ognuno degli altri consociati, nonché della memoria collettiva, la quale, peraltro, nell'era digitale tecnicamente non conosce limiti, ed in definitiva il diritto dell'uomo alla conoscenza, cui la memoria è da sempre finalizzata.

Né, rispetto a tali ultime considerazioni, sembra giocare un ruolo necessariamente negativo il fatto che la memorizzazione delle informazioni in Internet sia, o appaia, casuale, confusa, ingovernabile (ma sul punto cfr. il paragrafo 9), giacché molti antropologi, filosofi e studiosi delle scienze naturali, ed in particolare molti cognitivisti, sono concordi nel sostenere che «l'accumulo della conoscenza avvenga per linee spezzate, anziché continue; attraverso false partenze, correzioni, dimenticanze, riscoperte; grazie a filtri e schemi che accecano e fanno vedere nello stesso tempo» (19).

Da qui si può ricavare l'importanza delle "tracce", anche della tracce lasciate *on-line*, e cioè della possibilità di mantenere memoria di tutto, sebbene in modo disordinato. Ed anzi, in questa prospettiva, sembra possibile sostenere che più disordinata e casuale risulta l'archiviazione delle informazioni, più tale conservazione risulterà neutra rispetto ai contenuti, e dunque rispettosa degli stessi. In altre parole, l'archiviazione organizzata influenza il contenuto dell'informazione alterando, quanto meno, il sistema percettivo della stessa. Al contrario, una memorizzazione diffusa ed incontrollata, lasciata alla libera attività di chiunque intenda diffondere una notizia (ovviamente, sempre che questa sia vera), potrebbe addirittura favorire l'accesso alla conoscenza dei fatti per ciò che sono, o sono stati (20).

La necessità di affrontare in modo efficace l'inevitabile *trade-off* tra tutela giuridica dell'interesse all'oblio del singolo (inteso, con qualche forzatura, in senso ampio anche come interesse a che gli altri abbiano sempre una percezione il più possibile aggiornata circa la mia identità) e difesa dell'interesse individuale e collettivo a conoscere non costituisce, in sé, un portato della rivoluzione digitale (o telematica, che dir si voglia). Sebbene senz'altro i nuovi *media* l'abbiano enfatizzata.

Già Richard Posner, in un celebre (quanto controverso) articolo del 1978 (21), ricordava che, a prescindere da Internet, «una tipica questione di privacy è se una persona debba avere un diritto a nascon-

Note:

(17) Così ancora Schonberger, *op cit.*

(18) Così C. Blengino, *Dimenticami: c'è il copyright sui miei dati*, in http://www.ilpost.it /carloblengino /2012/02/06/il-copyright-sui-miei-dati/

(19) Cfr. C. Ginzburg, *Il filo e le tracce*, Bologna, 2006, in particolare 111, ma anche M. Ferraris, che nel suo recente *Documentabilità. Perché è necessario lasciare tracce*, Roma-Bari, 2009, in part. 250, definisce la traccia come «ogni forma di modificazione di una superficie che vale come segno o come promemoria per una mente capace di apprenderlo come tale», e spiega come "*tener traccia*" abbia una doppia valenza di tracciare e registrare, processo che si completa nella "*iscrizione*", una traccia codificata il cui significato è accessibile almeno a due persone. Se si assume questo modello si accetta il passaggio dal paradigma della *prescrizione* a quello della *iscrizione/descrizione*; cioè da un paradigma fondato sulla gerarchia e l'autorità della organizzazione e comunicazione delle informazioni ad un paradigma fondato sulla reciprocità e la condivisione, da uno fondato sull'idea di continuità e linearità del divenire umano ad uno fondato, più realisticamente, sulla discontinuità.

(20) Così sostanzialmente accade on-line, dove il vero importante filtro è svolto dai motori di ricerca, che archiviano le informazioni e comunque, anche a prescindere da questo, e cioè anche rispetto ai contenuti che non archiviano direttamente, rispondono alle ricerche degli utenti, sulla base di algoritmi complessi legati a logiche tecniche ma anche commerciali, e dunque in modo tutt'altro che casuale.

(21) R.A. Posner, *The right of privacy,* 12 *Georgia L. Rev.* 33 (1978), poi ripreso nel celebre manuale *Economic Analysis of Law*, V ed., New York, 1998, 46, e (2005) nel blog gestito con Gary Becker.

dere fatti imbarazzanti che la riguardano», ed osservava come in ciò «l'economista individua un parallelo con gli sforzi dei venditori di nascondere vizi occulti nei propri prodotti». Più precisamente, per restare nel paragone, si potrebbe dire che «una persona si vende tentando di persuadere potenziali controparti relazionali - un datore di lavoro, una fidanzata, persino una conoscenza occasionale - circa le sue buone qualità». E rispetto a ciò bisogna chiedersi se sia lecito e opportuno, oltre che economicamente efficiente, che l'ordinamento giuridico incoraggi, apprestando gli opportuni strumenti di tutela, chi voglia nascondere i suoi "vizi occulti". La risposta, a detta di Posner, almeno dal punto di vista economico è di segno negativo, con l'avvertenza che sarebbe diverso se «ciò che si maschera fosse non già un dato imbarazzante, ma una superba ricetta culinaria» perché in questo secondo caso «la segretezza è un metodo per sostanziare un informale *property rule*» (22). A ben vedere, si potrebbe aggiungere che quest'ultimo caso è diverso dal primo anche, e soprattutto, perché la ricetta culinaria in sé non costituisce, neanche indirettamente, un elemento in grado di incidere sulla percezione collettiva della personalità del singolo, salvo che ad essere coperta da segretezza non sia la ricetta in sé, ma l'identità del suo primo ideatore. In buona sostanza, la ricetta culinaria è un dato esterno all'identità personale, e dunque al patrimonio morale, dell'individuo, anzi di qualsiasi individuo, e dunque può costituire oggetto di una privativa commerciale o industriale, che si può tradurre anche nel diritto alla piena segretezza, laddove, invece, le informazioni che concernono, in qualche modo, detto patrimonio morale, una volta divenute di pubblico dominio per volontà dell'interessato o nell'ambito di una vicenda di cronaca, è legittimo che restino a disposizioni di tutti.

Come evidente, il tema si presta ad infinite possibilità di approfondimento, anche perché - al di là del (potremmo dire ormai classico) problema relativo al bilanciamento tra il diritto di informare, informarsi ed essere informati (art. 21 Cost.) ed il diritto alla *privacy* o all'oblio, inteso nel senso ampio chiarito (art. 2 Cost.) (23) - oggi nei *social network*, come già accennato, centinaia di milioni di persone ogni giorno immettono volontariamente dati personali propri ed altrui, anche molto sensibili, più o meno consapevoli che la memoria di Internet non dimenticherà mai nulla di tali dati, i quali, se anche oggi inseriti in un circuito protetto da credenziali di accesso in qualche modo selettive, potrebbero in futuro divenire, sul piano squisitamente tecnico, e dunque a prescindere dalla liceità giuridica di una tale eventualità, di libera fruizione. E ciò sebbene il titolare degli stessi possa, da un momento all'altro, decidere di non condividerli più con alcuno sulla piattaforma telematica, ovvero sul sito, su cui essi sono stati inizialmente riversati.

6. I tentativi di intervento legislativo

In Italia, nel 2009, è stato presentato alla Camera dei Deputati un progetto di legge che si propone di disciplinare il c.d. diritto all'oblio in Internet, stabilendo tra l'altro che: «decorso un lasso temporale, variabile a seconda della gravità del reato, e salvo che risulti il consenso scritto dell'interessato, non possano più essere diffusi o mantenuti [online] immagini o dati, anche giudiziari, che consentano, direttamente o indirettamente, l'identificazione della persona già indagata o imputata, sulle pagine Internet liberamente accessibili dagli utenti oppure attraverso i motori di ricerca esterni al sito web sorgente» (24). Più in particolare, trascorso un certo intervallo di tempo dal verificarsi di taluni eventi giudizialmente rilevanti, l'interessato, ovvero la persona cui i dati personali si riferiscono, dovrebbe avere il diritto di richiedere "ai siti Internet ed ai motori di ricerca" la rimozione delle immagini e delle informazioni che lo riguardano.

In Francia, in assenza di una normativa in argomento, è stata firmata il 30 settembre 2010 la "Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche", e cioè una sorta di codice di autocondotta con la quale alcuni tra i principali provi-

Note:

(22) A proposito della "provocazione" posneriana, già R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, in particolare 43-44, osservava come «l'azzeramento del passato transita attraverso un percorso di autentico riscatto e non per la scorciatoia rappresentata dalla selezione opportunistica di ciò che si vuol far conoscere di sé», e chiosava evidenziando che «esiste, per tagliar corto con un discorso che ci porterebbe molto lontano, un interesse a sapere, non meno rilevante di quello contrapposto a celare».

(23) Da notare, peraltro, come la pronuncia della Cassazione del 5 aprile 2012, qui analizzata, ribadisca a più riprese il convincimento, alquanto isolato in dottrina (e, francamente, piuttosto controintuitivo), che il diritto alla riservatezza rimonta agli artt. 21 e 2 Cost.

(24) Il disegno di legge, attualmente al vaglio della Commissione Giustizia, è il n. 2455/2009. La proposta, presentata dall'on. Carolina Lussana, mira a regolamentare il diritto all'oblio attraverso l'eliminazione dal Web, dopo un periodo prestabilito, delle informazioni configgenti con la *privacy* individuale. In particolare, si vuol fissare la permanenza in rete della notizia da un minimo di un anno (per i reati minori) fino a 20 anni (per quelli più gravi). All'inottemperante proprietario del sito verrebbe irrogata una sanzione dai 5.000 ai 100.000 euro.

der di Internet operanti Oltralpe si sono impegnati ad adottare le soluzioni tecniche condivise per tutelare il diritto all'oblio on-line. Sennonché, l'accordo privato in questione non è stato firmato da "Google" né da "facebook".

Il tema è stato recentemente fatto oggetto di specifica attenzione anche da parte del legislatore europeo. Nell'ambito del dibattito sulla riforma della *privacy*, ed in particolare all'interno della proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio «concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati», presentata dalla Commissione lo scorso 25 gennaio (25), è stato sancito il principio per cui i cittadini europei hanno diritto al pieno controllo sui propri dati. Il considerando 53 spiega che «ogni persona deve avere il diritto di rettificare i dati personali che la riguardano e il diritto all'oblio, se la conservazione di tali dati non è conforme al presente regolamento. In particolare, l'interessato deve avere il diritto di chiedere che siano cancellati e non più sottoposti a trattamento i propri dati personali che non siano più necessari per le finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati». L'indicazione si trova trasfusa nell'art. 17 della proposta di regolamento.

Secondo Viviane Reding, la Commissaria UE per la Giustizia, in ragione della riforma che entrerà in vigore con l'adozione del regolamento, i fornitori di servizi *on-line* saranno obbligati a passare dalla regola dell'*opt-out* (i dati dell'utente, a meno di una sua esplicita richiesta, appartengono al fornitore) a quella dell'*opt-in* (i dati appartengono solo all'utente, è lui a decidere come usarli, dovendo fornire un consenso espresso al trattamento degli stessi da parte dei terzi). Il che comporterà, tra l'altro, la possibilità per l'interessato di chiedere «che i propri dati personali siano cancellati o trasferiti altrove e non siano più processati laddove non siano più necessari in relazione alle finalità per cui erano stati raccolti».

Ulteriori elementi di novità recati dalla proposta di regolamento concernono: 1) l'obbligo di tenere aggiornato ogni cittadino sul trattamento e la gestione dei propri dati da parte di aziende con sede locale in Europa, in virtù del quale i titolari del trattamento dovranno indicare il tipo di dati che posseggono, gli scopi per cui verranno usati, l'eventuale trasferimento a terzi dei dati ed il periodo di conservazione all'interno del database; 2) l'obbligo di informare i cittadini-utenti sui rischi connessi al trattamento in modo tale che questi non perdano il controllo sui propri dati e da essere sicuri che questi non vengano in qualche maniera usurpati; 3) l'applicazione di una regola individuata dall'espressione "*privacy by default*", a tenore della quale l'utilizzo dei dati per scopi diversi da quelli specificati, in assenza di altro motivo che renderebbe il trattamento comunque legittimo, dovrebbe essere autorizzato solo dall'esplicito consenso dell'utente; 4) la previsione per cui le norme sulla privacy dei cittadini europei dovrebbero applicarsi indipendentemente dalla zona del mondo in cui i dati sono trattati e a prescindere dalla collocazione geografica del fornitore di servizi e di qualsiasi mezzo tecnico utilizzato per fornire il servizio; 5) l'obbligo per i *social network* di provare che la conservazione di una certa informazione è necessaria per la prestazione del servizio reso all'interessato e di avvertire tempestivamente l'utente (si prevede un "*alert*" entro 24 ore) qualora i suoi dati personali vengano utilizzati da altri in modo illegittimo.

Se la proposta di regolamento verrà effettivamente approvata così come formulata originariamente, al momento è impossibile prevederlo. Quel che appare certo è che si tratta di un testo normativo ambizioso e forse fin troppo protettivo nei confronti degli utenti, e dunque gravido di oneri formali a carico dei *provider*.

Altra certezza è che l'articolato regolamentare in parola, malgrado la cennata severità nei confronti dei titolari dei trattamenti, non consentirà ai cittadini europei di richiedere la rimozioni di dati che li riguardano dai *database* delle testate giornalistiche, in quanto esiste un'espressa previsione in tal senso finalizzata a tutelare il diritto di cronaca e, più in generale, il diritto di informare e di essere informati (26). Quanto dire che l'odierna decisione della Cassazione

Note:

(25) La proposta è stata presentata unitamente alla proposta di direttiva sulla «tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati».

(26) Il citato art. 17 della proposta di regolamento, tra l'altro, prevede precise ipotesi in cui, a dispetto del passaggio di tempo, il responsabile del trattamento non ha l'obbligo di procedere alla cancellazione dei dati pubblicati in Internet. Tra queste ipotesi, vi è quella per cui la conservazione dei dati è resa necessaria per tutelare «l'esercizio del diritto alla libertà di espressione in conformità dell'art. 80». Il richiamato art. 80, infatti, dispone espressamente che «gli Stati membri prevedono, per il trattamento dei dati personali effettuato esclusivamente a scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni o le deroghe alle disposizioni concernenti i principi generali di cui al capo II, i diritti dell'interessato di cui al capo III, il responsabile del trattamento e l'incaricato del trattamento di cui al capo IV, il trasferimento di dati personali verso paesi terzi e organizzazioni internazionali di cui al capo V, le autorità di controllo indipendenti di cui al capo VI e la cooperazione e la coerenza di cui al capo VII, al fine di conciliare il diritto alla protezione dei dati personali e le norme sulla libertà d'espressione».

italiana non pare destinata a lasciare tracce indelebili nel percorso ad ostacoli che è attualmente il tentativo di regolazione giuridica di Internet.

7. La posizione del Garante per la protezione dei dati personali

In Italia il Garante per la *privacy* è intervenuto in tema di diritto all'oblio, o più in generale all'identità personale, molto spesso negli ultimi anni al fine dichiarato di evitare che l'operatività dei motori di ricerca del Web determini il rischio di "gogne elettroniche".
In un caso emblematico del 2004, al ricorrente era stata erogata una sanzione da parte della Autorità garante della concorrenza e del mercato e di tale circostanza era stata data notizia sul sito Internet dello stesso ente. Da qui le lagnanze dell'interessato, il quale, invocando il diritto alla riservatezza, chiedeva al Garante di imporre la rimozione dal sito del contenuto per lui dannoso ovvero di trovare le modalità tecniche per impedire che una ricerca svolta da chiunque sui comuni motori di ricerca, utilizzando come chiavi il suo nome e cognome, potesse indirizzare l'utente curioso a detto contenuto.
La decisione dell'Autorità, che ha concluso il giudizio in data 10 novembre 2004 (27), si snoda attraverso un percorso logico condivisibile, ma perviene ad una soluzione che, come si dirà più oltre, rischia di rivelarsi in concreto inidonea a realizzare le finalità perseguite.
Essa muove dalla considerazione per cui, decorsi determinati periodi, la diffusione istantanea e cumulativa su siti Web di dati personali relativi a una pluralità di situazioni riferite ad un medesimo interessato può comportare un sacrificio sproporzionato dei suoi diritti e legittimi interessi quando si tratta di provvedimenti risalenti nel tempo e che hanno raggiunto le finalità perseguite. Rispetto a tale criticità, a dire del Garante, il Codice in materia di protezione dei dati personali prevede che le decisioni e le sentenze dell'autorità giudiziaria possano essere rese accessibili anche attraverso Internet, ma nel rispetto di alcune specifiche cautele (art. 51, comma 2, del Codice), tra cui figura la possibilità per l'interessato di chiedere per motivi legittimi che sia apposta sull'originale del provvedimento un'annotazione volta a precludere la diffusione delle generalità e dei dati identificativi riportati nelle decisioni medesime (art. 52, comma 4). A tal riguardo, tuttavia, la pronuncia correttamente sottolinea che tale cautela non opera, allo stato, per decisioni di autorità amministrative.
Quindi, acclarato che non esisteva nel caso specifico un diritto dell'interessato a chiedere l'oscuramento delle proprie generalità - e ciò in ragione del dovere di trasparenza della pubblica amministrazione, consistente anche nel rendere i provvedimenti, salve ipotesi straordinarie, integralmente conoscibili per i terzi -, la pronuncia del Garante esplora la possibilità di bilanciare tal ultimo interesse con quello dell'interessato a evitare che, attraverso una qualsiasi ricerca svolta in Internet, chiunque possa accedere al provvedimento oramai datato, in ragione del semplice inserimento del nome e del cognome del primo nel motore di ricerca prescelto.
La questione appare ben circoscritta. L'esigenza di bilanciamento qui indagata potrebbe, in teoria, essere efficacemente perseguita facendo leva sulla differenza, propria di Internet, tra ricerca specifica della notizia e ricerca generica. Il punto, dunque, non è impedire ai terzi di accedere all'informazione non gradita all'interessato, che invece è bene rimanga archiviata e disponibile il più a lungo possibile, per esigenze di trasparenza della pubblica amministrazione ma anche in ragione di quanto detto sopra circa l'importanza della memoria collettiva e le peculiarità di Internet. Conta piuttosto la realizzabilità tecnica di una soluzione che, ferma restando la possibilità per chi nutre una curiosità specifica alla notizia di ritrovarla cercandola direttamente sul sito sorgente (e cioè sul sito nel quale essa è istituzionalmente, o comunque originariamente, pubblicata), impedisca che la notizia sia offerta a chiunque cerca informazioni generiche sul protagonista della stessa. Come sopra cennato, questa è anche la soluzione valorizzata nella proposta di legge attualmente pendente nel Parlamento italiano. E in tale prospettiva si pone il Garante quando, nella decisione in questione, conclude stabilendo che ogni provvedimento amministrativo, se coinvolgente dati personali, trascorso un congruo periodo di tempo idoneo a ritenere che sia venuto meno l'interesse pubblico diffuso alla sua conoscenza, deve essere collocato in una pagina del sito sorgente accessibile solo dall'indirizzo Web dello stesso, e non reperibile in caso di consultazione di un motore di ricerca esterno a tale sito (28).

Note:

(27) La pronuncia, datata 10 novembre 1004, doc. web n. 1116068, è reperibile sul sito www.garanteprivacy.it.

(28) La decisione si conclude anche con l'ordine del Garante, impartito ai sensi dell'art. 150, comma 2, del Codice della *privacy*, di adottare le seguenti due misure: 1) «entro tre mesi [...] l'Autorità resistente istituirà, nell'ambito del proprio sito web, una

(segue)

Il principio è analogo a quello affermato a più riprese nella copiosa giurisprudenza del Garante in materia di archiviazione *on-line* di notizie, messe così a disposizione degli utenti, da parte di siti che perseguono finalità giornalistiche. Nell'ambito di tale giurisprudenza, si è andata, infatti, cristallizzando una condivisibile prassi che si fonda sulla distinzione tra ipotesi in cui vi è un interesse pubblico diffuso attuale a conoscere la notizia, rispetto alle quali non viene giustificata nessuna limitazione alla reperibilità delle informazioni su Internet (29), e ipotesi in cui tale interesse diffuso è venuto meno, o comunque non c'è, sì che possono ammettersi restrizioni alla fruibilità *on-line* della notizia (30).
Concretamente tale restrizione si traduce nell'imposizione ai gestori dei siti sorgente - da parte del Garante e su ricorso dell'interessato - dell'obbligo di «adottare [entro termini che, peraltro, relativamente a questioni medesime e medesimi *content provider*, incomprensibilmente variano, a seconda dei casi, dai 40 ai 60 giorni] ogni misura tecnicamente idonea a evitare che le generalità del ricorrente contenute nell'articolo pubblicato *on-line* oggetto del ricorso siano rinvenibili direttamente attraverso l'utilizzo dei comuni motori di ricerca esterni al proprio sito Internet […]» (31).
La prassi in parola viene argomentata nei provvedimenti più recenti sulla base delle seguenti osservazioni: 1) il trattamento dei dati dell'interessato, in origine effettuato per finalità giornalistiche, a seguito della conservazione nell'archivio *on-line* del testo dell'articolo a suo tempo pubblicato, rientra tra i trattamenti effettuati per fini storici; 2) tale ulteriore finalità, per espressa previsione normativa (art. 99, comma 1, del Codice), è compatibile con i diversi scopi per i quali i dati sono stati in precedenza raccolti o trattati, rendendo pertanto lecito il perdurante trattamento, pur in assenza di espresso consenso dell'interessato; 3) ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. b) del Codice, ogni interessato ha diritto di chiedere la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati personali soltanto ove essi siano trattati in violazione di legge, oppure nel caso in cui la loro conservazione non sia necessaria in relazione agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati; 4) è infondata, dunque, la richiesta volta a ottenere la cancellazione dei dati personali dall'archivio *on-line* di una testata giornalistica, stante la liceità di tale trattamento"; 5) infondata è altresì la richiesta di aggiornamento dei dati riferiti nell'articolo già oggetto di pubblicazione e successivamente di archiviazione *on-line*, non potendosi disporre un intervento modificativo e/o integrativo del contenuto di un articolo che, nato come espressione di libera manifestazione del pensiero, viene in seguito legittimamente conservato, per finalità di documentazione, all'interno di un archivio che, benché informatizzato, svolge pur sempre la medesima funzione degli archivi cartacei; 6) viceversa, quando si accerti la mancanza di un interesse pubblico diffuso ed attuale rispetto alla notizia, bisogna che il responsabile del sito adotti le misure tecniche idonee ad escludere l'indicizzazione dell'articolo in questione da parte dei motori di ricerca esterni al suo sito Internet, rendendo, per converso, l'articolo in questione rinvenibile esclusivamente attraverso la consultazione diretta dell'archivio *on-line* e dunque, eventualmente, attraverso l'utilizzazione del motore di ricerca interno al suo sito (32).

8. Alla ricerca della soluzione tecnica utile a rendere non reperibili alcuni contenuti tramite i comuni motori di ricerca

Sotto il profilo tecnico, e cioè in tema di modalità

Note:

(continua nota 28)
sezione (nella quale collocare la predetta decisione del 1996) liberamente consultabile telematicamente accedendo allo stesso indirizzo web, ma tecnicamente sottratta alla diretta individuabilità delle decisioni in essa contenute per il tramite dei comuni motori di ricerca esterni»; e 2) «entro lo stesso termine dei tre mesi, l'Autorità individuerà, altresì, il periodo temporale entro il quale si potrà ritenere proporzionato, in rapporto alle finalità perseguite, mantenere sul sito provvedimenti (come, allo stato, quello del 2002 relativo ai ricorrenti) direttamente individuabili anche tramite motori di ricerca esterni».

(29) Così, tra le altre, le decisioni del Garante, tutte reperibili sul sito www.garanteprivacy.it, 2 ottobre 2008, doc. web n. 1557445, 12 febbraio 2009, doc. web 1601624, 22 maggio 2009, doc. web n. 1635938, 28 maggio 2009, doc. web n. 1535910, 18 febbraio 2010 doc. web n. 1706475.

(30) Così, tra le altre, le decisioni del Garante, tutte reperibili sul sito www.garanteprivacy.it, dell'11 dicembre 2008, doc. web n. 1582866, 11 dicembre 2008, doc. web n. 1583162, 19 dicembre 2008, doc. web n. 1583152, 25 giugno 2009, doc. web n. 1635966, 15 gennaio 2009, doc. web n. 1589209, e 8 aprile 2009, doc. web n. 1617673.

(31) Così, testualmente, *ex ceteris*, la citate decisioni del Garante dell'11 dicembre 2008, del 19 dicembre 2008, del 15 gennaio 2009, dell'8 aprile 2009 e del 25 giugno 2009. Cfr. anche, la decisione 24 giugno 2011, doc. web n. 1832491. Tutte le decisioni sono reperibili sul sito www.garanteprivacy.it.

(32) In questi termini, *ex ceteris*, le decisioni del Garante 19 maggio 2011, doc. web n. 1821331, 29 settembre 2010, doc. web n. 1763552, e 23 settembre 2010, doc. web n. 1762090. Cfr. anche le decisioni 16 giugno 2010, doc. web n. 1734973, 22 luglio 2010, doc. web n. 1748818, 23 marzo 2011, doc. web n. 1807050, 19 maggio 2011, doc. web n. 1821331, 24 giugno 2011, doc. web n. 1832491, 16 febbraio 2012, doc. web n. 1882081, e 21 marzo 2012, doc. web n. 1892254. Tutte le decisioni sono reperibili sul sito www.garanteprivacy.it.

attraverso cui limitare la reperibilità dei contenuti da tutelare tramite motori di ricerca esterni, deve notarsi che, nella citata decisione del 10 novembre 2004, il Garante aveva ritenuto di non poter accogliere la richiesta del ricorrente di ordinare al responsabile dell'archivio di scegliere quali parti dei propri documenti rendere rilevabili dai motori di ricerca a seconda delle parole utilizzate da chi compie la ricerca, così da nascondere le generalità dell'interessato se la ricerca non viene svolta attraverso le parole chiave *ex ante* collegate, proprio dal predetto responsabile del sito, a tali generalità.

Tale soluzione, a ben vedere, avrebbe avuto il pregio di consentire la integrale visione del documento amministrativo, completo di generalità e altri dati personali, solo a chi svolga una ricerca mirata. Ad avviso del Garante, tuttavia, essa risulta impraticabile in quanto incompatibile con il "reale funzionamento dei motori di ricerca standard", *id est* quelli a maggiore diffusione, la cui azione nella fase di raccolta delle informazioni sulle pagine disponibili nel Web (fase di *grabbing* e di successiva indicizzazione) è influenzabile dal singolo amministratore di un sito soltanto tramite la compilazione del file "robots.txt", previsto dal "Robots Exclusion Protocol", o tramite l'uso del "Robots Meta tag" (33).

Tali convenzioni prevedono la possibilità per il gestore di un sito Web di escludere selettivamente alcuni contenuti dall'azione di uno o più motori di ricerca. Oggetto dell'esclusione o della limitazione di accesso resta, però, sempre la pagina Web o l'insieme di pagine Web o di *link* in essa contenuti, anziché singole parole chiave o specifiche clausole di ricerca composte con operatori logici. Ciò, avviene sia con il "Robots Exclusion Protocol", sia con il ricorso ai "Robots Meta tag" da inserire nel codice delle pagine da visualizzare. Un'azione su singole parole chiave - come notava il Garante sempre nella pronuncia del 10 novembre 2004 - sarebbe possibile, ma soltanto "in positivo". L'amministratore del sito, infatti, può promuovere la rilevabilità di alcune pagine Web inserendo, con opportuni comandi, determinate *keyword* che possono anche non corrispondere a parole presenti nel documento pubblicato. Viceversa, non risulterebbe allo stato tecnicamente praticabile la soluzione volta a far sì che i nominativi degli interessati contenuti nelle decisioni pubblicate sul sito siano rilevabili da motori di ricerca solo mediante l'associazione di più parole chiave che uniscano il nominativo dei ricorrenti alla materia trattati nei provvedimenti.

In coerenza con tale impostazione, anche nelle decisioni in materia di archiviazione di articoli giornalistici il Garante si guarda bene dallo stabilire che il responsabile dell'archivio deve rendere visibili le generalità dei protagonisti della notizia soltanto quando il cibernauta ha svolto la ricerca tramite alcune parole chiave, così dimostrando il proprio interesse specifico per la questione, piuttosto che altre. Mentre, caso per caso - e cioè, sempre che non sussista un interesse pubblico diffuso ed attuale a conoscere la notizia, ovvero che il gestore dell'archivio non abbia già provato in giudizio di aver provveduto ad impedire la indicizzazione dei contenuti contestati nei motori di ricerca esterni al proprio sito (34) -, sollecitato dal relativo ricorso, si limita ad ordinare al responsabile dell'archivio, ai sensi dell'art. 150, comma 2, del Codice della *privacy*, di adottare «ogni misura tecnicamente idonea ad evitare che i dati personali del ricorrente contenuti negli articoli oggetto del ricorso siano rinvenibili direttamente attraverso l'utilizzo dei comuni motori di ricerca esterni al proprio sito Internet» (35). E ciò, «anche, ad esempio, mediante predisposizione di distinte versioni o di differenti modalità di presentazione della pagine Web interessate a seconda dello strumento di ricerca utilizzato dagli utenti - motori di ricerca Internet o funzioni di ricerca interne al sito - o con modalità che l'Autorità si riserva, ove del caso, di valutare ai sensi dell'art. 150, comma 5, del Codice» (36).

La soluzione scelta dal Garante risulta, sul piano teorico, convincente. In concreto, però, essa sconta difficoltà operative di non poco momento. Per un verso pare tecnicamente assai difficile, per i responsabili degli archivi *on-line*, intervenire in modo selettivo sui contenuti dei documenti in funzione della reperibilità degli stessi tramite i comuni motori di ricerca, tanto che, come conferma la lettura delle più recenti decisioni del Garante, anche i gestori degli archivi più organizzati e importanti ad oggi adottano *tout court* come unica misura la richiesta ai mo-

Note:

(33) Si tratta, come spiega anche il Garante sempre nella citata decisione del 10 novembre 2004, «di convenzioni concordate nella comunità Internet dai soggetti che sviluppano i protocolli, e non di standard veri e propri, allo stato largamente accettate nel contesto dei motori di ricerca».

(34) In varie pronunce del Garante può leggersi che il responsabile del sito ha provato in corso di giudizio di aver impedito l'indicizzazione del documento, o contenuto, contestato ai motori di ricerca esterni, e ciò attraverso la compilazione del *file robots.txt*. Così, ad esempio, per fermarci alle più recenti, nelle citate decisioni del 23 marzo 2011, del 19 maggio 2011, 24 giugno 2011, del 21 marzo 2012 e del 16 febbraio 2012.

(35) Così, *ex ceteris*, le già citate decisioni del 19 maggio 2011, del 29 settembre 2010, e del 23 settembre 2010.

(36) Così, testualmente, le già citate decisioni dell'11 dicembre, del 19 dicembre 2008, dell'8 aprile 2009 e del 15 gennaio 2009.

tori di ricerca di non indicizzazione dell'intero documento contestato.
Per altro verso, detta soluzione pare sottovalutare la circostanza per cui, laddove un certo contenuto sia già stato pubblicato su Internet, è altissima la probabilità che un motore di ricerca o un altro sito lo abbia memorizzato, sicché l'eventuale rimozione dello stesso da una pagina Internet indicizzabile del sito sorgente non esclude affatto che esso risulti ancora reperibile attraverso la consultazione dei comuni motori di ricerca (37). In tale eventualità, la possibile ubicazione all'estero del sito memorizzatore rende la vicenda ancora più complessa e riduce di molto le speranze per l'interessato di riuscire a tutelare il proprio diritto a che l'articolo o, più in generale, il contenuto controverso non sia raggiungibile se non nell'ambito di una ricerca condotta all'interno del sito sorgente.

9. Archivi *on-line* e dinamismo dell'identità individuale: è la Rete, bellezza, la Rete!

Come anticipato nei paragrafi precedenti, la memoria in, e di, Internet attualmente sembra essere illimitata. Notizie, dati, immagini, audio, informazioni complete o frammenti di informazione sono sulla grande rete telematica a disposizione di chi riesce a scovarle, di chi vuole trovarle, di chi le cerca così come di chi in esse si imbatte per caso.
Informazioni riversate in rete da *content provider* organizzati così come da piccoli fornitori improvvisati, da siti istituzionali come da ciascun singolo navigatore, e dunque, più o meno consapevolmente, da centinaia di milioni di utenti che ogni giorno usano Internet per motivi professionali, ludici, culturali, relazionali o quant'altro, e a volte anche per tutti questi motivi insieme. Notizie vere e false, notizie autorevoli e non, prodotti digitali autentici e taroccati, copie di notizie e riproduzioni di notizie. Contenuti leciti ed illeciti. Di tutto, di più.
"È la Rete, bellezza, e tu non ci puoi fare niente!", verrebbe da dire, parafrasando la celebre battuta di Humphrey Bogart ne "*L'ultima minaccia*". È la Rete. Prendere o lasciare.
Al di là delle apparenze, non si tratta certo di un ingestibile e pericoloso ammasso di notizie confuse ed indistinte, ma di un'immensa piattaforma informativa, articolata in infiniti archivi (giacché ogni sito, ma anche all'interno del singolo sito una data sezione, è potenzialmente un archivio autonomo), navigabili all'interno e quindi esplorabili verticalmente, nonché collegati tra loro attraverso *link* o richiami, raggiungibili comunque, anche da utenti che non li conoscono, attraverso l'utilizzazione dei motori di ricerca generici (38). Non si può, dunque, parlare di Internet facendo riferimento al solo concetto di memoria o di memorizzazione, in quanto la Rete, a ben vedere, costituisce un vero e proprio archivio (39), o meglio un mare di archivi, e cioè uno strumento di memorizzazione e ricerca, idoneo ad incidere significativamente sulla formazione e lo svolgimento della memoria individuale e collettiva.
E infatti, come noto, tradizionalmente sono considerati archivi tutte le raccolte di documenti organizzate razionalmente allo scopo di permettere un'agevole consultazione dei contenuti. Nel concetto di documento rientrano da tempo anche i supporti utili a memorizzare e riprodurre immagini, filmati e opere musicali, tanto che esistono archivi fotografici, cinematografici e audiofonici. Con l'avvento della tecnologia digitale non sembra potersi revocare in dubbio che in questa accezione del concetto di documento rientrino anche i "*file*", di qualsiasi formato, intesi come supporto di memorizzazione e riproduzione di conversazioni, comunicazioni, notizie, immagini, filmati, libri, musiche e quant'altro. A voler essere tecnicamente più precisi deve riconoscersi che, in realtà, gli stessi singoli *file* altro non sono che archivi. Non a caso, il termine inglese "*file*"

Note:

(37) Il Garante è tornato più recentemente sul tema, se pure solo in chiave problematica, nella Relazione 2009, nella quale si legge che «con riferimento alla diffusione in Internet, si pone anche per questi archivi, l'interrogativo se, in quali casi, e fino a che punto sia utile ed opportuno disporre che i siti on-line dei giornali e degli altri media, o almeno quella parte che contiene gli archivi del passato, sia resa sempre e comunque accessibile ai motori di ricerca che catturano e decontestualizzano informazioni che, pur risalenti nel tempo, entrano così a far parti di un eterno presente, senza alcuna verifica della sussistenza di un ragionevole interesse pubblico a conoscerle».

(38) La memoria, a differenza degli archivi, non è necessariamente strutturata, in quanto può essere emozionale ed evocativa. Cfr. S. Vitali, *Memorie, genealogie, identità*, in L. Giuva-S. Vitali-I. Zanni Rosiello (a cura di), *Il potere degli archivi. Usi del passato e difesa dei diritti della società contemporanea*, Milano, 1997, 67; nonché Id., *Archivi, memoria, identità*, in Aa.Vv., *Storia, archivi, amministrazione*, Roma, 2004, 337. Per un'attenta riflessione sui molteplici significati e le ramificate implicazioni del concetto di memoria, v. in particolare P. Ricoeur, *La memoria, la storia, l'oblio*, a cura di D. Iannotta, Milano-Cortina, 2000. Sul rapporto tra archivi e memoria esiste oramai una consistente bibliografia, in specie, internazionale: cfr. B.L. Craing, *Selected Tehemes on the Literature on Memory and Their Pertinence to Archivie*, in *The American Archivist*, 45 (2002)2, 276; L. Millar, *Evidence, Memory and Knowledge: The Relationship between Memory and Archivies*, Vienna, 2004.

(39) In senso contrario pare esprimersi Finocchiaro, *op. cit.*, in part. 394, la quale sostiene che «le informazioni su Internet non sono archiviate, ma solo memorizzate», salvo precisare che «l'archivio è la tecnologia della memoria» e che in Internet «l'archivio può essere quello dei singoli archivi», potendosi forse intendere che ogni sito costituisce in Rete un archivio.

significa proprio "archivio", ed il *file* informatico è comunemente inteso come un contenitore di informazione digitalizzata, nel quale, cioè, sono codificate, in sequenza di "*byte*", informazioni leggibili solo da *software* (40). I *file*, a loro volta, sono immagazzinati e organizzati su dispositivi di archiviazione, come un disco rigido o un CD-ROM, attraverso un meccanismo - denominato, in gergo tecnico, "*file system*" - che consente di memorizzare, organizzare gerarchicamente, leggere, manipolare e modificare i dati contenuti nel *file* (41).

Tali rilievi confermano che non solo tutti i siti Internet che ospitano dati sono archivi, ma qualunque risorsa informatica in grado di supportare la memorizzazione di dati va considerata archivio. Così è a dirsi, ad esempio, per la "pagina" personale del *social network* "facebook", in cui un utente registrato, e titolare di un proprio "profilo", ha "postato" (*id est*, inserito), ed eventualmente posta periodicamente, notizie, pensieri, immagini, video e quant'altro, affinché siano disponibili *on-line* per lui e per una cerchia più o meno ampia di altri interessati, a seconda che tali contenuti siano resi visibili a tutti coloro che hanno accesso a "facebook" ovvero solo ai c.d. "amici", e cioè ad un gruppo di utenti abilitati.

In definitiva, Internet, scomposto e ricondotto alla sua intima essenza, può essere considerato uno sconfinato contenitore di *file*, o rete di contenitori di *file*. Rispetto ai contenuti destinati ad essere memorizzati, e non solo veicolati (42), *on-line*, esso va senz'altro inteso, nella prospettiva strettamente giuridica qui indagata, come mega-archivio ovvero, secondo quanto già sopra cennato, se si preferisce, mare di archivi. E, dunque, come strumento senz'altro in condizione di influenzare la memoria, e di conseguenza l'identità, dell'uomo (43).

Ciò spiega meglio di qualunque altro riferimento come e perché nell'era digitale la tematica dei diritti della personalità rischi di essere stravolta dall'affermazione di nuovi *media* (44). E inoltre evidenzia una volta di più quanto la larga, massiva e diffusa utilizzazione di tali strumenti, in combinazione con altri importanti fenomeni sociali in atto, abbia prodotto, negli ultimi lustri, sull'uomo occidentale effetti antropologicamente rilevanti in termini di liquidità dei rapporti umani e dinamismo della personalità individuale (45).

Né deve stupire il fatto che gli archivi informatici, e più ancora gli archivi di Internet, siano governati da logiche, presentino caratteristiche e seguano processi affatto diversi dagli archivi tradizionali, visto che, come è stato efficacemente osservato, «nel corso della storia, il mutamento delle forme di dominio e delle loro articolazioni istituzionali ha segnato in modo decisivo non solo la geografia degli archivi, cioè la loro aggregazione e loro organizzazione, ma anche le modalità della loro organizzazione, del controllo esercitato su di essi nonché, in ultima analisi, delle ragioni profonde che hanno sovrinteso alla loro stessa produzione e, soprattutto, alla loro tradizione e utilizzazione nel tempo» (46).

10. Conclusioni: l'informazione in Internet come risultato cooperativo e relativa regolamentazione giuridica

Una volta chiarito che, quando parliamo di Internet, parliamo di archivi, bisogna precisare che la finalità della singola archiviazione *on-line* va verificata di volta in volta in quanto un certo sito, o meglio una certa risorsa informatica su cui sono memorizzati dati, o l'attività che alimenta la memorizzazione sull'uno o sull'altra, potrebbero avere finalità gior-

Note:

(40) Così, tra l'altro, si legge alla voce "*file*" di Wikipedia, consultata il 17/05/2012 alla pagina Internet http://it.wikipedia.org/wiki/File.

(41) V. la voce "*file system*" di Wikipedia, consultata il 17 maggio 2012 alla pagina Internet http://it.wikipedia.org/wiki/File_system.

(42) Una conversazione che si svolge su Internet in una *chat room* o attraverso un servizio tipo "Skype" non è destinata, di *default*, ad essere memorizzata per un successivo utilizzo, e dunque in modo duraturo, in quanto, nel caso di specie, la Rete è utilizzata solo come veicolo di trasferimento, tra i soggetti coinvolti, dei *file* utilizzati per esprimere i "segni" (può trattarsi di parole scritte, ma anche pronunciate, ovvero di gesti del corpo) attraverso i quali detta conversazione si svolge. Ovviamente, può accadere che invece, per volontà di uno o tutti i partecipanti, ovvero anche per volontà di terzi in grado di intercettarla, la conversazione sia memorizzata in modo duraturo. La vicenda è del tutto simile a quella che si ha quando una tradizionale conversazione telefonica viene registrata.

(43) La memoria, come ha scritto J. Le Goff, *Memoria*, in *Enciclopedia*, VIII, Torino, 1979, 1004, in part. 1012-1013, «è un elemento essenziale di ciò che ormai si usa chiamare identità, individuale o collettiva, la ricerca della quale è una delle attività fondamentali degli individui e delle società di oggi».

(44) Cfr. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, cit.; Id., *La responsabilità civile nell'era di Internet*, in G. Ponzanelli (a cura di), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Padova, 2002; Id., *Internet (responsabilità civile)*, voce di *Enc. giur. Treccani*, *Aggiornamento* 2001, Roma, vol. XVII; Id., *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del* provider, in questa *Rivista*, 1999, 754; e D. Messinetti, *Identità telematiche, identità virtuali,* nick name. *Il problema delle tutele giuridiche*, in *Liber amicorum* per Francesco Donato Busnelli, Milano, 2008.

(45) Così D. Messinetti-F. Di Ciommo, *Diritti della personalità*, in *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli-V. Pescatore, Milano, 2011, 559 ss., in part. 614.

(46) Così S. Vitali, *Premessa*, in L. Giuva-S. Vitali-I. Zanni Rosiello, *Il potere degli archivi. Usi del passato e difesa dei diritti nella società contemporanea*, Milano, 2007, VIII.

nalistica, ovvero, alternativamente, finalità storica, sanitaria, statistica, ludica ecc.
L'individuazione, caso per caso, della finalità è necessaria a comprendere quali norme in materia di *privacy*, riservatezza e tutela dell'identità personale, tra quelle di cui al D.Lgs. n. 196/2003 e della relativa regolamentazione di secondo livello, troveranno applicazione al caso concreto (47). E così, ad esempio, quando si tratterà di un archivio avente finalità storica statistica o scientifica, si applicherà il Titolo VII di detto decreto.
A proposito di finalità del trattamento, va qui ricordato come il Garante abbia recentemente stabilito che il trattamento dei dati personali, svolto al fine di inserire dei contenuti, per fini personali, in una pagina Web visibile solo ad un numero limitato di persone - nella specie, nel *social network* "facebook" in un "profilo chiuso" (48) -, non è soggetto all'applicazione del c.d. Codice della *privacy*, e ciò ai sensi dell'art. 5, comma 3, dello stesso, in quanto non riguarda «dati personali destinati alla comunicazione sistematica o alla diffusione» (49).
In conclusione deve evidenziarsi che la peculiarità di Internet rispetto ad ogni altro *medium* preesistente, nella prospettiva qui indagata, consiste nel fatto che la Rete consente a chiunque di essere fornitore e fruitore di informazioni, tanto che l'informazione *on-line* è, per la più parte, il risultato cooperativo dell'attività di chi ha inserito il dato sul Web e di chi lo ha ricercato o comunque lo ha "pescato" nell'ambito di una sua navigazione. Ciò determina un profondo mutamento di scenario. Chi voglia dolersi di un danno derivante dalla presenza *on-line* di una notizia vera che lo riguarda, salvo che tale notizia non compaia sulla *home page* di un sito a scopo giornalistico (50), piuttosto che lamentare una lesione del proprio diritto all'oblio, deve chiedere di agire a tutela del proprio diritto alla identità personale, che si declina, come sopra si è visto, anche in termini di diritto a che le informazioni relative all'interessato diffuse dai terzi siano corrette, attuali, aggiornate e complete, e cioè nella sua prospettiva dinamica.
In poche parole, e come già evidenziato nel paragrafo 4, il diritto all'oblio, relativamente ad attività compiute in Internet, e salva l'eccezione appena cennata, non viene punto il rilievo. Mentre, rispetto al tema della tutela dell'identità "dinamica" - e cioè costantemente in divenire -, va ribadito che chi gestisce un archivio *on-line* non può essere tenuto ad aggiornarlo periodicamente, per non dire quotidianamente, come la Cassazione pretende, e ciò anche qualora l'interessato lo richieda espressamente.
Ad ogni utente di Internet, ed anche ad ogni *provider*, deve, al contrario, riconoscersi il diritto a realizzare o implementare un archivio *on-line* in una certa occasione o per un certo periodo, senza poi essere, per ciò solo, costretto a rielaborarlo costantemente nel tempo a venire, per altro con informazioni che obiettivamente potrebbero essere anche difficili da rinvenire (51). Solo in questo modo può preservarsi

Note:

(47) Tra la normativa di secondo livello applicabile alle tematiche in esame si segnala particolarmente il provvedimento del Garante n. 8/P/2001 del 14 marzo 2001, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 5 aprile 2011 n. 80, recante il "Codice di deontologia e buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi storici", nonché la deliberazione del Garante del 2 dicembre 2010, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 4 gennaio 2011 n. 2, recante ""Linee Guida in materia di trattamento dei dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica".

(48) V. la decisione del 18 febbraio 2010, doc. web n. 1712776, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it. Nel caso di specie, la ricorrente, titolare di un profilo "facebook" a lei riconducibile alla luce di alcune informazioni personali che la riguardavano (luogo e data di nascita, indirizzo email, fotografie) e che la rendevano identificabile, chiedeva al Garante in via d'urgenza di ordinare a Facebook Inc., e ad un altro utente di Internet titolare di proprio profilo sul celebre *social network*, di cancellare l'etichetta (*tag*) che associava il predetto suo profilo ad una fotografia pubblicata dall'altro *user* in quanto il collegamento tra quella foto ed il suo profilo le creava imbarazzo perché idoneo a svelare il suo orientamento sessuale. Sennonché, il Garante ha dichiarato il ricorso inammissibile in quanto nella vicenda, a suo dire, il trattamento poteva essere considerato a fini meramente personali e non destinato alla comunicazione sistematica o alla diffusione giacché la pagina Web sui cui era collocata detta etichetta non poteva essere raggiunta che da un gruppo ristretto di utenti annoverati tra gli "amici" abilitati ad accedere al profilo "chiuso" dello *user* convenuto.

(49) Lo stesso Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali italiana, F. Pizzetti, ha, tuttavia, recentemente osservato (*I diritti nella "Rete" della Rete. Il caso del diritto d'autore*, Torino, 2011, in part. 17-18) che: «Cresce a dismisura, soprattutto come conseguenza dei social network, la possibilità e l'abitudine di diffondere dati altrui senza consenso dell'interessato, aggravata dalla difficoltà di distinguere, in questa nuova dimensione del fenomeno, fra uso personale delle immagini e dei dati altrui, legato all'ambito della piccola comunità chiusa di amici, e quelle che appaiono essere invece vere e proprie forme di diffusione generalizzata perché messe in rete senza alcuna restrizione né protezione e senza nessuna consapevolezza di chi possa venirne a conoscenza». Ed inoltre (pag. 17) che: «È emerso con sempre maggiore evidenza che non bastano più le regole della protezione dei dati personali, che vietano ogni tracciamento senza esplicito consenso informato dell'interessato, per proteggere gli utenti da qualunque forma di controllo indebito: sia questo finalizzato soltanto alla profilazione a fini commerciali o a forme di controllo più autoritarie ed invasive».

(50) Nel qual caso riemerge una situazione simile a quella che si verifica quando una notizia viene pubblicata su un quotidiano, e dunque torna attuale il tema della tutela del diritto all'oblio.

(51) Eccezione a tale principio si ha quando a gestire l'archivio è un soggetto organizzato e professionale, il quale, in ragione della clausola generale di correttezza - cui deve conformarsi, tra l'altro, l'esercizio dell'attività imprenditoriale nonché, per espressa previsione legislativa, il trattamento dei dati personali -, sarà obbligato, nei limiti dell'esigibile, ad attualizzare costantemente l'archivio nella misura in cui esso non sia percepito come archivio meramente storico, bensì come organizzazione elaborata di informazioni.

l'attuale ricchezza di Internet, in quanto solo così si rispetta la natura della Rete. Senza considerare, inoltre, che una deriva, quale quella qui stigmatizzata, costituirebbe un'assurdità impraticabile sul piano fattuale e ingiustificabile sul piano giuridico.
Ciò, beninteso, non implica una rinuncia a tutelare *on-line* il diritto all'identità personale. Una cosa, infatti, è sostenere che una notizia riversata in Internet deve restare, senza limiti temporali, a disposizione di tutti i cybernauti, e cioè deve essere rinvenibile da chiunque svolga una ricerca idonea allo scopo, giacché esiste un interesse diffuso, e meritevole di affermazione e tutela, a che la Rete funzioni per ciò che è, e dunque come un mega-archivio di informazioni, dati, prodotti musicali, video e quant'altro. Altro è ritenere che una notizia, non più di interesse pubblico, possa essere riproposta ad uno o più consociati a discrezione di chi la detiene e, dunque, a prescindere da una specifica attività di ricerca svolta da questi ultimi. Il diritto all'oblio riguarda la seconda ipotesi e va senz'altro affermato e salvaguardato anche in Internet, dove però nella stragrande maggioranza dei casi viene in rilievo una situazione diversa, che pertiene alla prima ipotesi. Rispetto alla quale, giova ripeterlo, deve affermarsi la piena legittimità del mantenimento *on-line* dei contenuti riversati in Rete in modo lecito, al più ponendosi il problema (di cui sopra, ai paragrafi 8 e 9) relativo all'eventuale limitazione della reperibilità degli stessi tramite i motori di ricerca esterni al sito sorgente.

RIVISTE

Oggi anche su Tablet

Studi e materiali

Quaderni trimestrali

Direzione e redazione: *Consiglio Nazionale del Notariato*
Coordinatore: *G. Laurini*
Comitato scientifico: *Roberto Braccio, Giuseppe Celeste, Maria Luisa Cenni, Guido De Rosa, Paolo Guida, Giampiero Monteleone, Francesco Giambattista Nardone, Donatella Quartuccio*
Redazione: *Emanuele Calò, Mauro Leo, Annarita Lomonaco, Paolo Longo, Enrico Mozzati, Antonio Ruotolo*
Segreteria di redazione: *Stéfanie Busso, Gabriella De Angelis*

Editoriale: opinioni su temi di attualità e di interesse generale per il mondo notarile
Studi: la sezione comprende lavori approvati collegialmente dalle Commissioni del Consiglio Nazionale del Notariato competenti per materia (Commissione studi civilistici, Commissione studi di impresa, Commissione studi tributari e Commissione affari europei e internazionali). Alcuni di tali lavori, per la particolarità e la rilevanza degli argomenti trattati, formano oggetto di ulteriore attenzione e successiva approvazione espressa anche da parte del Consiglio Nazionale del Notariato.
Materiali: la sezione comprende lavori che rappresentano ed esprimono esclusivamente il pensiero dei loro autori, componenti delle suddette Commissioni. In questa sezione sono pubblicati anche studi e ricerche sulla storia del notariato.
Risposte a quesiti: la sezione comprende le risposte, di norma non esaminate collegialmente dalle Commissioni, che l'Ufficio Studi dà a specifici quesiti di interesse generale rivolti al Consiglio Nazionale del Notariato.

Abbonamento annuale: **€ 160,00**

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

Giudizio di vessatorietà

Clausole "claims made", professionisti e "terzo contratto"

di **Bruno Tassone** (*)

L'autore parte da una recente decisione per offrire una panoramica sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali inerenti le clausole "claims made", nonché per metterli in relazione alla tematica del cosiddetto "terzo contratto". In tal modo, emerge la necessità di chiedersi quale collocazione trovino nell'ambito di tale elaborazione i contratti conclusi fra professionisti (nel senso domestico del termine) e imprenditori, anche considerando le più recenti disposizioni normative inerenti la "micro-impresa" e quelle contenute nel decreto legge (poi convertito) sulle "liberalizzazioni".

Introduzione

Una recente sentenza di merito, la quale affronta alcuni interessanti problemi inerenti le clausole *claims made*, offre lo spunto per una riflessione sul cosiddetto "terzo contratto", in specie considerando il ruolo che, rispetto ad esso, può giocare il professionista (1).

Nel richiamare un lavoro già edito per una più analitica disamina della pronuncia (2), si può brevemente ricordare che essa si occupava di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile patrimoniale concluso dal neo-direttore di un'azienda sanitaria, munito di particolari previsioni in punto di delimitazione del suo ambito di applicazione temporale: l'assicurazione avrebbe tenuto indenne l'assicurato per richieste di risarcimento presentate per la prima volta durante il suo periodo di efficacia (avente decorrenza iniziale dalla sottoscrizione e termine finale coincidente con la cessazione dell'incarico) a condizione che esse derivassero da comportamenti colposi posti in essere entro i due anni precedenti la conclusione del contratto; oppure per richieste presentate nei cinque anni successivi alla scadenza, purché riferibili a comportamenti colposi posti in essere durante la vigenza della polizza e non prima (secondo quanto previsto nell'altra ipotesi).

Ad incarico concluso la struttura riceveva una sanzione di Euro 20.000 per un'omissione del direttore (in costanza di rapporto) e ne nasceva un giudizio amministrativo-contabile (3), sicché l'assicurato chiedeva in sede civile il rimborso degli esborsi sostenuti per procurarsi un'idonea difesa (4), affermando che il sinistro rientrava nella copertura e, comunque, che andava dichiarata l'invalidità e/o l'inefficacia di ogni clausola atta a precludere l'operatività della polizza, in quanto vessatoria e non specificamente sottoscritta ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Tuttavia, il giudice di prime cure osservava come l'inadempimento agli obblighi incombenti sull'attore si collocasse in un periodo (ancorché di poco) precedente la stipula (e quindi l'efficacia) della polizza, ed era all'origine di una richiesta risarcitoria pervenuta dopo la sua cessazione, sicché non era applicabile né la clausola *loss occurence* né

Note:

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

(1) Trib. Catanzaro, sentenza (parziale) 1° aprile 2011, n. 962, G.U. Tallaro, in corso di pubblicazione (in cartaceo) su *La resp. civ.* e già disponibile su www.ipsoa.it/ilcorrieredelmerito.

(2) Si veda, in proposito, B. Tassone-D. Nardo, *Clausole* claims made *e* loss occurence *di nuovo al vaglio della giurisprudenza*, in *Corr. merito*, 2012, 148 ss.

(3) In particolare, la procura della competente sezione giurisdizionale della Corte dei Conti contestava all'attore che per sua colpa la struttura sanitaria aveva ricevuto la sanzione di cui nel testo per via dell'omissione di una notifica da effettuarsi (entro il 30 aprile 2004) ai sensi del Codice in materia di protezione dei dati personali. Al termine del procedimento, tuttavia, l'attore veniva condannato a corrispondere solo la somma di Euro 2.666, oltre accessori, in forza delle particolari regole che disciplinano la responsabilità amministrativo-contabile.

(4) Ciò per Euro 21.000 e coinvolgendo nel giudizio anche il *broker*: nei confronti del quale veniva spiegata una domanda risarcitoria relativa alle condotte tenute sia in fase precontrattuale sia nel corso del procedimento svoltosi di fronte alla Corte dei Conti, lamentando la violazione dei canoni di correttezza e buona fede, dacché i convenuti non avevano a suo dire eccepito in sede stragiudiziale l'inoperatività della polizza e avevano indotto l'assicurato a ritenere dovuto il rimborso delle spese legali, con domanda sulla quale viene disposta la prosecuzione del giudizio.

quella *claims made* (5), nemmeno ritenute vessatorie (6).
Come si vedrà fra un attimo - dopo aver offerto una breve panoramica degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia, al fine di collocare nel suo ambito specifico il caso da cui si prendono le mosse -, proprio le modalità con le quali è stato posto in essere il giudizio di vessatorietà della clausola, basato pure sulle caratteristiche soggettive dell'assicurato, induce a meditare sul ruolo giocato dalla figura generale di cui in apertura.

Gli orientamenti giurisprudenziali

Anche se è solo da pochi lustri che la giurisprudenza si confronta con le clausole in parola, si riscontrano in materia almeno tre orientamenti (7).
Secondo un primo filone - approvato dall'unica sentenza dei giudici di legittimità che si registra - le clausole *claims made* sono vessatorie perché tali da comportare per l'assicuratore una limitazione di responsabilità (quindi valide ed efficaci solo ove specificamente approvate per iscritto), dacché esse non rientrano nella fattispecie disciplinata dall'articolo 1917 c.c., ma rendono il contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c. (8).
Da questo punto di vista, la ricostruzione approvata dei giudici di Piazza Cavour si pone in linea con un'importante pronuncia del Tribunale di Milano del 2010, che considera vessatorie le clausole *claims made* di carattere «misto», cioè utilizzate congiuntamente a clausole «*loss occurrence*» o «*act committed*», decidendo per converso di non sanzionare quelle poste al di fuori di tale schema (9): premesso che la sentenza va piuttosto collocata nell'orientamento che sostiene in principio la validità e l'efficacia delle clausole di cui si discorre (10), il giudice meneghino ne afferma pure la tipicità, perché con il modello *claims made* non viene meno il rischio e non muta l'oggetto del contratto (11), pur sempre definiti in ragione della condotta negligente dell'assicurato (12).
Per giunta - come in parte anticipato -, la decisione considera le pattuizioni valide ed efficaci a condizione che esse assumano la forma «pura» (13), perché

Note:

(5) Come anticipato nel testo, la clausola *loss occurence* presupponeva una condotta colposa tenuta durante il periodo di efficacia della polizza a fronte di una richiesta di risarcimento presentata successivamente, mentre quella *claims made* presupponeva una condotta colposa tenuta entro i due anni precedenti la stipula della polizza a fronte di una richiesta di risarcimento presentata durante il periodo di efficacia.

(6) Quanto alla prima, dal raffronto con il modello codicistico emerge che essa operava in conformità all'art. 1917 c.c. e - sebbene il sinistro fosse stato denunciato entro il limite temporale fissato dalla polizza (cioè nei cinque anni successivi alla sua cessazione, secondo la c.d. garanzia postuma) -, era pacifico che la condotta all'origine della richiesta fosse stata tenuta *prima* della stipula del contratto; quanto alla seconda, si riconosceva che (a differenza di quella in questione) le clausole *claims made* coprono solitamente sinistri denunciati dal danneggiato nel periodo di vigenza dell'assicurazione indipendentemente da quando il terzo ha subito il danno e il rischio dedotto nella polizza si è materializzato; ma poiché la richiesta era stata nel caso di specie presentata solo dopo lo «spirare del contratto di assicurazione», non veniva in concreto ad operare alcuna barriera all'effetto retroattivo (in ipotesi costituente una limitazione di responsabilità di carattere vessatorio) basata sul momento in cui il comportamento era stato tenuto.

(7) Al cui esame si può premettere la menzione di una decisione in cui non vengono in esponente problemi di validità o di efficacia delle clausole in questione (contenute in una serie di polizze), bensì la loro inoperatività per via della definizione del rischio assicurato, della non tempestiva denunzia del sinistro (intervenuta successivamente alla scadenza), nonché delle dichiarazioni false o reticenti rese dagli assicurati: Trib. Milano, 5 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, 438, con nota di M. Costanza, *L'assicurazione r.c. professionale in caso di insolvenza di società*.

(8) Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Assicurazioni*, 2006, II, 2, 4, con nota di S. Landini, *La clausola* claims made *è vessatoria?*; in questa *Rivista*, 2005, 1071, con note di R. Simone, *Assicurazione* claims made*, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, e di C. Lanzani, *Clausole* claims made*: legittime, ma vessatorie*; in *Dir. e pratica società*, 2005, fasc. 14, 64, con nota di F. Amabili; in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 153, con nota di A. Antonucci, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola* claims made; in *Resp. e ris.*, 2005, fasc. 8, 9, con note di C. De Pascale, R. Rodolfi e F. Martini; nonché in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 37, 20, con nota di M. Rossetti.

(9) Trib. Milano 18 marzo 2010, n. 3527, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 857, con nota di C. Lanzani, *La travagliata storia delle clausole* claims made*: le incertezze continuano*, nonché in *Corr. merito*, 2010, 1054, con nota di A. Luberti, *Clausola* claims made*: un minoritario (e condivisibile) indirizzo giurisprudenziale*.

(10) L'indirizzo può farsi risalire ad una decisione del Tribunale di Crotone dell'8 novembre 2004, che si legge in *Assicurazioni*, 2004, II, 2, 260, con la quale il tribunale calabrese dichiarava la validità di una clausola «a richiesta fatta», che comporterebbe una deroga del tutto legittima all'art. 1917, comma 1, c.c., non figurando la disposizione tra quelle dichiarate inderogabili dall'art. 1932 c.c. (che si riferisce espressamente ai soli commi 3 e 4 dell'art. 1917), mentre sarebbe pacifico che secondo la prima norma la condotta dell'assicurato debba essere tenuta «durante il tempo dell'assicurazione».

(11) In proposito, il tribunale lombardo evidenzia che un contratto si configura come atipico «quando le parti predispongono un regolamento di interessi non riconducibile ai tipi aventi una disciplina particolare» e che «la disciplina dei contratti tipici è affidata [...] a norme dispositive [sicché] non ogni deroga allo schema astratto previsto dalla legge comporta la creazione di un nuovo negozio», per tale via rinvenendo nel comma 1 dell'art. 1917 c.c. proprio una regola di *default* e, peraltro, avversando la ricostruzione proposta dalla citata sentenza dei giudici di legittimità.

(12) Dacché a cambiare è solo il criterio attraverso il quale si attribuisce rilevanza a tale condotta, attraverso la richiesta di risarcimento del terzo. Sul punto, Lanzani, *La travagliata storia* cit., 857 ss., nonché Luberti, *Clausola* claims made, cit., 1054 ss.

(13) È tale quella in virtù della quale l'assicuratore copre richieste di risarcimento pervenute all'assicurato durante il periodo di efficacia della polizza, purché i rischi in essa dedotti si siano verificati nel decennio precedente, vale a dire fino al momento in cui

(segue)

le clausole *claims made* «miste» (tali da coprire richieste di risarcimento basate su fatti verificatisi in un torno di tempo precedente e inferiore a quello inerente la prescrizione del diritto del danneggiato, ad esempio di due o tre anni) sono da ritenersi vessatorie in quanto limitative della responsabilità dell'assicuratore, ancorché l'accertamento giudiziale non possa portare al ripristino di uno schema *loss occurrence* proiettato 'in avanti' (14).

Sebbene sia il più risalente nel tempo, il maggior numero di decisioni si deve ricondurre infine all'orientamento che afferma la radicale nullità del contratto contenente una clausola *claims made*: riscontrandosi queste nella giurisprudenza romana (15), in quella genovese (16), anche qui con varie argomentazioni (17), nonché in quella emiliana (e non solo) (18), da propiziando l'inserzione automatica ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c. (a differenza, come anticipato, di quanto stabilito nella citata decisione del Tribunale di Milano).

Peraltro, come si vedrà fra un attimo, non è solo il formante giurisprudenziale a ritenere che le clausole *claims made* siano vessatorie, valide ed efficaci o - all'opposto - radicalmente nulle, pur se in quello dottrinale la varietà di opinioni e argomenti rende possibile una schematizzazione solo di massima, anche perché le decisioni passate in rassegna hanno stimolato contributi a diversi livelli, da quello redazionale e di primo commento fino a quello saggistico (19),

Note:

(continua nota 13)

l'assicurato può ritualmente eccepire la prescrizione del diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento del danno, nel caso di specie appunto pari a dieci anni: volendosi così creare una chiara simmetria con la clausola *loss occurrence*, che obbliga l'assicuratore a coprire l'assicurato per tutto il periodo prescrizionale successivo alla cessazione della polizza per condotte tenute durante la vigenza della stessa.

(14) In altri termini, dalla vessatorietà non si fa discendere l'applicazione del comma 1 dell'art. 1917 c.c. - appunto il ripristino di uno schema *loss occurrence* (per così dire) *pro futuro -*, bensì una regola in linea con la clausola *claims made*, cioè volta a far (ulteriormente) retroagire l'efficacia della polizza: invero, rileva il giudice che se si rendesse operativo il comma 1 dell'art. 1917 c.c. non solo l'autonomia delle parti non sarebbe rispettata, ma l'assicurato potrebbe scegliere a suo piacimento se far operare la copertura assicurativa per rischi verificatisi nei dieci anni precedenti la stipulazione, ovvero (facendo valere la nullità dell'intera clausola) le condotte colpose poste in essere durante il periodo di vigenza del contratto, in relazione a tutte le richieste di risarcimento avanzate successivamente fino alla prescrizione del diritto del danneggiato.

(15) In particolare, in favore della posizione più radicale si è schierato il Tribunale di Roma, che in varie occasioni (peraltro sottoposte al medesimo estensore) ha ritenuto la pattuizione in contrasto tanto con l'art. 1917 c.c. (dacché la norma obbligherebbe l'assicuratore a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo), quanto con l'art. 1895 c.c. (il quale confermerebbe indirettamente che il rischio dedotto nel contratto deve costituire un «evento futuro ed incerto»); e poiché la clausola copre anche fatti realizzatisi prima del termine iniziale di efficacia dell'assicurazione, essa non contemplerebbe mai un rischio, in quanto - a prescindere dalla successiva richiesta di risarcimento - la condotta lesiva sarebbe stata sempre (o no) già tenuta quando il contratto viene concluso, chiosando nel senso che la legge non consentirebbe né l'assicurazione retroattiva, né l'assicurazione per rischi già verificatisi, ancorché ignorati dalle parti: così Trib. Roma, 12 gennaio 2006, e Trib. Roma, 10 marzo 2006, in banca dati *De Jure*, cui *adde* Trib. Roma, 10 agosto 2006, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 171, con nota di D. De Strobel, Claim's made *e rischio putativo*; peraltro, vale la pena di notare che la prima decisione aveva ad oggetto una clausola *claims made* pura (relativa a «richieste di risarcimento presentate […] nel corso del periodo di assicurazione, qualunque sia l'epoca in cui sia stato commesso il fatto che ha dato origine alla richiesta di risarcimento») e che nella trama motivazionale viene citata una precedente decisione orientata in senso contrario, cioè Trib. Roma, 2 febbraio 2005, inedita.

(16) Sulla scia della giurisprudenza capitolina si colloca la decisione del Tribunale di Genova datata 8 aprile 2008, che si legge in questa *Rivista*, 2009, 103, con nota di I. Carassale, *La nullità della clausola* claims made *nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, nonché in *Dir. econ. ass.*, 2010, 3, 784, con nota di G. Locasciulli, *Ancora in tema di clausola* claims made: *due pronunce a confronto*.

(17) Ciò muovendo dalla considerazione per cui l'art. 1917 c.c. - a prescindere da un suo inquadramento come norma derogabile o no - definirebbe la funzione stessa del contratto di assicurazione, sicché una clausola che non ne rispetti il dettato sarebbe nulla per mancanza di causa: dunque, prosegue il ragionamento del giudice ligure, una pattuizione congegnata secondo lo schema in parola non andrebbe ad assicurare l'attività potenzialmente lesiva, ma la richiesta di risarcimento, privando il contratto del necessario trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

(18) La dose è rincarata dalla pronuncia del Tribunale di Bologna del 2 ottobre 2002, che non solo dichiara la nullità della clausola *claims made* per contrasto con la richiamata norma codicistica, ma considera la stessa «primaria e imperativa», in linea con la qualificazione operata da altre decisioni, come Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Arch. civ.*, 1997, 647, nonché Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1995, in *Giur. merito*, 1997, 700. Il ragionamento svolto nella parte motiva della decisione del tribunale bolognese in punto di atipicità della clausola viene peraltro ripreso da App. Napoli, 28 febbraio 2001, in *Dir. econ. ass.*, 2005, 711, con nota di A. Monti, *In tema di liceità della clausola* claims made *nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, i cui passi sono pure riportati da U. Carassale, *La clausola* claims made *nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in questa *Rivista*, 2006, 603.

(19) Al riguardo, si vedano Antonucci, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione*, cit.; A. Boglione, *Le clausole* loss occurrence *e* claims made *nell'assicurazione di responsabilità civile (r.c.)*, in *Assicurazioni*, 2009, I, 469; I. Carassale, *La nullità della clausola* claims made, cit.; U. Carassale, *La nullità della clausola* claims made, cit.; Id., *La clausola* claims made, cit.; *Origine e sviluppi della clausola* claims made *nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 799; Id., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola* claims made*: alcune necessarie puntualizzazioni*, *id.*, 2011, 501; Costanza, *L'assicurazione r.c. professionale*, cit.; D. De Strobel, *La vicenda del* claims made, in *Dir. econ. ass.*, 2006, 531; Id., *Claim's made*, cit.; Landini, *La clausola* claims made, cit.; Lanzani, *La travagliata storia*, cit.; Id., *Clausole* claims made, cit.; L. Locatelli, *Clausole* claims made *e* loss occurrence *nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *La resp. civ.*, 2005, 1030; Locasciulli, *Ancora in tema di clausola* claims made, cit.; Luberti, *Clausola* claims made, cit.; G. Mastrogiorgio, *La giurisprudenza italiana e la clausola* claims made, in *La resp.*

(segue)

arrivando a trovare altresì spazio nei manuali inerenti il diritto delle assicurazioni e dei contratti (20).

Gli orientamenti dottrinali

Venendo dunque - ancorché con il *caveat* appena indicato - al formante dottrinale, lo schema tracciato nel citato commento (21) consente di porre in luce che una parte della dottrina è propensa ad ammettere dette clausole, mentre non mancano posizioni più caute o nettamente contrarie.

Invero, alcuni appaiono abbastanza favorevoli al cambiamento di contenuti che la prassi contrattuale sta mostrando attraverso le clausole *claims made* anche in dipendenza dei connessi mutamenti della r.c., seppur con attenta analisi dei problemi che la tematica solleva (22). E vi è chi addirittura nega in radice che i contratti assicurativi debbano esser basati sull'elemento dell'aleatorietà e osserva che la più moderna nozione di causa intesa come «funzione concreta» del negozio dovrebbe far disattendere l'orientamento negativo che fa leva sull'elemento *de quo* (23).

Secondo altri le clausole in questione non sono incompatibili con lo schema di cui all'art. 1917 c.c. - anche perché grazie ad esse l'assicurato può ottenere copertura per sinistri che altrimenti cadrebbero al di fuori dell'operatività della polizza - e le stesse non hanno mai natura atipica, escludendone in principio sia la nullità sia la vessatorietà (24).

Peraltro, vi è chi condivide solo l'assunto di partenza ma non le (due) conclusioni appena indicate, per via del più gravoso esercizio dei diritti eventualmente imposto all'assicurato o dell'esonero da responsabilità da esse implicato, invocando dunque una valutazione caso per caso anche alla luce dell'esigenza di offrire protezione al contraente debole (25) ed eventualmente rimettendo in discussione il carattere tipico della pattuizione (26).

Di contro, vi è chi propende non solo per l'atipicità ma anche per la nullità delle clausole in parola, in ragione della sensibile riduzione del rischio (rilevante *ex* art. 1882 c.c.) e delle limitazioni all'esercizio del diritto che esse comportano (rilevanti *ex* artt. 1418 e 2965 c.c.) (27); mentre secondo una tesi esse cozzano con l'inderogabilità della stessa "struttura" contrattuale basata sullo schema *loss occurrence* e del comma 1 dell'art. 1917 c.c. (28), con stigmatiz-

Note:

(continua nota 19)

civ., 2009, 533; D.M. Miele, *La clausola* claims made *nei contratti di assicurazione delle amministrazioni pubbliche: gestione del rischio e controllo di gestione*, in *P.Q.M.*, 2006, fasc. 2, 144; Monti, *In tema di liceità della clausola* claims made, cit.; W. Pfennigstorf, *L'assicurazione r.c. danni da inquinamento*, in *Assicurazioni*, 1991, I, 61 ss.; G. Romeo, *La clausola* claims made *nei contratti di assicurazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. guardia di finanza*, 2007, 220; M. Rossi, *Contratti assicurativi - Clausole* claims made *e sinistri latenti*, in *Merito*, 2007, fasc. 6, 2; Simone, *Assicurazione* claims made, cit.; G. Volpe Putzolu, *La clausola* claims made - *Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, 3.

(20) Fra gli altri, A.D. Candian, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, 290 ss.; A.D. Candian-S. Paci, *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002, 306 ss.; F. Carbonetti, *La formazione ed il perfezionamento del contratto*, nonché N. De Luca, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, entrambi in R. Cavallo Borgia (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2007, 144 e 82; A. Donati-G. Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, IX ed., Milano, 2009, 180-181; D. De Strobel-V. Ogli, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, VI ed., Milano, 2008, 661-663; M. Franzoni, *Responsabilità civile (assicurazione della)*, *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, Torino, 1996, XII, 401; M. Martini-R. Ridolfi, *Claims Made*, in Aa.Vv., *I Nuovi contratti nella prassi civile e commerciale - Clausole ricorrenti, interessi e adempimenti*, vol. XXVI, Torino, 2005, trattato diretto da P. Cendon, 455 ss.

(21) Sia consentito, di nuovo, il rinvio a Tassone e Nardo, *Clausole claims made*, cit.

(22) Simone, *Assicurazione* claims made, cit., 1079 ss.

(23) Salvo poi plaudire al limite posto dalla richiamata decisione del Tribunale di Milano e ammettere comunque una 're-interpretazione' del modo di dispiegarsi dell'autonomia privata: così Luberti, *Clausola* claims made, cit., il quale afferma che è dato alle stesse imprese di assicurazione autorizzate dalla normativa speciale di offrire contratti in tutto o in parte privi di tale carattere, mentre il suddetto modo di intendere la causa del contratto non consente di usarla per scrutinare l'utilità e la rilevanza sociale in astratto del modello contrattuale. Tuttavia, rispetto al problema della qualificazione della clausola come atipica paventa che in tal modo si rischia di configurarla come contratto che l'impresa di assicurazione non può validamente stipulare perché vincolata dal principio di esclusività dell'oggetto sociale, limitato all'esercizio delle attività normativamente classificate nei diversi rami di assicurazione per cui è autorizzata, Antonucci, *Prassi e norma*, cit., 153.

(24) Tali clausole, in definitiva, non rendono inoperante o difficilmente operante l'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, con esclusione o delimitazione della sua obbligazione, esprimendo invece una scelta delle parti di aderire a una forma di efficacia piuttosto che a un'altra: in argomento Locatelli, *Clausole* claims made, cit., apparendo orientati sulla medesima linea, sebbene con diverse sfumature, Boglione, *Le clausole* loss occurrence *e* claims made, cit., Cesarani, *Origini e sviluppi della clausola* claims made, cit., nonché Monti, *In tema di liceità della clausola* claims made, cit.

(25) Espone *in nuce* il percorso argomentativo di cui nel testo, ad esempio, Costanza, *L'assicurazione r.c. professionale*, cit., 443-444.

(26) In proposito, sempre a titolo di esempio, Lanzani, *Clausole* claims made, cit., nonché - rispetto ai dubbi sulla tipicità delle pattuizioni in parola - Id., *La travagliata storia delle clausole* claims made, cit., 867.

(27) Così Locasciulli, *Ancora in tema di clausola* claims made, cit.

(28) In quanto detta norma sarebbe derogabile solo in punto di colpa grave e dolo, lamentandosi quindi uno svuotamento di contenuto del contratto di assicurazione e ritenendosi che le clausole *claims made* non siano «meritevoli di tutela» ai sensi dell'art. 1322 c.c.: così U. Carassale, *La clausola* claims made *cit.*, 604 ss., seguito da I. Carassale, *La nullità della clausola* claims made, cit. Ritiene meno preoccupanti alcuni dei profili evocati da tale Autore, Simone, *Assicurazione* claims made, cit., 1080. Inoltre, per un'opposta lettura del carattere "rigido" delle norme in parola Antonucci, *Prassi e norma*, cit., 154.

zazione del fatto che le compagnie offrono ormai solo tale opzione contrattuale sul mercato.
Come ci si può attendere e come in parte anticipato, nell'ambito di queste e altre posizioni vengono spiegati una serie di argomenti *pro* e *contro* il nuovo schema contrattuale (29), osservandosi ad esemppio che esso consente di far meglio fronte ad un danno lungo-latente (30), senza contare la riduzione dei costi che ne deriva (31). Proprio questa viene tuttavia contestata - assieme ai 'benefici' sopra indicati - da una parte della dottrina (32), paventandosi perfino il rischio di una ridotta produttività dei professionisti e il loro impiego di risorse per costituire una sorta di «riserva tecnica privata» (33).
Ebbene, è evidente che tutti gli snodi problematici citati meriterebbero ben altra trattazione. Ma è significativo che, come anticipato, alcuni di essi vengano espressamente ricollegati ad una struttura sostanzialmente oligopolistica dell'offerta: preso atto da tempo, e non solo nel settore *de quo* (34), dell'inefficacia della formalità di cui all'art. 1341 c.c. (al massimo idonea a propiziare un cambiamento nel *drafting* dei formulari), viene da chiedersi se non siano altri i mezzi con cui si possa o si debba incidere su una prassi contrattuale globalmente criticata (quali la regolazione, la disciplina posta a salvaguardia della concorrenza e del mercato, nonché le attività svolte dagli ordini professionali e dalle associazioni di categoria).
D'altronde, è da notare che, nel caso da cui prende origine la presente riflessione, al *broker* si addebitava proprio una condotta negligente sotto il profilo dello specifico contenuto della polizza consigliata al cliente, facendo ciò presumere (salva una verifica da compiere altrove) che alcune opzioni invece fossero presenti e, dunque, potendosi dubitare del fatto che le clausole in questione siano da colpire - o da elidere in radice - mediante gli istituti del diritto dei contratti sopra richiamati: pertanto, senza sottovalutare gli specifici problemi che tali clausole sollevano (35), da un uso 'improprio' di detti istituti si deve diffidare, come pure emerge dalle riflessioni di più ampio respiro che si andranno a svolgere fra un attimo.

Il giudizio di vessatorietà

Guardando più da vicino il giudizio di vessatorietà compiuto nel caso all'origine della presente riflessione - cui si farà ancora e nel presente paragrafo riferimento, prima di relazionarne il *pattern* all'elaborazione richiamata in apertura -, diviene intanto evidente che non si considerano le clausole *claims made* in radice affette da nullità, scartandosi dunque la possibilità di modificare il relativo regolamento di interessi tramite l'imposizione dello schema di cui all'art. 1917 c.c. (36); il che avrebbe peraltro e altrimenti richiesto di considerare come la condotta dell'assicurato fosse precedente alla conclusione del contratto, secondo quanto si sottolinea poi nell'escludere in concreto la vessatorietà della clausola

Note:

(29) Evidenziandosi ad esempio che esso è particolarmente utile sia per l'assicurato che sia coperto da altra polizza per il periodo indicato, sia per l'assicuratore, il quale viene messo in condizione di gestire in maniera più idonea le riserve e adeguare l'ammontare dei premi richiesti ai massimali di polizza: sull'aspetto in parola Simone, *Assicurazione* claims made, cit., 1079 ss.

(30) Che, anche per via delle modifiche apportate al regime della prescrizione, può dar vita ad una richiesta risarcitoria a distanza di molti anni ed alla cosiddetta «sinistrosità tardiva»: in proposito, Locatelli, *Clausole* claims made, cit., 1031, cui *adde* De Strobel, *La vicenda del* «claims *made»*, cit., 531 ss. per l'illustrazione di come l'elemento di cui nel testo ha determinato la genesi delle polizze *de quibus*, nonché per uno sguardo sulla disciplina francese, belga e spagnola, che ammettono l'uso delle clausole *claims made*; ancora più esteso sul punto lo studio di F. Cesarani, *Origini e sviluppi della clausola* claims made, cit., che rinviene la genesi nella *liability crisis* statunitense degli anni '80.

(31) In argomento, sempre a titolo esempio, Lanzani, *Clausole* claims made, cit.

(32) In tale prospettiva si evocano anche gli inconvenienti connessi alla successione delle polizze stipulate con diversi assicuratori, al recesso in caso di sinistro e alla mancanza di copertura (fatta salva la contrazione di apposita *sunset clause*) per il periodo successivo alla cessazione della polizza: così Carassale, *La clausola* claims made, cit., 604 ss.; ritiene tuttavia meno preoccupanti alcuni dei profili in parola, Simone, *Assicurazione* claims made, cit., 1079 ss.

(33) Carassale, *La nullità della clausola* claims made, cit., 108.

(34) Fra i tanti, De Nova, *Le condizioni generali di contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, X, Torino, 1995, 109 ss.

(35) Come quelli inerenti la (mai sopita *querelle* inerente la stessa) definizione di «sinistro» secondo gli artt. 1913, 1914 e 1917 c.c. o in punto di dichiarazioni false o reticenti a mente degli artt. 1892, 1893 e 1894 c.c.

(36) Non solo perché - altrimenti - la stessa si sarebbe potuta eventualmente rilevare d'ufficio, ma soprattutto perché nella sentenza citata in apertura è chiara la scelta di far riferimento solo alla «più recente giurisprudenza [che] pur dividendosi sulla natura tipica […] o atipica […] del contratto denotato da siffatta pattuizione, rit[iene] che essa debba essere valutata (anche in ordine alla sua possibile vessatorietà) secondo il suo concreto atteggiarsi». Inoltre, dopo il richiamo a Cass. n. 2005/5624 e a Trib. Milano 3527/2010 rispetto a tale alternativa ricostruttiva, si specifica con riguardo alla seconda decisione che «possono presentare profili di vessatorietà le clausole *claims made* a cui, come nel caso di specie, si aggiunga la pattuizione che l'evento dannoso non si sia verificato prima di una certa soglia temporale». Ancora, si precisa che «ogni questione relativa alla natura, validità ed efficacia di un contratto assicurativo articolato secondo lo schema illustrato scolorisce in considerazione della circostanza che l'invito a dedurre da parte della Procura Regionale […] è stato notificato [all'assicurato] successivamente al venir meno […] dell'efficacia del contratto».

loss occurence (37); e potendosi allora ipotizzare - dopo aver registrato il mancato richiamo alla formula meneghina (38) - che per tale via si suggerisca di impostare il giudizio di vessatorietà secondo diverse direttrici (39), se del caso traendo spunto da altri 'settori', come quello delle cassette di sicurezza (40).

In proposito, rinviando ad altra sede per l'esame degli spunti ritraibili da altre materie e da quella assicurativa, va ricordato che secondo l'art. 34 del D.Lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo) «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto»; e ancora, che il 19° Considerando della Direttiva 93/13 in materia di clausole abusive prevede la non operatività delle norme poste a tutela del consumatore nei confronti delle pattuizioni che riguardano gli elementi maggiormente qualificanti del rapporto di assicurazione, specificandosi che «le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurativo e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di siffatta valutazione qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore» (41).

Invero, le norme appena evocate consentono non solo di portare ulteriori argomenti a favore della tesi per cui in prima battuta le clausole *claims made* riguardano in definitiva l'oggetto del contratto, al contempo sottolineando l'importanza del 'dialogo' da istituire fra la vessatorietà codicistica e quella di origine comunitaria (anche perché eventualmente applicabili in via cumulativa, ferma restando la loro diversa sfera di operatività); ma pure di evidenziare che anche la prima è perlopiù rivolta (beninteso: non in senso tecnico e senza pregiudizio per gli altri ambiti di disciplina) a proteggere il consumatore, essendo noto che le condizioni generali vengono utilizzate soprattutto nei rapporti fra le imprese e il novello *minus habens*.

Ma, se così è, si deve di contro considerare che in molti casi regolati dalle clausole *claims made* ci si trova di fronte ad assicurati-professionisti, i quali dovrebbero avere le competenze o almeno l'attenzione necessaria ad intendere il contenuto della copertura che 'comprano' (fermi restando gli obblighi di chiarezza, esaustività e trasparenza nella redazione dei documenti informativi incombenti sulle assicurazioni (42)): essendo cioè meno toccati dall'ineludibile asimmetria informativa che affligge i consumatori (e che costituisce la principale ragione di intervento (43), da non rinvenire, invece, in una struttura in ipotesi non concorrenziale del mercato) (44).

È forse proprio in questa chiave che vanno allora lette o valorizzate le considerazioni tramite le quali

Note:

(37) Perché la denuncia del sinistro era pacificamente pervenuta entro i cinque anni di estensione da essa contemplati, ma in relazione ad un «fatto» generatore di responsabilità (erariale) posto in essere antecedentemente alla stipula della polizza.

(38) Nonostante l'attenzione che il giudice riserva alla «complessa architettura contrattuale sottoposta alla [sua] attenzione» - all'interno di un esame complessivo degli effetti che la garanzia postuma produce sulla copertura sotto il profilo temporale - colpisce il mancato richiamo alla distinzione tracciata dal Tribunale di Milano in punto di clausole *claims made* pure o «miste».

(39) Colpisce inoltre che il tribunale non si soffermi più di tanto sulla «natura limitativa della responsabilità […] della previsione che obbliga alla denuncia del sinistro entro un determinato limite temporale», cioè sulla richiamata *sunset clause*, descrivendo di contro la clausola *claims made* come una pattuizione volta a «determinare l'ambito cronologico della copertura», alla «determinazione dei limiti di efficacia temporale della copertura» e con cui «vengono circoscritti cronologicamente gli eventi dannosi per cui la compagnia assicurativa si impegnava a pagare l'indennizzo»: anche senza poter indagare oltre il reale pensiero dell'estensore, sembra infatti porsi sullo sfondo della pronuncia l'idea per cui le clausole in parola non sono in principio da ricostruire in termini di esonero da responsabilità, perché più semplicemente tese a definire sotto il profilo temporale l'oggetto del contratto.

(40) In materia assicurativa la Suprema Corte ha avuto modo di stabilire che «nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c., quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito», mentre «attengono, viceversa, all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito» (Cass. 29 maggio 2006, n. 12804, in *Foro it.*, Rep. 2007, n. 133, voce *Assicurazione*, nonché Cass. 9 marzo 2005, n. 5158, *id.*, Rep. 2005, n. 90, voce cit.). Con riguardo alla vicenda delle cassette di sicurezza, fra le altre Cass. 29 marzo 1976, n. 1129 (in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, II, 173), rinviandosi per ulteriori riferimenti a F. Macario, *Rubini, smeraldi e… giuramenti: le cassette di sicurezza dopo le sezioni unite* (in nota a Trib. Roma, 8 novembre 1995, Trib. Roma, 12 giugno 1995 e Trib. Roma, 25 maggio 1994), in questa *Rivista*, 1996, 241.

(41) Sul significato del considerando, per tutti, A.D. Candian, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie - Lineamenti generali*, in G. Alpa-S. Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie con i consumatori*, Milano, 1997, II, 972 ss.

(42) Volpe Putzolu, *La clausola* claims made, cit., 13 ss.

(43) Sulle ragioni che portano ad intervenire in materia, con approccio giuseconomico, A. Gambaro, *Perché si vessa il cliente - Note ed appunti di un itinerario tra i modelli occidentali*, in *Quadrimestre*, 1991, 386; R. Pardolesi-A. Pacces, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (e alle incongruenze) della nuova disciplina*, in Aa.Vv., *Diritto privato - Condizioni generali e clausole vessatorie*, II, Padova, 1996, 377; nonché R. Cooter-U. Mattei-P.G. Monateri-R. Pardolesi-T. Ulen, *Il mercato delle regole - Analisi economica del diritto civile*, II, *Applicazioni*, Bologna, 1999, 116 ss.

(44) L'idea secondo cui la vessatorietà delle clausole dipende essenzialmente dalla disparità di forza contrattuale tra le parti anche a causa della struttura non concorrenziale del mercato si è diffusa a partire dal dopoguerra sulla scena internazionale (anzi comparatistica) soprattutto in relazione agli studi di Friedrich Kessler, che hanno avuto una straordinaria fortuna: si consulti, per tutti, F. Kessler, *Contracts of Adhesion - Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 Colum. L. Rev. 629 (1943). Per ulteriori riflessioni sul fenomeno degli *adhesion contracts* negli Stati

(segue)

viene rigettata anche la domanda con cui l'assicurato lamentava che l'assicuratore non lo aveva tempestivamente informato della mancanza di copertura e lo aveva così indotto a sostenere gli esborsi sopra richiamati per procurarsi l'assistenza legale, non rivenendosi un nesso eziologico fra la condotta e il danno: l'attore era dotato della «professionalità necessaria a ricoprire l'incarico di direttore generale [e] poteva ben rendersi conto, leggendo le clausole del contratto, che, nel caso di specie, non vi era operatività della copertura» (45), il che porta finalmente a meditare i temi evocati alla luce del più volte menzionato "terzo contratto".

(Segue:) I profili soggettivi del "terzo contratto"

Ove il giudizio di vessatorietà delle clausole *claims made* venga svolto anche tenendo conto del fatto che le stesse sono spesso il frutto di un esercizio consapevole dell'autonomia privata, viene da chiedersi che ruolo giochino le più recenti e generali elaborazioni che - al di fuori del binomio (in senso comunitario) professionista-consumatore - suggeriscono di riconsiderare la disciplina del contratto facendo leva (anche) sulle caratteristiche soggettive delle parti.

In proposito, si deve intanto considerare che sotto il profilo oggettivo lo schema di cui si tratta è applicabile ad ogni polizza inerente domande risarcitorie di terzi e ciò spiega forse perché (rinviando ad altra sede per una più compiuta rassegna) la dottrina specialistica si è perlopiù limitata a mettere in luce, in via generale, che esse vengono usate per la copertura di rischi professionali o di impresa, senza dedicare (usualmente) un particolare spazio a considerazioni inerenti le caratteristiche delle parti (46). In ogni caso, concentrandoci sul segmento che qui interessa (che non esclude l'esistenza di altre aree meritevoli di considerazione (47)) e senza la pretesa di abbracciare ogni epifania del fenomeno, vengono in esponente prevalentemente polizze concluse da liberi professionisti o soggetti che hanno assunto un incarico gravido di responsabilità (in forza di un contratto d'opera o di mandato), che nell'esercizio della propria attività possono trovarsi a cagionare danni a terzi o all'ente per cui prestano servizio.

Ebbene, di là dalle incongruenze da alcuni rilevate nell'impianto di una nota decisione della Corte Costituzionale che non vi è qui lo spazio per riesaminare (48) e senza poter in questa sede soffermarci sulle difficoltà di inquadramento che la stessa categoria delle professioni intellettuali solleva (49), è verosimile ritenere che la controparte dell'assicuratore non sia equiparabile al consumatore non solo sul piano formale, ma soprattutto - per quanto qui interessa - sul piano sostanziale: l'avvocato, il commercialista e l'ingegnere da un lato, nonché l'amministratore, il direttore generale o il sindaco di una so-

Note:

(continua nota 44)

Uniti, dove esso è da più tempo oggetto di attenzione, si vedano il meticoloso contributo di T.D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Recostruction*, 96 Harv. L. Rev. 1195 (1983), nonché quello di D.W. Slawson, *The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms*, 46 U. Pitt. L. Rev. 21 (1984).

(45) Ciò con l'aggiunta per cui «dinanzi alla Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti egli era stato assistito da due legali, ai quali avrebbe certamente potuto domandare ausilio nell'interpretazione del contratto, verificando se i compensi ad essi dovuti fossero ricompresi nella garanzia assicurativa», sicché solo «alla propria negligente condotta deve imputare la circostanza di non aver avuto conoscenza delle [relative] limitazioni».

(46) Sempre con la riserva di cui nel testo, ricorda da ultimo che si esclude l'applicabilità del controllo di natura sostanziale divisato dalla disciplina a tutela del consumatore «sia perché la clausola viene utilizzata esclusivamente nelle coperture di rischi professionali o di impresa, non riferibili dunque ad atti di consumo, sia comunque per il fatto che, quale clausola delimitativa del rischio, essa viene presa in considerazione quale fattore di calcolo del premio», Ceserani, *Ancora nuvole di vaghezza*, cit.

(47) In effetti, anche qui con riserva di approfondire il tema in altra sede, possono venire intanto in considerazione fattispecie legate all'area della piccola impresa individuale, che non sembrano però comportare un sostanziale mutamento dei termini del discorso: le stesse - anticipando alcuni aspetti trattati fra breve nel testo - non solo possono essere sotto il profilo economico-sostanziale assai vicine a quelle che riguardano i professionisti, ma soprattutto richiamano immediatamente il confronto con i contratti B2b, sui quali ci si soffermerà fra un attimo. Ovviamente, è anche possibile ipotizzare che la conclusione delle polizze di cui si tratta avvenga nell'ambito di rapporti caratterizzati da un più intenso vincolo di subordinazione (come quelli relativi ai quadri aziendali o ai dipendenti pubblici in pozioni apicali) ovvero, per converso, nell'ambito di relazioni (imprenditoriali) meno squilibrate (come quelle relative alle grosse società di revisione): sembrando però nell'un caso che la logica giuslavoristica possa diventare assorbente e, nell'altro, che ci si trova fuori dei contratti B2b per ragioni, appunto, strutturali.

(48) Il riferimento è a Corte cost. 22 novembre 2002, n. 469 - secondo la quale «è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469 *bis*, 2º comma, c.c. nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, in riferimento agli art. 3, 25, 1º comma, e 41 Cost.» - fra le tante in *Foro it.*, 2003, I, 332, con note di A. Palmieri, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, e di A. Plaia, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità.* Per ulteriori richiami alla giurisprudenza inerente i profili soggettivi della nozione di consumatore e che aveva portato alla pronuncia del giudice delle leggi, sia consentito il richiamo a B. Tassone, *La vendita fuori dei locali commerciali*, in E.M. Tripodi-B. Tassone (coordinato da), *La vendita*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, trattato diretto da P. Cendon, vol. XIV, tomo I, Torino, 227 ss.

(49) Per cenni ancora attuali, G. Oppo, Antitrust *e professioni intellettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 123.

cietà dall'altro, conoscono abbastanza bene i rischi connessi al proprio mestiere e sono o dovrebbero essere naturalmente indotti a prestare attenzione alle polizze con le quali si coprono da essi, senza che eventuali atteggiamenti 'devianti' assumano, in via di prima analisi, un rilievo significativo (del resto, i panni del consumatore sono vestiti anche dal magnate che acquista uno yacht o dall'hacker che si procura un componente *hardware*, ancorché essi siano dotati di un patrimonio economico e conoscitivo ben superiore a quello del rivenditore (50)).

Il fatto che le *transactions* relative alle polizze *claims made* stiano - secondo la lettura sulla quale si tornerà fra un attimo - al di fuori dei rapporti B2B e B2C, non implica che esse rientrino in quelli B2b, ponendo piuttosto il quesito se e fino a che punto il terzo contratto riguardi pure l'accordo intercorso fra l'imprenditore e il professionista.

In proposito, è noto che la figura prende le mosse da un'idea di Roberto Pardolesi secondo la quale accanto al contratto di diritto comune (che ruota attorno alla disciplina generale del contratto contenuta nel Titolo II del Libro IV del Codice) e al contratto del consumatore si colloca appunto un terzo contratto: quello posto fra le pieghe di «un'ampia fascia di rapporti - B2B fra operatori non sofisticati, C2C e quant'altro - che non si lasciano ricondurre ai modelli estremi», cioè «un'area grigia, che, forse più di ogni altra, richiama oggi (o dovrebbe farlo) l'attenzione dello studioso del diritto privato» (51). Ed è pure noto che lo spunto è stato sviluppato nel corso di vari incontri (senesi, bolognesi e milanesi) di qualche anno fa (52), sebbene esso non abbia mancato di suscitare riserve (53), pure nell'ambito di un lavoro monografico ad esso dedicato (54).

Tuttavia - con l'eccezione di cui si dirà fra un attimo - gli autori che si sono in quelle sedi dedicati al tema hanno discusso dei profili soggettivi soprattutto rispetto alla necessità di circoscrivere la «ipotesi ermeneutica» ai rapporti fra imprese (55), anche sulla scia delle osservazioni mosse da una più critica dottrina (56); mentre quando il discorso ha incidentalmente toccato il professionista (nel senso domestico) si è ipotizzato che gli strumenti da utilizzare per difende-

Note:

(50) Con l'osservazione di cui nel testo non si vuole ovviamente affermare che, sempre dal punto di vista sostanziale, il professionista non meriti tutela e non abbia una posizione, in vari casi, assai vicina a quella del consumatore, perché i contratti conclusi da entrambi non si conformano al modello ideale da cui prende le mosse la tradizione liberale ottocentesca (sulla quale si vedano le efficaci pagine di D. Carusi, *I precedenti*, in G. Gitti-G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008): si vuole solo dire che, rispetto alla specifica tipologia di polizze che viene in considerazione, pare che quella vicinanza non sussista o non sia predicabile, anche perché definire un contraente genericamente come «debole» non vale ancora a collocarlo nella stessa posizione del consumatore.

(51) In effetti, secondo R. Pardolesi, *Introduzione* a G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti - Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, da un lato si pone «il contratto nobile, quello negoziato in ogni dettaglio da soggetti avvertiti, pienamente consapevoli del fatto di agire in un'arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo», cioè fra «soggetti sofisticati, consapevoli del fatto che, nell'agire contrattuale, *quisque faber fortunae suae*» e consci «della necessità di "azzerare il rischio giudice"»; dall'altro lato e anzi «al polo opposto» si colloca «il vasto continente del contratto dei consumatori», ai quali «non si può chiedere di supplire alla carenza di informazione che ne caratterizza l'agire», perché «la razionalità limitata di cui sono prigionieri e vittime, è tutto quello che è dato di pretendere da chi compie atti di mero consumo», appunto osservando - anche con le considerazioni riportate nel testo che, tuttavia, tali «ovvie polarità non catturano l'universo». La riflessione viene poi ripresa e sviluppata in Id., *Conclusioni*, in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit., 338 ss., dove si precisa - per i fini che qui interessano - che «tra i due poli si estende una "terra di mezzo" ancora sprovvista di marcatori di identità, apparentemente orfana di caratterizzazioni rilevanti e, perciò, rimessa a regolazione amorfa», ove «alligna, se mai ha ragion d'essere, l'ipotesi del terzo contratto» (p. 346), sì da «individuare un contesto di ineguaglianze sistemiche, a carico di imprenditori segnati dalle stimmate della dipendenza economica, entro il quale dispiegare correttivi nel segno del riequilibrio tendenziale», cioè un contesto «in cui prende corpo un potere conformativo di equità, evidentemente incompatibile con la *ratio* del contratto negoziato, come pure con la logica e l'intervento a tutela del consumatore» (pp. 348-349).

(52) I cui lavori, più oltre richiamati, sono compendiati in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit.

(53) Al riguardo, V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 669 ss., cui si aggiungano, D. Valentino, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss., nonché E. Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *I Contratti*, 2009, 493 ss.

(54) R. Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica - Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.

(55) Secondo G. Amadio, *Il terzo contratto - Il problema*, in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit., 9, la figura costituisce in sostanza «l'indicatore di un'ipotesi ermeneutica, e prim'ancora di una scelta ideale (ideologica?) dell'interprete, di fronte alla fenomenologia e alla disciplina attuali dei *contratti fra imprese*», sintetizzando i dati dei consessi di cui nel testo mercé l'affermazione per cui essa ha aperto la strada ad una ricerca «le cui tappe hanno condotto prima a restringere, poi a specificare (attenuandone forse l'impatto sistematico) l'ipotesi formulata in origine» proprio con riguardo all'aspetto in questione. Anche G. D'Amico, *La formazione del contratto*, *ibid.*, 38, ritiene che la formula «individua un'area forse meno ampia di quella alla quale pensava in origine Pardolesi, ma in compenso più omogenea e coesa», perché relativa «alla *contrattazione fra imprese in contesti di "asimmetria contrattuale"*».

(56) In specie, procede a criticare la figura di cui si tratta proprio in base alla proposta di estenderla anche ai rapporti C2C, Roppo, *Parte generale del contratto*, cit., 669 ss. Di tale Autore si vedano anche Id., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. privato*, 2010, fasc. 3, 19 ss., nonché Id., *Prospettive del diritto contrattuale europeo - Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

re quello «debole» siano da individuare nella disciplina dettata per l'aderente consumatore (57) (con un precedente saggio in cui si ipotizzava che a vantaggio di tale soggetto, in quanto «protagonista di una contrattazione terza», potesse operare un «approccio protettivo differenziato» animato dalla ricerca della «asimmetria in concreto») (58).

Inoltre, nemmeno gli altri contributi dedicati ad aspetti più specifici, se del caso con la premessa di considerazioni di carattere generale, hanno fornito particolari indicazioni per rispondere al quesito: lasciando margine per chiedersi se le nozioni utilizzate fossero (o no) quelle comunitarie ovvero se la parola «professionista» fosse da riferire solo alle modalità organizzative di cui dall'art. 2082 c.c. (59), di là dalla lettura alla quale inducevano (o indurrebbero) i riferimenti ai contratti commerciali ovvero la collocazione della disciplina delle professioni intellettuali all'interno di quella dell'impresa (secondo la sistematica del Libro V del Codice) (60).

Di contro, in un contributo la costruzione è stata criticata perché, una volta creata la sotto-categoria degli imprenditori non sofisticati, essa postulerebbe la possibilità di configurare un terzo contratto anche fra consumatori (61); perché i requisiti sogget-

Note:

(57) Ritiene «irrazionale, in presenza di modalità identiche di contrattazione (e dunque della medesima asimmetria), negare al professionista debole, costretto ad aderire al regolamento integralmente predisposto dall'impresa dominante, una tutela analoga a quella prevista per l'aderente consumatore (mediante il ricorso al modello codicistico, tendenzialmente generale, della vessatorietà)», Amadio, *Il terzo contratto*, cit., 23.

(58) G. Amadio, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 303.

(59) Ad esempio, dopo le indicazioni sopra richiamate, Amadio, *Il terzo contratto cit.*, 15, afferma che dalla nozione «vengono espunti i contratti fra non professionisti» e che essa riguarda il «*professionista* debole (l'imprenditore "economicamente *dipendente*")», peraltro aggiungendo notazioni (di cui alla nota che segue) le quali fanno pensare che la nozione di impresa sia quella domestica. Nel suo *excursus* sull'evoluzione storica della disciplina del contratto fa riferimento ai «contratti dell'"impresa debole"», rapportandoli alla «posizione dell'operatore economico sul mercato e ai concreti suoi rapporti con il partner contrattuale», Carusi, *I precedenti*, cit., 35. In aggiunta a quanto esposto nel contributo introduttivo sopra citato, osserva D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 58, nt. 49, che va accertata in concreto «la "debolezza" [di un'impresa] nei confronti di altra impresa con la quale abbia stipulato un contratto». Prima di esaminare la nozione di oggetto del contratto e le disposizioni normative rilevanti per il tema posto, ricorda la distinzione fra «contratti civili e contratti dei consumatori», da un lato, e la categoria dei «contratti commerciali» dall'altro, G. Gitti, *La determinazione del contenuto,* in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit., 83 ss. Afferma, con riguardo ai dati normativi di cui fra un attimo nel testo, che «sono comuni anche i presupposti soggettivi di tali discipline, dal momento che si è al cospetto di rapporti tra imprenditori, nei quali una parte subisce pattuizioni svantaggiose a causa di condizioni di partenza asimmetriche», G. Villa, *Invalidità e contratto fra imprenditori in posizione asimmetrica*, *ibid.*, 113. Sceglie come direzione dell'indagine quella rivolta «alla vasta area dei contratti fra imprese», chiedendosi se si possa elaborare uno «strumento concettuale che consenta di classificare e disciplinare i contratti […] commerciali» e, dopo aver posto in luce che «è la "attività professionale" a segnare *unilateralmente* gli atti di consumo», afferma che «le qualifiche soggettive di professionista e consumatore riposano appunto sul carattere dell'attività svolta», concludendo che «entrambe le categorie di rapporti sono segnate dalla "commercialità"»: ciò prima di dedicarsi «alla categoria dei contratti bilateralmente commerciali, che disciplinano l'attività economica dei due professionisti», in cui «le parti non appaiono geneticamente diseguali, attraverso i modelli […] del professionista e del consumatore», ma nei quali può essere commesso un «illecito commerciale [definito come] fatto (doloso o colposo) lesivo dell'equilibrio economico strutturale dell'impresa dominata senza apprezzabile vantaggio economico dell'impresa dominante», M. Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, *ibid.*, 144-146, nonché 153 e 163. Fa riferimento alla «contrattazione d'impresa», nonché alla «teoria dei contratti d'impresa e, più in particolare, fra imprese», F. Macario, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, *ibid.*, 188-190. Individua l'ambito della riflessione in quello «dei contratti di cui sono parti imprese concorrenti» e dei «contratti di impresa», tentando di «isolare il *proprium* dei contratti fra imprenditori», cioè di «quei vincoli contrattuali che legano soggetti professionali», distinguendo «autonomia d'impresa e autonomia dei privati», nonché soffermandosi sulle norme che autorizzano il giudice ad intervenire su detti contratti a prescindere dalla «natura soggettiva della parte», cioè dalla «qualità di imprenditore, e poi d'imprenditore commerciale», A. Zoppini, *Premesse sistematiche al recesso nei contratti fra imprese*, *ibid.*, 228, 231, 239 e 240. Circoscrive l'oggetto dell'indagine alla «possibilità di enucleare criteri di *rilevanza giuridica* di una condizione di asimmetria di potere economico nei rapporti commerciali fra imprese», G. Doria, *Impresa pubblica e terzo contratto*, *ibid.*, 249. Colloca fra gli interrogativi di ordine generale la «distinzione tra asimmetria nelle relazioni contrattuali fra imprese ed asimmetria nella relazione tra imprese e consumatori», F. Cafaggi, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, *ibid.*, 303. Richiama il «contratto asimmetrico fra imprenditori» e contrappone il contratto dei consumatori a quello da un «imprenditore non sofisticato», attribuendo al terzo contratto un ruolo di «coordinamento sistematico fra il contratto asimmetrico fra imprenditori e altri contratti asimmetrici», E. Navarretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, *ibid.*, 318, 319 e 322. Infine, trova il "*fil rouge*" che collega le disposizioni assunte quali frammenti di una più ampia ricostruzione nel fatto di «riferirsi a contesti contrattuali (o dintorni) che vedono impegnati due imprenditori, l'uno dei quali appare in condizione di prevaricare l'altro», Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 347-349.

(60) Nemmeno a dirlo, i contributi di cui alla nota che precede (e il tema posto con quello presente) andrebbero riesaminati prendendo in considerazione l'elaborazione che ha accompagnato l'abrogazione del Codice di Commercio del 1882 e l'inquadramento dei contratti di impresa, rinviandosi per adesso (e per tutti) a G. Oppo, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841 ss., a G. Cian, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, *id.*, 2004, I, 849, nonché a G. Oppo, *Note sulla contrattazione d'impresa*, *id.*, 1995, I, 629 ss.

(61) P. Femia, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit., 266-267, ove si rileva che se tutti i contratti fra imprenditori non sofisticati sono terzi contratti, non è vero il contrario e si deve ammettere che sussistano terzi contratti fra non imprenditori, senza che però si indichi una «ragione di aggregazione» (cosa li tiene insieme ai primi) e una «ragione di separazione» (cosa li distingue da essi), a prescindere dalla mancanza di una «regola finale distributiva dei casi omessi».

tivi alla base di essa sarebbero solo «caratteri ricorrenti», sicché i tre modelli risulterebbero «non definiti, ma suggeriti da esempi» (62); e perché, rifuggendo da un inquadramento soggettivo rigido e provando a «cogliere flussi», si ridefinirebbe il terzo contratto come una «funzione continua della razionalità informativa», tuttavia inapplicabile (63); con la chiosa per cui confutare una teoria non vuol dire non apprezzarla e per cui la dissezione delle categorie da essa suscitata serve da trampolino di lancio per passare dalla nozione di contratto a quella di contrattazione (64): ma, in linea con l'impostazione data al problema delle definizioni, il pezzo non dedica uno spazio al quesito posto nel presente lavoro, cui si aggiunge il fatto che all'inizio della trattazione pare non revocarsi in dubbio che le formule B2C e B2B assumano quale primo termine la nozione di professionista in senso comunitario (cui si preferisce sostituire linguisticamente quella di «imprenditore») (65), evocandosi poi la nozione del «professionista debole» idealmente affiancata a quella del consumatore (66).

Poiché un primo sguardo alla letteratura successiva - con il rinvio ad altro lavoro per un più approfondito esame - sembra dimostrare che il punto di riferimento continui ad essere costituito dai contratti fra imprenditori (67), per sciogliere il nodo si potrebbe cercare conforto nel formante legislativo, con dati normativi (quelli appunto riletti tramite il terzo contratto) che non appaiono tuttavia del tutto in linea: mentre l'art. 9 della l. 192/1998 si rivolge chiaramente all'imprenditore (anche non subfornitore, potendosi ritenere ormai superata la relativa *querelle*), il D.Lgs. 231/2002 tutela essenzialmente (per quanto la si voglia caratterizzare con notazioni che non vi è qui lo spazio per esaminare) la posizione debitoria del professionista (nel senso comunitario del termine), mentre la l. 109/2004 ha (ovviamente) ad oggetto quei rapporti di integrazione fra imprese riconducibili al solo *franchising*.

Del resto, dati non univoci ma rilevanti sono contenuti in successivi interventi, fra i quali - in aggiunta al Regolamento c.d. "Roma I" sulla legge applicabi-

Note:

(62) Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 268-269, secondo il quale, dunque, il terzo contratto finirebbe per essere «categoria intermedia fra altre due, le quali sono prive di definizione completa», perché basate su connotati sufficienti ma non necessari: tutti i contratti fra imprenditori sofisticati sarebbero allora primi contratti ma non tutti i primi contratti sarebbero contratti fra imprenditori sofisticati e tutti i contratti fra imprenditori e consumatori sarebbero secondi contratti ma non tutti i secondi contratti sarebbero contratti fra imprenditori e consumatori, essendo sempre possibile «che uno dei casi da esse descritti [...] faccia parte non del terzo ma del primo o del secondo contratto: di quell'area del primo e del secondo non coperta dalla definizione (appunto, parziale) di primo e secondo», concludendo che B2b e C2C «sono *exempla*, non metonimie né condizioni sufficienti di una categoria».

(63) Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 270-271, ove la conclusione discende dal fatto che la suddetta funzione continua «che si estende da un massimo ("primo" contratto) ad un minimo ("secondo" contratto)» è tale da «ridurre gli altri due a punti ideali agli estremi [...] di una linea continua»: essa infatti non ha «scalini» che consentano di saltare da una qualifica all'altra, per cui si finirebbe per affermare che «quasi ogni contratto è un terzo contratto», con la constatazione a tenore della quale «la terra di mezzo è cresciuta fino a divorare i suoi confini, trasformando il "primo" e il "secondo" negli opposti infiniti cui tende una funzione».

(64) Ancora, Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 271 ss.

(65) Sempre Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 266, nt. 3, precisa preliminarmente che «B2B sta per *business-to-business*; B2C per *business-to-consumer*», che «corrisponde all'ingrosso alla distinzione europea professionista/consumatore» e che «[n]el testo si preferisce "imprenditore", perché reputiamo l'indicazione metonimica e non predicativa di qualità necessaria».

(66) Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 270, nt. 15.

(67) Così, ad esempio, nella voce di A. Gianola, *Terzo contratto* [aggiornamento-2009], in *Digesto civ.*, Torino, 570 ss., ove non vi sono riferimenti al professionista nel senso domestico del termine e si prende in considerazione il solo «imprenditore debole». Inoltre, anche qui con riserva di una più approfondita disamina, il profilo evidenziato nel presente contributo non riceve sistematica trattazione nemmeno in Franco, *Il terzo contratto*, cit., ove peraltro essi si riferisce ora ai "rapporti fra professionisti con asimmetria di potere" (ad es. p. 11), ora ai "contratti fra imprese con un imprenditore debole" (ad es. p. 71) Fra gli altri contributi che - in aggiunta a quelli citati e ovviamente con diversa ampiezza - fanno richiamo alla riflessione sul terzo contratto, A. Gentili, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 77 ss.; C. Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 941 ss.; L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *id.*, 2010, 685 ss.; S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, *id.*, 2010; 601 ss.; A. Mastrorilli, *L'abuso del diritto e il terzo contratto* (nota a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106), in questa *Rivista*, 2010, 347 ss.; E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, 121 ss.; G. La Rocca, *Sezione prima vs. sezioni unite: differenti visioni del diritto dei contratti del mercato finanziario in Cassazione?* (nota a Cass. 25 giugno 2008, n. 17340 e 17341), in *Foro it.*, 2009, I, 1851; F. Bocchini-E. Quadri, *Diritto privato*, III ed., Torino, 2008, 624; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 847; E. Minervini, Status *delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 11 ss.; P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in P. Perlingieri-L. Ruggieri, *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008, 401; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529 ss.; G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751 ss.; A. Bregoli, 2008, *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, 140 ss.; A. Gianola, *Autonomia privata e «terzo contratto»*, in Aa.Vv., *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, 131 ss.; E. Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale* (nota a Cass. 29 settembre 2005, n. 19024), in *Foro it.*, 2006, I, 1107.

le alle obbligazioni contrattuali (68) - va ricordato intanto il cosiddetto statuto dell'impresa di cui alla l. 11 novembre 2011, n. 180, espressamente adottata sulla scorta della Comunicazione della Commissione europea n. 394 del 25 giugno 2008, recante «una corsia preferenziale per la piccola impresa - alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la piccola impresa (uno "small business act" per l'Europa)» (69), che appunto evoca la nozione di «microimpresa» di matrice comunitaria (70): per poi concedere al Governo una delega affinché sia rafforzata la citata disciplina contro il ritardo dei pagamenti, contrastando gli effetti negativi della posizione dominante di imprese sui propri fornitori o sulle imprese sub-committenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese (71); nonché arrivando ad affermare (normativamente) la possibilità di configurare un abuso di dipendenza economica *ex* art. 9 l. 192/1998 'senza dipendenza', ricavandone l'indice dalla ripetuta violazione del D.Lgs. 231/2002 (72).

Inoltre, merita menzione il recente decreto legge sulle cosiddette "liberalizzazioni", poi convertito con modifiche (73): il quale riprende la nozione di «microimpresa» lasciando fuori dal giro (sembrerebbe) il professionista nel senso domestico del termine (74) e la contrappone a quella di professionista nel senso comunitario quale possibile destinatario di pratiche commerciali scorrette (mercé la modifica *in parte qua* del Codice del consumo) (75), di là da quanto una norma poi lasciata cadere stabiliva in tema di compensi professionali (76).

Infine, il suddetto decreto legge va ricordato anche per la dirompente disciplina dettata per le relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, perché dopo aver imposto alcune prescrizioni in tema di forma, principi applicabili e validità (77) - la cui inosservanza è peraltro

Note:

(68) Si vedano, in specie, i considerando 23, 24 e 25 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) - il primo dei quali afferma che «per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti considerati deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto di leggi più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali», con i due successivi dedicati «in particolare» ai consumatori -, nonché l'art. 4.1, lett. e) ed f), dove si stabilisce che, in assenza di scelta concordata tra le parti, il contratto di *franchising* e quello di distribuzione saranno governati dal diritto del paese in cui l'affiliato o il distributore hanno residenza abituale.

(69) Si veda, in proposito, l'art. 1 della legge di cui nel testo.

(70) Ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a) si definiscono «"microimprese", "piccole imprese" e "medie imprese" le imprese che rientrano nelle definizioni recate dalla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 124 del 20 maggio 2003».

(71) Ai sensi del comma 1 dell'art. 10 «il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo recante modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi: a) contrasto degli effetti negativi della posizione dominante di imprese sui propri fornitori o sulle imprese subcommittenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese; b) fermo quanto previsto dall'articolo 12 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, previsione che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa procedere ad indagini e intervenire in prima istanza con diffide e irrogare sanzioni relativamente a comportamenti illeciti messi in atto da grandi imprese».

(72) Ai sensi del comma 2 dell'art. 10 viene aggiunto al comma 3-*bis* dell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192, un periodo a tenore del quale «in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

(73) Il riferimento è al noto d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante «disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», convertito con la l. 24 marzo 2012, n. 27, munita del medesimo titolo.

(74) Ai sensi dell'art. 7 della suddetta legge di conversione, il Codice del Consumo viene novellato, definendo le microimprese come le «entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003».

(75) Sempre ai sensi del citato art. 7 l'art. 19, comma 1, del Codice del Consumo, viene ora a disporre che «il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese», con l'aggiunta che «per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145».

(76) In proposito, il comma 2 dell'art. 9 del decreto stabiliva che, ferma restando l'abrogazione delle tariffe professionali disposta con il comma 1 per quelle «regolamentate nel sistema ordinistico», nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del ministro vigilante, precisando per quanto qui interessa che «l'utilizzazione dei parametri nei contratti individuali tra professionisti e consumatori o microimprese dà luogo alla nullità della clausola relativa alla determinazione del compenso ai sensi dell'articolo 36 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206».

(77) Al riguardo, il comma 1 dell'art. 62 della suddetta legge di conversione dispone che «i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano a pena di nullità la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento», aggiungendo che «i contratti devono essere informati a princìpi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti» e che «la nullità del contratto può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice».

sanzionata anche in via amministrativa (78) - stabilisce una fitta serie di divieti: la cui formulazione prende chiaramente quale punto di riferimento la normativa *antitrust* e l'abuso di dipendenza economica (79), oltre che quella inerente il ritardo nei pagamenti più volte citata (80), salvo non richiamarne i relativi presupposti applicativi e di nuovo affiancando una sanzione amministrativa all'inosservanza dei divieti posti (81), sì da rendere necessitata una lettura in chiave di terzo contratto anche per non perdere il senso dell'orientamento rispetto ad una sfera d'applicazione tutta da definire.

(Segue:) I profili oggettivi e alcune riflessioni

Come è pure noto, il terzo contratto si caratterizza altresì per alcuni profili per così dire "oggettivi", nel senso che l'imprenditore si qualifica come *non-sophisticated* in base a certi connotati del rapporto, fra i quali si colloca in prima linea la situazione di *hold-up* che ha (a suo tempo) fornito la più convincente chiave di lettura dell'abuso di dipendenza economica, anche al fine di evitare non corretti accostamenti con la disciplina relativa alle clausole vessatorie di origine comunitaria (evidenziandone quindi le diverse *rationes* giuseconomiche) (82).
Peraltro, accanto al suddetto dato si trovano - con rilievo e intensità variabili - quelli inerenti l'incompletezza del contratto e la tipologia assolutamente non *on the spot* dell'operazione economica sottostante, cui si aggiunge un peculiare uso del formalismo fra gli strumenti di protezione approntati dal legislatore, da porre accanto al potere conformativo del giudice sul quale viene giustamente e primariamente appuntata l'attenzione (83).
Ebbene, anche se un pieno confronto con le tematiche in questione richiederebbe ben altri approfondimenti, pare che l'elemento inerente la situazione di *imbalance* in cui si trova il professionista schiuda nuove strade da battere, proprio rapportandola (non necessariamente per omologarla) al terzo contratto.
In effetti, se in vari casi detta situazione non potrà che essere assente, per lo meno nella forma che ha finora assunto, in altri andranno attentamente considerate ora le ricadute dell'obbligo normativo di munirsi di un'assicurazione professionale, ora la stessa architettura contrattuale (84): dacché, tornando alle polizze in questione, per avere copertura rispetto a sinistri "latenti" (che possono originare una richiesta in qualsiasi momento, per giunta correlata a condotte tali da abbracciare più annualità) il contraente può essere "costretto" o comunque fortemente incentivato al rinnovo della polizza con il medesimo assicuratore.
Di contro, l'eventuale incompletezza del contratto - che pure sarebbe idonea a segnare la distanza fra le due figure - appare di minor rilievo perché (per così dire) "assorbita" dall'uso di condizioni generali (che ovviamente non fanno di per sé collocare

Note:

(78) Si veda il comma 5 dell'art. 62.

(79) In proposito, il comma 2 dell'art. 62 dispone che «nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1, è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive; b) applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; c) subordinare la conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre; d) conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali; e) adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento».

(80) In proposito, il comma 3 dell'art. 62 dispone che «per i contratti di cui al comma 1, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato per le merci deteriorabili entro il termine legale di trenta giorni e per tutte le altre merci entro il termine di sessanta giorni», precisando che «in entrambi i casi il termine decorre dall'ultimo giorno del mese di ricevimento della fattura» e che «gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine», sicché «in questi casi il saggio degli interessi è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile».

(81) Si vedano i commi 6 e 7, cui va aggiunto il comma 8 a tenore del quale l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato è incaricata della vigilanza sull'applicazione delle citate disposizioni e all'irrogazione delle sanzioni *ivi* previste, senza nulla togliere ai poteri di accertamento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria dall'art. 13 della l. 24 novembre 1981, n. 689.

(82) Con riguardo ai modelli economici utilizzabili per interpretare l'art. 9 della l. n. 192/1998, sia consentito il richiamo a B. Tassone, *«Unconscionability» e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 527 ss. D'altronde, come emerge anche da C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorr. reg.*, 1999, 9 ss., e A. Renda, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "*pie in the sky*"?*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, 243 ss., la relativa elaborazione era - ancora prima che si parlasse di terzo contratto - basata su concetti di carattere generale: per i quali, all'interno di una letteratura sterminata, indicativamente Klein-Crawford-Alchian, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 J.L. & Econ. 141 (1979), e Williamson, *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 23 J.L. & Econ. 223 (1980), cui si aggiunga - per le regole applicabili in mercati competitivi e con prestazioni specializzate -, Goetz-Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 Va. L. Rev. 967 (1983).

(83) Al riguardo, si veda di nuovo Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 338 ss., mentre sugli altri profili si vedano ancora i contributi contenuti in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit.

(84) Si veda, al riguardo, quanto dispone l'art. 185 del Codice delle assicurazioni private.

la fattispecie al di fuori del terzo contratto, in quanto proprio la predisposizione unilaterale e l'incidenza limitata della negoziazione - se del caso declinate attraverso gli *standard forms* - spesso inducono a designare con la lettera "b" uno dei due imprenditori); mentre gli aspetti relativi alla forma sono perlopiù (e anche qui) assorbiti dalla specifica normativa in materia assicurativa (85) (dovendosi solo aggiungere che la presenza di una disciplina di settore non preclude ovviamente riflessioni sul suo rapporto con quella indirizzata al consumatore o al "contraente debole", come altri esempi dimostrano (86)).

Peraltro, nonostante le specifiche regole che il legislatore pare disegnare per alcune categorie di professionisti, è ancora presto per verificare se valga la pena di (tentare di) costruire un'ulteriore formula a composizione binaria, anche perché di fronte agli interrogativi sollevati dall'evoluzione del contratto e dei rapporti che esso abbraccia, proprio nel confrontarsi con l'elaborazione in questione alcuni hanno osservato come i criteri di numerazione assumano una «invitabile relatività» (87) e altri hanno già vagliato alcune (delle assunte) ricadute di una divisione (forse non correttamente interpretata come rigidamente) cartesiana (88): in definitiva, rimanendo non solo (tutte) da vagliare l'opportunità e l'eventuale metodologia da seguire nella mappatura di un territorio sia assai vasto, sia da osservare ponendosi a distanze sempre diverse (nel variabile cammino che dal particolare conduce all'universale e viceversa), ma sembrando anzi questa la vera sfida posta dal terzo contratto.

Dunque, anche se non si considerasse plausibile estendere la lente offerta dalla nuova figura oltre i confini dello statuto dell'impresa e (contestualmente) immaginare un'area dei rapporti degna di autonoma attenzione ovvero ricostruire percorsi in parte paralleli (prendendo a prestito *rationes* proprie degli interventi normativi destinati agli altri quadranti); anche se lo stesso terzo contratto fosse solo un'ipotesi ermeneutica inidonea a costruire uno statuto normativo completo o a individuare una regione con confini netti (o sue specifiche province) all'interno della generale nozione di cui all'art. 1321 c.c. (senza che, peraltro, con il terzo contratto si sia espressa la pretesa di identificare l'intera "terra di mezzo" (89)); anche se la figura valesse solo a dotare la stessa disciplina del contratto di uno strumento a tratti idoneo influenzare con la sua logica la decisione del caso concreto; insomma, anche se tutti questi ed altri *disclaimer* fossero da sottoscrivere in pieno, il terzo contratto sarebbe comunque diventato un punto di riferimento (obbligato) per ogni riflessione in materia, non solo dottrinaria.

In proposito, va ricordato che la figura e i relativi riferimenti normativi vengono espressamente citati in una recente decisione del Tribunale di Forlì (90), mentre una pronuncia delle Sezioni Unite intervenuta alla fine di novembre del 2011 nella vertenza fra una distributrice di veicoli industriali nell'Italia centromeridionale e la preponente svizzera che lamentava di aver subito una serie di comportamenti rilevanti *ex* art. 9 l. n. 192/1998, sebbene volta a dirimere problemi di giurisdizione (91), non perda l'occasione per affermare che detta norma ha portata generale e, soprattutto, che tale soluzione «si pone in armonia con altri istituti elaborati dalla dottrina» (92).

Note:

(85) In proposito, il comma 4 del già citato art. 9 della l. n. 27/2012 di conversione del decreto liberalizzazioni dispone ad esempio che «il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale», che «il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale».

(86) Per alcuni brevi cenni al problema del rapporto fra il consumatore e il risparmiatore, con espressa evocazione del terzo contratto, F. Greco, *Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi «continuativi» tra fonte legale e fonte convenzionale* (nota a Trib. Torino, 22 dicembre 2010, n. 7674), in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1357 ss.

(87) Carusi, *I precedenti*, cit., 36.

(88) Rammenta la possibilità di delineare «un contratto asimmetrico al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica, il contratto C2c, che resta ai margini della riflessione del terzo contratto», ma che «dovrebbe evocare l'ipotesi del "quarto contratto"», per «postulare per ogni tipologia di contratto asimmetrico segmenti di disciplina fra di loro comunicanti», Navarretta, *Luci e ombre*, cit., 317-318 e 320.

(89) Sul punto, come in parte anticipato, Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 346.

(90) Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 1578.

(91) Il riferimento è a Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, secondo la quale una clausola che demandi ad un foro convenzionale «tutte le controversie inerenti il contratto» ricomprende anche quelle in cui il contratto sia solo un fatto costitutivo della pretesa congiunto ad altri, sicché ove una delle parti invochi contro l'altra tanto la responsabilità aquiliana quanto quella contrattuale, fondandole ambedue sui medesimi fatti materiali, resta devoluta alla competenza del foro convenzionale sia l'azione contrattuale, sia quella extracontrattuale, affermandosi dunque la mancanza di giurisdizione (anche in forza della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1968) del giudice italiano rispetto agli illeciti di cui nel testo.

(92) Peraltro, le Sezioni Unite non menzionano espressamente il «terzo contratto»; richiamando piuttosto la responsabilità derivante dalla direzione e dal coordinamento di società *ex* art. 2497 c.c., nonché l'abuso del diritto, «inteso come esercizio dello stesso senza rispettare la buona fede e la correttezza, ma generando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale».

Inoltre, colpisce non poco che nella seconda sezione civile del Tribunale di Bologna - quella che si occupa di obbligazioni e contratti ed è dunque «capace di intercettare la domanda di giustizia in misura assai prossima al 50%» -, il tentativo di ricostruire un complessivo governo della sezione ha assunto un fondamentale «punto di osservazione» nella presa d'atto «della perdita di unità del paradigma contrattuale non rimediabile con reazioni conservative […] registrando la sempre più estesa presenza delle tematiche sottese al terzo contratto», con la conseguenza per cui la «implementazione di ruolo e di significato dei principi generali, la frantumazione del sistema tipologico dei contratti in favore di un'articolazione contrattuale tendenzialmente aperta alla diversa composizione degli interessi perseguita dalle parti» hanno imposto «alla sezione un'opera di allineamento culturale costante, e soprattutto la sedimentazione di orientamenti e metodiche di intervento sui conflitti all'altezza della diversa tassonomia dei valori insita nel nuovo sistema» (93): con il che il terzo contratto pare poter acquisire una qualche valenza euristica, ancorché in buona parte tutta da definire.

Nota:

(93) Così P. Liccardi, Governance *e tempo storico del processo: un esercizio di stile*, in *Dir. e proc. civ.*, 2011, fasc. 4, 93, il quale prosegue ricordando che «si è pertanto provveduto a definire un orizzonte culturale comune alla sezione, sia con l'attivazione delle metodiche sottese alle attività di indirizzo e governo previste dall'art. 47-*ter* ordinamento giudiziario, sia attraverso la costruzione di un sistema sezionale di case *management*, in cui superare il pressappochismo delle esperienze individuali», di modo che «il livello di rappresentazione cognitiva sperimentato mir[i] alla costruzione di una visione metrica del contenzioso che superi le informazioni dei registri di cancelleria, nella dinamica rito/materia/oggetto, in forza di rappresentazioni cognitive più elevate, capaci di rendere effettivamente visibile e misurabile la reale natura del conflitto introdotto dalle parti e gestito nel processo attraverso, articolazioni successive e specificative della natura del contenzioso per il tramite di classificazioni e riferimenti normativi selettivi», ad esempio, implementando la «capacità rappresentativa dell'oggetto, in quanto la sua generalità oscura o disperde la specificità del contenzioso introdotto» (perché «l'oggetto appalto potrà essere ulteriormente specificato nelle azioni di cui agli artt. 1667, 1668, 1669 ecc., ovvero corretto nella qualificazione - dissonante rispetto alla nota di iscrizione a ruolo - come vendita, con le ulteriori specificazioni connesse alla operata classificazione»); nonché per il tramite di «riferimenti giurisprudenziali, valori economici o sociali introdotti, su cui innescare analisi della litigiosità a dimensioni diverse, quali quelle rivolte alla sperimentazione e verifica di condizioni di efficienza del sistema giudiziario» e, ancora, attraverso la «classificazione della produzione giurisprudenziale con operatività dei sistemi relazionali *common law*, già sperimentati in Polis, ed innesco di sistemi ponderali del contenzioso non meramente nominali, quali quelli sempre più incisivamente richiesti dagli studi di economia del diritto».

LIBRI

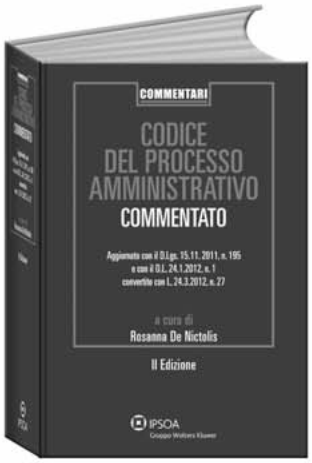
COLLANA: **Commentari**

Codice del processo amministrativo Commentato

II edizione

Aggiornato con il d.lgs. 15.11.2011, n. 195 e con il d.l. 24.1.2012, n. 1 conv. in l. 24.3.2012, n. 27

a cura di ***Rosanna De Nictolis***



L'Opera commenta approfonditamente il testo del Codice del processo amministrativo, così come integrato e modificato dal decreto correttivo n. 195/2011 (in vigore dall'8 dicembre 2011).
Le disposizioni del Codice sono esaminate tenendo conto della **copiosa giurisprudenza** formatasi nei primi diciotto mesi di applicazione e delle **ultime novità normative**.
Per ciascun istituto vengono anche evidenziate le **criticità esegetiche** poste dalla recente disciplina.

Completano e arricchiscono il volume le **tabelle riassuntive degli atti processuali e dei relativi termini** e un **dettagliato indice analitico**.

Ipsoa 2012, Euro 180,00

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***

Danni causati da violazioni del diritto comunitario

Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità *ex* artt. 1218 o 2043 c.c.?

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482 - Pres. Leoni - Rel. Greco - YESMOKE TOBACCO S.p.a. c. AZIENDA AUTONOMA DEI MONOPOLI DI STATO (AAMS), Ministero dell'Economia e delle Finanze

La responsabilità dello Stato italiano per inadempimento degli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie va qualificata da fatto illecito o aquiliana con l'onere, a carico del danneggiato, di provare la colpa della P.A., anche al fine di impedire la proliferazione di azioni risarcitorie che deriverebbe dall'identificazione della responsabilità della P.A. con la stessa illegittimità dell'atto impugnato.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conformi	Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662.
Difformi	Corte di Giustizia CE 5 marzo 1996, n. 46, C-48/93; Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147.

Fatto

La Yesmoke Tobacco S.p.a. ha impugnato, chiedendone la riforma, la sentenza con la quale il T.A.R. del Lazio, pur dopo aver accolto il ricorso dalla stessa proposto quanto alla domanda di annullamento del decreto dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) che determinava il prezzo minimo di vendita delle sigarette dalla stessa società prodotte, ha respinto la domanda di risarcimento danni formulata in via consequenziale.
A sostegno dell'appello, la predetta società ha dedotto:
1) violazione di legge, e in particolare degli artt. 11 e 117 Cost., in relazione ai presupposti per l'accoglimento di domande di risarcimento danni per violazione del diritto dell'Unione Europea (con riferimento alla necessità, ritenuta dal giudice, che nella specie per configurare l'illecito fosse necessario l'elemento della colpa dell'Amministrazione);
2) violazione di legge, in riferimento agli artt. 11 e 117 Cost., in relazione ai presupposti per il risarcimento danni da violazione del diritto comunitario (con riferimento, in ogni caso, alla sussistenza nella specie dei presupposti per affermare la sussistenza della colpa);
3) motivazione illogica e contraddittoria; incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea delle disposizioni nazionali che condizionano il risarcimento dei danni ad un comportamento colpevole dell'Amministrazione (con riferimento al contrasto della sentenza impugnata con la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia UE).
Di conseguenza, la appellante ha reiterato la domanda risarcitoria riproducendo i calcoli e gli elementi che hanno indotto a quantificare il danno risarcibile in euro 6.164.000.
Si sono costituiti in resistenza il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'AAMS, riproducendo le preliminari eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado (non esaminate dal giudice) e opponendosi all'accoglimento dell'appello.
Con successive memorie, le parti hanno ulteriormente sviluppato le rispettive tesi.
All'udienza del 10 gennaio 2012, la causa è stata trattenuta in decisione.
… *Omissis* …

Diritto

1. La società Yesmoke Tobacco S.p.a., operante nel settore della produzione e del confezionamento di sigarette con marchio proprio, ha impugnato dinanzi al T.A.R. del Lazio il decreto del 4 ottobre 2008,col quale l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) ha aumentato - fissandolo in euro 3,50 per il pacchetto da 20 sigarette e in euro 1,75 per quello da 10 sigarette - il prezzo minimo di vendita delle sigarette con le modalità di cui al precedente decreto del Ministero dell'Economia e

delle Finanze del 25 luglio 2005, adottato a sua volta ai sensi dell'art. 1, comma 486, della legge 30 dicembre 2004, nr. 311.
Avverso il predetto provvedimento, è stata dedotta la violazione della disciplina comunitaria riveniente dalla direttiva 95/59/CE, in tema di imposte diverse dall'imposta sul volume d'affari gravanti sul consumo dei tabacchi lavorati, come modificata dalla direttiva 2002/10/CE.
Nelle more del giudizio di primo grado, è intervenuta la sentenza della Sezione Terza della Corte di giustizia CE del 24 giugno 2010, con la quale, a conclusione della procedura avviata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE (oggi art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) contro la Repubblica italiana, è stato accertato che quest'ultima, prevedendo un prezzo minimo di vendita per le sigarette, è venuta meno agli obblighi rivenienti dall'art. 9, nr. 1, della direttiva suindicata.
Di conseguenza il T.A.R., indipendentemente dai provvedimenti assunti a seguito della decisione testé richiamata (con l'art. 4 del decreto legislativo 29 marzo 2010, nr. 48, è stato abrogato il precitato comma 486 dell'art. 1 della legge nr. 311 del 2004, e contestualmente è stato introdotto il sistema delle "*Tariffe di vendita*" di cui al nuovo art. 39 *quater* del decreto legislativo 26 ottobre 1995, nr. 504), ha in ogni caso ritenuto di dover disapplicare la previgente normativa siccome confliggente col diritto comunitario, e pertanto, in accoglimento della domanda attorea, ha annullato l'impugnato decreto.
Il primo giudice, invece, ha respinto la domanda di risarcimento danni formulata dalla ricorrente in via consequenziale, assumendo l'insussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, tali da consentire di configurare una responsabilità aquiliana delle Amministrazioni intimate: in particolare, nella specie è stata esclusa la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione.
L'appello oggi proposto ha a oggetto solo quest'ultima statuizione, di cui l'originaria ricorrente sostiene l'erroneità sotto molteplici profili.
2. In via preliminare, la Sezione deve rilevare che nelle difese scritte delle Amministrazioni appellate, pur dichiarandosi di riproporre tutte le eccezioni preliminari non esaminate dal primo giudice, vengono sostanzialmente riprodotti *ex extenso* gli argomenti svolti in prime cure a sostegno della legittimità del provvedimento impugnato.
Tuttavia, è evidente che per rimettere in discussione le statuizioni del T.A.R. in punto di illegittimità del decreto impugnato col ricorso introduttivo - ammesso che tale fosse l'intento dell'Amministrazione, e al di là della plausibilità di siffatta linea di difesa - sarebbe stato necessario alla difesa erariale appellare *in parte qua* la sentenza di primo grado, ciò che non risulta avvenuto con conseguente formarsi del giudicato sul punto.
Ne discende che, alla stregua dei comuni principi, l'unica eccezione formulata in primo grado non esaminata dal T.A.R., e che pertanto può essere delibata in questa sede, è quella afferente alla asserita inammissibilità del ricorso introduttivo, avendo l'istante impugnato - come detto - soltanto il decreto del 4 ottobre 2008, di adeguamento del prezzo minimo delle sigarette, e non anche il precedente d.m. del 25 luglio 2005, col quale per la prima volta tale prezzo minimo era stato fissato.
L'eccezione va respinta, atteso che - come documentato e ribadito anche in sede di discussione orale - l'odierna appellante risulta entrata sul mercato italiano soltanto nel 2007, e pertanto le prime determinazioni per essa lesive vanno individuate appunto in quelle del 2008 (non potendosi escludere, peraltro, che il paventato pregiudizio patrimoniale derivasse alla istante solo dal maggior prezzo imposto con tali ultimi provvedimenti, e non anche da quello precedentemente in vigore).
3. Nel merito, l'appello è infondato e va conseguentemente respinto.
4. Col primo e col terzo dei motivi d'appello, la società istante assume - in modo per vero suggestivo, ed evocando problematiche non prive di interesse - l'erroneità della sentenza impugnata sulla scorta del principio, ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE, secondo cui la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario non sarebbe mai subordinata all'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione.
4.1. Senza pregiudizio di quanto appresso si osserverà nel merito, la Sezione non può però esimersi dal rilevare che le doglianze così articolate possono suscitare dubbi di ammissibilità nella misura in cui, da una attenta lettura del ricorso introduttivo del giudizio, emerge che in primo grado l'istante ha articolato la domanda risarcitoria in via strettamente consequenziale a quella di annullamento del decreto impugnato, e quindi riconducendola a un'ipotizzata responsabilità aquiliana delle Amministrazioni convenute secondo i comuni principi (sia pure con le ovvie peculiarità connesse all'essere la condotta illecita in ipotesi consistente nell'adozione di un provvedimento illegittimo, segnatamente il decreto censurato).
Al contrario, con i motivi qui in esame la domanda risarcitoria viene articolata - sia pure con richiamo alla giurisprudenza europea in materia - come riferita a una responsabilità di fatto oggettiva, ossia connessa alla sola materiale violazione di norme e svincolata da ogni considerazione di profili psicologici: ciò che, comportando una diversità sostanziale nel titolo della responsabilità di cui si chiede l'accertamento, potrebbe ritenersi configurare una *mutatio libelli* non consentita in grado d'appello, ai sensi dell'art. 104 cod. proc. amm.
4.2. Ciò premesso, al fine di meglio comprendere la natura e la portata delle richieste di parte appellante nonché le conclusioni cui questa Sezione ritiene di dover pervenire, giova richiamare sinteticamente i principali approdi della giurisprudenza comunitaria in tema di responsabilità degli Stati per violazione del diritto europeo.
In particolare, ponendo in primo piano l'esigenza di assicurare la massima effettività del diritto dell'Unione Europea, la Corte di giustizia CE ha costantemente affermato che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai soggetti dell'ordinamento da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema stesso del Trattato CE, e conseguentemente ha sempre riconosciuto ai soggetti lesi un diritto al risarcimento, purché siano soddisfatte tre condizioni: 1) che la norma giu-

ridica comunitaria violata sia preordinata a conferire loro diritti; 2) che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata; 3) che esista un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito da tali soggetti (cfr. Corte giust. CE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*; id., 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*; id., 23 maggio 1996, C-5/94, *Hedley Lomas*; id., 8 ottobre 1996, C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, *Dillenkofer*).
Più specificamente, con riguardo al presupposto sopra indicato *sub* 2, la Corte ha ulteriormente chiarito che esso ricorre allorché la violazione sia "*grave e manifesta*" sulla base di una pluralità di indici rivelatori, che devono essere valutati caso per caso dal giudice interno applicando la disciplina nazionale in materia di responsabilità dello Stato (cfr. Corte giust. CE, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, cit.).
In questa sede, può prescindersi dalla questione - che pure ha per lungo tempo affaticato la giurisprudenza interna - se, ai fini dell'affermazione della responsabilità in discorso, possa qualificarsi come illecita l'attività del legislatore nell'ipotesi in cui la violazione del diritto europeo discenda dall'adozione di normative interne di rango primario confliggenti con i superiori principi comunitari: infatti, se è vero che tale era la situazione nel caso che qui occupa, può però sul punto convenirsi con l'avviso di parte appellante, la quale sottolinea come, al di là delle iniziative assunte per la rimozione dal mondo del diritto delle norme contrastanti col diritto europeo, ciò che viene in luce è l'obbligo di una loro immediata disapplicazione, un obbligo incombente non solo al giudice ma anche all'amministrazione pubblica che si trovi a doverle attuare.
Il punto centrale della presente controversia, invece, deriva dalla considerazione che fra gli elementi costitutivi della responsabilità dello Stato da violazione del diritto comunitario, per come costantemente individuati dalla Corte europea, non vi è un elemento di natura soggettiva afferente alla natura dolosa o colposa della condotta illecita posta in essere dagli organi statuali; laddove, al contrario, fin da quando nel nostro ordinamento interno è stata per la prima volta affermata la responsabilità delle amministrazioni pubbliche per lesione di interessi legittimi da attività provvedimentale (cfr. Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, nr. 500), detta responsabilità è stata prevalentemente inquadrata nello schema della responsabilità aquiliana con la conseguente necessità di individuare tutti gli elementi dell'illecito extracontrattuale *ex* art. 2043 cod. civ., ivi compreso quello soggettivo.
Tuttavia, una più approfondita analisi dei presupposti e dei parametri in base ai quali si giunge ad affermare, nei due diversi ordinamenti (interno e comunitario), la responsabilità dello Stato induce a escludere - salvo quanto di seguito si rileverà in ordine ai più recenti arresti della Corte europea in materia di appalti pubblici - che possa pervenirsi a una semplicistica dicotomia tra il sistema comunitario, nel quale detta responsabilità avrebbe carattere oggettivo, e il sistema italiano, nel quale invece sarebbe sempre essenziale l'elemento psicologico dell'illecito; ciò che, a tacer d'altro, non potrebbe non ingenerare seri dubbi sulla compatibilità comunitaria dello stesso assetto generale della responsabilità aquiliana ricavabile dal già citato art. 2043 c.c., ove riferito ai rapporti tra amministrazione pubblica e amministrati.
4.3. Per chiarire le ragioni che inducono la Sezione a escludere una tale incompatibilità, occorre richiamare il dibattito sorto, all'interno della dottrina e della giurisprudenza che si sono occupate della responsabilità da lesione di interessi legittimi, sull'elemento della colpa dell'amministrazione.
Su tale versante, superati i più risalenti indirizzi che consideravano la colpa *in re ipsa* per effetto della stessa illegittimità del provvedimento lesivo, la S.C. ha chiarito che nella specie la colpa va riferita non al funzionario agente, bensì alla "*p.a. intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato), sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione* (...) *quali limiti esterni alla discrezionalità*" (cfr. Cass. civ., nr. 500/1999, cit.).
Se tale ricostruzione dell'elemento soggettivo dell'illecito come "colpa di apparato" nasceva dall'evidente esigenza di evitare al danneggiato la *probatio diabolica* connessa alla necessità di dimostrare l'atteggiamento psicologico colpevole (o doloso) del singolo funzionario o dei funzionari che avevano posto in essere il provvedimento lesivo, tuttavia il riferimento quale parametro essenziale alla violazione di "*regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione*", e soprattutto ai "*limiti esterni alla discrezionalità*", comportava il rischio di una nuova immedesimazione della colpa, in questo senso intesa, con gli stessi vizi di legittimità in ipotesi ravvisati nel provvedimento lesivo.
Per questa ragione la giurisprudenza successiva, sia ordinaria che amministrativa, senza soffermarsi troppo su questioni di inquadramento teorico, ha operato soprattutto sul terreno del regime probatorio della responsabilità, al fine di bilanciare la necessità di introdurre un "filtro", idoneo a impedire quella proliferazione di azioni risarcitorie che sarebbe derivata da una totale identificazione della responsabilità della p.a. con la stessa illegittimità degli atti impugnati, con l'esigenza di non rendere eccessivamente gravoso l'onere di allegazione imposto al privato danneggiato.
In tale prospettiva - se si eccettua un minoritario indirizzo che è giunto addirittura a "spostare" la responsabilità *de qua* al di fuori dell'alveo dell'illecito extracontrattuale utilizzando lo schema del "*contatto sociale qualificato*" tra p.a. e privato (cfr. Cass. civ., 10 gennaio 2003, nr. 157; Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2005, nr. 4461; id., 20 gennaio 2003, nr. 204; id., 6 agosto 2001, nr. 4239) - l'orientamento prevalente, fermo restando il carattere aquiliano della responsabilità, ha utilizzato il concetto di "*errore scusabile*"; più specificamente, facendo ricorso al meccanismo delle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., si è giunti ad affermare che l'illegittimità del provvedimento amministrativo, quand'anche acclarata, costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare unitamente ad altri quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esami-

nata, il carattere vincolato o a bassa discrezionalità dell'azione amministrativa.
In questo modo, se non a una vera e propria sua inversione, si è pervenuti a un sostanziale alleggerimento dell'onere probatorio incombente al privato in forza del quale - e ciò sostanzia l'elemento di "atipicità" di tale regime rispetto a quello generale *ex* art. 2043 c.c. - una volta accertata l'illegittimità dell'azione della p.a., è a quest'ultima che spetta di provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549; id., 18 novembre 2010, nr. 8091; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2010, nr. 2384; id., sez. VI, 11 gennaio 2010, nr. 14; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, nr. 4242).
4.4. Le conclusioni appena richiamate della giurisprudenza interna, a ben vedere, in null'altro consistono che nel ricorso a parametri di natura oggettiva per la risoluzione dei problemi che si pongono, nello specifico settore della responsabilità delle amministrazioni pubbliche per lesione di interessi legittimi, in ordine all'individuazione e alla prova di quello che - in applicazione del regime normativo dell'art. 2043 c.c., cui comunque si continua a ricondurre la responsabilità in discorso - è qualificato come l'elemento "soggettivo" dell'illecito, ossia la colpa della p.a.
In tale prospettiva, gli orientamenti testé richiamati, piuttosto che discostarsene, si pongono in significativa convergenza con gli approdi della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.
Infatti, un'analisi attenta della casistica giurisprudenziale *in subiecta materia* rivela che ben rare sono le ipotesi nelle quali la Corte ha affermato la responsabilità di uno Stato considerandola *in re ipsa* sulla scorta della mera violazione di una norma o di un principio comunitario; queste ipotesi, inoltre, sono sempre relative a fattispecie nelle quali la normativa comunitaria di riferimento, oltre che immediatamente applicabile all'interno degli Stati membri, era anche estremamente analitica e dettagliata, in modo da lasciare poco o nessun margine di discrezionalità agli Stati membri (ciò è avvenuto, ad esempio, nel settore degli appalti pubblici, sul quale pure in appresso si tornerà).
Più in generale, laddove si è posto il problema di individuare indici rivelatori del carattere "grave e manifesto" della violazione del diritto comunitario, e quindi di quella natura particolarmente qualificata della violazione che costituisce presupposto dell'affermazione della responsabilità dello Stato, la Corte ha fatto costantemente riferimento a elementi relativi "*al grado di chiarezza e precisione della norma violata, all'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, al carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, alla scusabilità o inescusabilità di un eventuale errore di diritto, alla circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere alla violazione*" (cfr. Corte di giust. CE, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, cit.; negli stessi termini, Corte di giust. CE, *Dillenkofer*, cit.).
Non v'è chi non veda come i concetti così enunciati dalla Corte europea in tema di "*violazione grave e manifesta*" si pongano in linea, in alcuni casi addirittura coincidendo letteralmente, con i parametri e i criteri individuati dalla nostra giurisprudenza interna al fine della definizione dei contorni della "colpa della p.a.": in sostanza, identico - ancorché forse indotto da motivazioni diverse - è lo sforzo di individuare a livello oggettivo una serie di elementi destinati ad agire come presupposti o condizioni per il riconoscimento di una responsabilità del soggetto pubblico che non discenda sempre e comunque in modo automatico dalla mera illegittimità del suo operato.
In siffatta prospettiva, se la giurisprudenza interna séguita ad ancorare l'accertamento della responsabilità anche al requisito della colpa (o del dolo), ciò non comporta necessariamente una violazione dei principi del diritto europeo *in subiecta materia*, essendo soltanto la conseguenza dell'applicazione delle coordinate entro le quali la predetta responsabilità è inquadrata nell'ordinamento interno; ed è appena il caso di rammentare come la Corte europea abbia sempre ribadito che, una volta rispettati i parametri generali da essa fissati, è sulla base del diritto interno che il giudice nazionale deve accertare la sussistenza o l'insussistenza della responsabilità nei singoli casi.
4.5. Le conclusioni sopra raggiunte non mutano per effetto della recente sentenza della Corte di giustizia (sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Graz Stadt*) sulla quale l'odierna appellante concentra l'attenzione nel terzo motivo di impugnazione: in detta sentenza, effettivamente, la Corte ha configurato in modo molto più marcatamente oggettivo la responsabilità dello Stato da violazione del diritto comunitario, affermando che la direttiva 89/665/CEE, in tema di procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, "*osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad avere un risarcimento* (...) *al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità di far valere le proprie capacità individuali, e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata*".
Al di là della questione più generale - che solo l'evoluzione giurisprudenziale futura potrà chiarire - di quali potranno essere le ricadute concrete del principio così enunciato, quand'anche esso dovesse essere inteso nel senso dell'affermazione di una vera e propria responsabilità oggettiva, è del tutto ragionevole che esso debba restare circoscritto al settore degli appalti pubblici, come si desume non solo dal richiamo alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisprudenziali in materia di procedure di aggiudicazione (la citata direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), ma anche dall'evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua in-

cidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.
E, difatti, dalla lettura della sentenza *de qua* risulta che in essa il risarcimento del danno viene qualificato come "*alternativa procedurale*" al conseguimento del "bene della vita" auspicato dall'impresa ricorrente, ossia l'aggiudicazione, in tutti i casi in cui tale tutela specifica non possa essere accordata all'esito del giudizio: a conferma di come in questo caso la Corte assegni al risarcimento una funzione "riparatorio-compensativa" (oltre che sanzionatoria dell'illegittimo operato della p.a.) più che "retributiva", ossia di ristoro patrimoniale di un pregiudizio patito, e quindi - per converso - laddove si versi in settori diversi da quello degli appalti pubblici, debbano tornare a trovare applicazione i comuni principi enunciati dalla stessa Corte europea in tema di responsabilità degli Stati da violazione del diritto comunitario.
Peraltro, la questione del carattere derogatorio o meno rispetto a tali principi di quanto affermato nella citata sentenza del 2010 è destinata a essere verosimilmente molto ridimensionata, se si considera che proprio nel settore delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici la disciplina europea si connota ormai per sostanziale completezza e autoconclusività, oltre che per un estremo grado di dettaglio, tale da rendere estremamente raro il caso in cui una sua violazione da parte del diritto interno non risponda anche ai parametri generali cui la giurisprudenza comunitaria ha sempre condizionato la sussistenza della responsabilità dello Stato.
5. Disattese le più generali doglianze articolate dalla società appellante con riguardo alla necessità o meno di accertare l'elemento della colpa della p.a., va respinto anche il secondo mezzo, col quale è lamentata - in via, evidentemente, subordinata rispetto a quanto assunto con gli altri due motivi - l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha escluso che nella specie potesse configurarsi la responsabilità dell'Amministrazione intimata per difetto del predetto presupposto.
Ed invero, sul punto appaiono pienamente condivisibili gli argomenti svolti dal primo giudice.
Innanzi tutto, va sottolineato che il già citato art. 9, nr. 1, della direttiva 95/59/CE, dopo aver stabilito che: "...I produttori (...) stabiliscono liberamente i prezzi massimi di vendita al minuto di ciascuno dei loro prodotti per ciascuno Stato membro in cui sono destinati ad essere immessi in consumo", aggiunge però che detta previsione "non osta, tuttavia, all'applicazione delle legislazioni nazionali sul controllo del livello dei prezzi imposti, sempreché siano compatibili con la normativa comunitaria".
In altri termini, nella stessa direttiva che nella fattispecie è stata violata dallo Stato italiano era contenuta un'espressa riserva in favore della legislazione interna degli Stati membri in materia di "*prezzi imposti*", tale da non escludere *in toto* un intervento autoritativo dei legislatori e delle pubbliche amministrazioni nazionali nella determinazione del prezzo di vendita delle sigarette.
E, difatti, nella pure citata sentenza del 24 giugno 2010 la Corte di giustizia ha ritenuto che la normativa italiana in materia di prezzo minimo fosse confliggente col diritto comunitario non già per il fatto di esistere in quanto tale, ma siccome strutturata "*in modo tale da escludere, in ogni caso, che risulti pregiudicato il vantaggio concorrenziale che potrebbe risultare, per taluni produttori o importatori di prodotti siffatti, da prezzi di costo inferiori e che, pertanto, si produca una distorsione della concorrenza*".
L'aver strettamente collegato l'illegittimità comunitaria del "*sistema di prezzi imposti*" ai suoi potenziali effetti anticoncorrenziali non è circostanza priva di significato, atteso che il giudizio di compatibilità comunitaria viene fatto discendere, fra l'altro, anche dall'analisi della situazione economica e delle condizioni di mercato in cui detto sistema viene a inserirsi: ciò che frustra il tentativo di chi, come si vorrebbe nel presente giudizio, intenda ricavare la prova certa della sussistenza dell'illecito dal fatto che la disposizione sopra richiamata era stata già in precedenza interpretata e applicata dalla Corte, che aveva condannato altri Stati dell'Unione per la sua violazione, essendo evidentemente ammissibile siffatta impostazione soltanto in presenza di una perfetta identità di situazioni fra dette fattispecie e quella oggi all'esame, ciò che non risulta affatto dimostrato.
Inoltre, con riferimento alle difese spiegate dalla Repubblica italiana nel corso della procedura d'infrazione, la Corte non ha affatto escluso che le invocate esigenze di tutela della vita e della salute umana giustificassero - ai sensi dell'art. 30 del Trattato CE (oggi art. 33 del Trattato sul funzionamento dell'UE) - un intervento anche penetrante dello Stato, ma ha chiarito che l'obiettivo di salvaguardare i predetti valori "*può essere adeguatamente perseguito mediante l'aumento dell'imposizione fiscale su tali prodotti, dal momento che gli aumenti dei diritti di accisa devono prima o poi tradursi in un aumento dei prezzi di vendita al minuto, senza con ciò compromettere la libertà di determinazione del prezzo*".
In definitiva, ciò che emerge da una serena lettura della sentenza in discorso è che le istituzioni europee non hanno affatto escluso la possibilità di applicare un regime normativo di "*prezzi imposti*", e nemmeno la legittimità delle finalità perseguite con la disciplina in contestazione, limitandosi a censurare - piuttosto - soltanto le modalità e gli strumenti tecnici con cui l'Amministrazione italiana ha proceduto; ciò che, come correttamente osservato dal primo giudice, è sufficiente a far ritenere scusabile l'errore di diritto in cui la medesima Amministrazione è incorsa, e pertanto inconfigurabile nella specie la sussistenza di un illecito idoneo a rendere accoglibile la domanda risarcitoria.
6. Alla luce dei rilievi fin qui svolti, s'impone una decisione di reiezione dell'appello e di integrale conferma della sentenza impugnata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Vincenzo Carbone

La responsabilità da inadempimento *ex* art. 1218 c.c., di una precedente obbligazione, concerne non solo l'inadempimento di obbligazioni derivanti da contratto, ma anche l'inadempimento di obblighi *ex lege*, come i doveri accessori *(Nebenpflichten)*, o doveri di protezione *(Schuzpflichten)*, o il dovere di correttezza e buona fede (art. 1175 c.c.), o le obbligazioni da "contatto", o da trattative o precedenti rapporti. Siffatta responsabilità sussiste anche per la P.A. e va applicata dal giudice amministrativo, dopo l'avvenuto passaggio dalla giurisdizione sull'atto a quella sul rapporto (Ad. Plen. n. 3/2011), ed in virtù dell'art. 30 del nuovo codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010).
L'attuale art. 117 Cost. (modificato con l. cost. n. 3/2001) vincola, come ritiene la giurisprudenza comunitaria, non solo il legislatore, ma anche e direttamente ogni giudice italiano ad operare nel rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», compreso l'accertamento della responsabilità della P.A. per il mancato adempimento agli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie (art. 258 Trattato di Lisbona).

1. La tesi della sentenza: nonostante l'accertato inadempimento di direttiva comunitaria la responsabilità è regolata dall'art. 2043 c.c. ed occorre la prova della colpa della P.A.

La giurisdizione amministrativa da pochi anni è passata dalla sola giurisdizione sull'atto (tutela demolitoria) anche a quella sul rapporto, collegato all'atto (tutela risarcitoria), e quindi alla responsabilità della P.A. Non va dimenticato, infatti, che fino agli inizi di questo secolo il giudice amministrativo era giudice della sola legittimità dell'atto amministrativo impugnato, poiché era esclusa in radice la stessa possibilità di chiedere il risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi, ritenuti irrisarcibili per oltre un secolo e mezzo (1), perché tutelati dall'ombra dell'interesse pubblico, in posizione "famulativa o ancillare".
Il cavallo di Troia per la caduta del muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi fu rappresentato dall'art. 13 l. 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria) che introdusse il risarcimento del danno per la lesione degli interessi legittimi di appalti comunitari e poi - dopo interminabili discussioni ed estenuanti contrasti - esteso, con un intervento giurisprudenziale del 1999, al risarcimento di tutti gli interessi legittimi, anche italiani (2), considerati un "bene della vita (3)", con l'inizio della mutazione genetica del giudizio amministrativo.
La svolta interpretativa trova il suo fondamento nelle nuove frontiere della giurisdizione amministrativa. Non più solo giurisdizione sull'atto della P.A., teso alla tutela demolitoria, ma anche giurisdizione sul rapporto tra P.A. e cittadino, estesa anche alla tutela risarcitoria, nel senso che l'interesse legittimo non rileva più come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità

Note:

(1) È nota l'espressione di Pasquale Stanislao Mancini «che il cittadino si rassegni». La commissione dei 75 - per i lavori preparatori della Costituzione - ritenne non istituzionale che un Pretore condannasse la P.A. Il Convegno di Napoli del 1963 non riuscì ad evitare il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi: *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*.

(2) Sulla rilevanza dell'interesse legittimo negli altri paesi europei, Rossi, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2005, 415 ss., ove si ricorda che al di là della Francia, ove non è esplicitata la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, il termine è usato in Germania, *Berechtigtes interesse* (§ 43 della legge sul processo amministrativo del 1991, modificata nel 1997), in Spagna, *intéres legittimo* (art. 162 c. 1 l.b della Costituzione del 1978) e in Portogallo, *interesses legittimos* (art. 20 della Costituzione del 1989).

(3) Cass., sez. un., 22 luglio 1999, nn. 500 e 501, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota di richiami di Palmieri, Pardolesi; *ivi*, 1999, I, 3201, con nota di Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi, all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, Romano, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*; *ivi*, 1999, I, 3226, con nota di Scoditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*; in *Giornale dir. amm.*, 1999, 832, con nota di Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*; in *Nuovo dir.*, 1999, 691, con nota di Finucci, *Un brutto scivolone delle sezioni unite civili della cassazione*; in *Giur. it.*, 2000, 21, con nota di Moscarini, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261, con nota di Morelli, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*; in *Urb. e app.*, 1999, 1067, con nota di Protto, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*; in *Trib. amm. reg.*, 1999, II, 225, con nota di Bonanni, *Il risarcimento dei danni in bilico tra diritto soggettivo e interesse legittimo*; in *Arch. civ.*, 1999, 1107; in questa *Rivista*, 1999, 965, con nota di V. Carbone, P.G. Monateri, A. Palmieri, R. Pardolesi, G. Ponzanelli e V. Roppo, *La cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 1999, 1367, con nota di Di Majo, *Il risarcimento degli interessi «non più solo legittimi»* e Mariconda, *«Si fa questione d'un diritto civile ...»*.

dell'azione amministrativa, come riflesso dell'interesse pubblico, ma è divenuto una posizione sostanziale, costituzionalmente tutelata alla pari del diritto. Il richiamo è all'art. 24 Cost. (P. I, tit. I), e sul piano della giurisdizione agli artt. 111 (novellato con l. cost. n. 2/1999) e 113 Cost. (P. II, tit. IV), alla base dell'inscindibile collegamento dell'interesse legittimo con un interesse giuridico materiale del titolare, con un "bene della vita", la cui lesione - in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse legittimo oppositivo o pretensivo - può concretizzare un pregiudizio giuridico ed economico del privato, con conseguente danno patrimoniale.

Pertanto è stata riconosciuta la risarcibilità degli interessi legittimi, quante volte risulti leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si è correlato, e sempre che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo. Nella modernizzazione del processo amministrativo, significativo in tal senso è l'art. 30 che riconosce e disciplina l'azione di condanna al risarcimento del danno nel nuovo codice del processo amministrativo - nato con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ma già aggiornato con il D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195 - prevedendo che il cittadino possa chiedere il risarcimento del danno, "anche in via autonoma", optando per la sola tutela risarcitoria e non anche per quella demolitoria.

Nel frattempo il diritto vivente (4) *(das lebende Rechte)* si adegua alle nuove, mobili frontiere della responsabilità civile, in tema di danno patrimoniale, non più ripartibile tra responsabilità da *contratto* e responsabilità da *fatto illecito* o *aquiliana* (detta oggi erroneamente extracontrattuale) ma tra responsabilità *da inadempimento di un'obbligazione*, qualunque ne sia la fonte, anche se non contrattuale, regolata dall'art. 1218 c.c., e quella *da fatto illecito* o meglio *fatto dannoso*, disciplinata dagli artt. 2043-2058 c.c. con regole profondamente diverse.

Tanto premesso, occorre segnalare, sotto questo profilo, un netto contrasto tra la presente decisione del giudice amministrativo che nega rilevanza all'inadempimento dello Stato italiano ad uno specifico obbligo derivante da una direttiva comunitaria, fino a sussumere la fattispecie nel *tatbestand* normativo della responsabilità aquiliana in modo da porre la prova della colpa della P.A. a carico del danneggiante che chiede il risarcimento, e due coeve decisioni del giudice ordinario (Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648 e Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438) che escludono la possibilità di far ricorso alla responsabilità aquiliana, quando tra le parti intercorre un rapporto, anche se a titolo di trattative nella responsabilità precontrattuale, o di comportamenti ispirati a correttezza e buona fede, come nella responsabilità da contatto (5), nata anch'essa nel 1999, come la risarcibilità degli interessi legittimi.

La chiave di volta del nuovo indirizzo interpretativo, fatto proprio dalle ricordate recenti decisioni della Cassazione, concerne l'esclusione della tutela aquiliana, dall'ambito della giurisdizione sul rapporto, quando la P.A. non è il terzo che ha cagionato il fatto dannoso, ma una delle parti del rapporto (P.A. e privato). Sussiste, invece, l'inadempimento di un obbligo derivante da direttive comunitarie, come nel caso di specie, ovvero l'inadempimento di un rapporto che ha dato luogo ad un ragionevole affidamento da parte del privato, o infine la violazione della regola giuridica di correttezza e buona fede, vincolante anche per la P.A. E la giurisdizione sul rapporto trova spazio nella giurisprudenza del giudice amministrativo, come si evince chiaramente dalla decisione dell'Adunanza plenaria del 23 marzo 2011 n. 3 (6) che ha sancito la fine della pregiudiziale amministrativa.

La necessità di far chiarezza è di tutta evidenza non solo sul rilevato contrasto tra giudice amministrativo e giudice ordinario, ma sulla compatibilità della responsabilità aquiliana con precedenti rapporti tra le parti, anche in tema di trattative, non essendo possibile che correttezza e buona fede, se non adempiute, assumano un diverso ruolo a seconda che operino *ex* art. 1175 c.c., ovvero *ex* art. 1337 c.c. in tema di responsabilità precontrattuale dove si eviden-

Note:

(4) Santoro Passarelli, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, 54; Esposito, *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992; Mengoni, *Diritto vivente*, in *Dig. civ.*, Torino, 1990, vol. VI, 445.

(5) Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di Di Ciommo, Lanotte, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in questa *Rivista*, 1999, 294, con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in questa *Rivista*, 1999, 781, con nota di De Matteis, *La responsabilità medica tra* scientia iuris *e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 999, in *Arch. civ.*, 1999, 713, in *Resp. civ.*, 1999, 652, con nota di Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la cassazione,* in *Contratti*, 1999, 999, con nota di Guerinoni, *Obbligazione da «contratto sociale» e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi.*

(6) Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3, in *Corr. giur.*, 2011, 979, con nota di Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo.*

ziano contrasti, anche evidenti, a livello di manuali istituzionali di diritto privato (7).

2. Dalla fattispecie emerge la responsabilità dello Stato italiano per inadempimento dell'obbligo comunitario. L'indirizzo giurisprudenziale prevalente esclude la responsabilità aquiliana

In questo contesto interpretativo si pone la fattispecie in esame in cui si prende atto dell'avvenuto accertamento da parte della Corte di giustizia dell'inadempimento da parte dello Stato italiano dell'obbligazione derivante da una direttiva comunitaria. A seguito dell'intervento della Commissione, a norma dell'art. 258 del trattato sul funzionamento dell'U.E., Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009 (già art. 226 del TCE) nel caso in cui «*uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti, in virtù dei trattati*» (8), si è proceduto all'accertamento dell'*inadempimento*, dello Stato italiano, *all'obbligo incombente sugli Stati membri* (9).
Come emerge dal caso in esame, la Yesmoke Tobacco S.p.a., che produce sigarette con marchio proprio, aveva dedotto la violazione della disciplina comunitaria (direttiva 95/59/CE, in tema di imposte sul consumo dei tabacchi lavorati, come modificata dalla direttiva 2002/10/CE). La tesi è stata accolta dalla Corte di giustizia CE, sez. III del 24 giugno 2010, a conclusione della procedura avviata dalla Commissione, ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE (oggi art. 258 Trattato sul funzionamento U.E.), contro la Repubblica italiana. La Corte ha definitivamente accertato che l'Italia, stabilendo un prezzo minimo di vendita per le sigarette, è venuta meno agli obblighi, a suo carico, previsti dall'art. 9, n. 1, della suindicata direttiva.
La società ha anche impugnato dinanzi al T.a.r. Lazio il decreto dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) che ha aumentato il prezzo minimo di vendita delle sigarette, ottenendo dopo il giudicato di Lussemburgo l'annullamento dell'impugnato decreto, ma non il richiesto risarcimento dei danni, per la precedente differenza di prezzo, assumendo il giudice amministrativo l'insussistenza della responsabilità aquiliana della P.A. per mancanza della prova della colpa dell'Amministrazione.
La decisione, nonostante il giudicato sull'accertato inadempimento dello Stato italiano alla direttiva comunitaria, ha qualificato la fattispecie non come responsabilità da inadempimento di un'obbligazione comunitaria *ex* art. 1218 c.c., con inversione dell'onere della prova a carico del debitore inadempiente - la P.A. intesa come apparato - ma come responsabilità aquiliana. Nella specie poi la responsabilità aquiliana è venuta meno per difetto della prova sull'elemento soggettivo, posta a carico del privato danneggiato, al fine «di introdurre un "filtro", idoneo a impedire quella proliferazione di azioni risarcitorie che sarebbe derivata da una totale identificazione della responsabilità della P.A. con la stessa illegittimità degli atti impugnati».
Eppure la giurisprudenza della Corte di giustizia, quella della Corte di cassazione e alcune decisioni dello stesso Consiglio di Stato riconoscono in maniera chiara ed inequivoca che l'inadempimento di un obbligo derivante da direttive comunitarie, da parte dello Stato italiano, debba dar luogo al richiesto risarcimento del danno, con le regole proprie della responsabilità da inadempimento *ex* art. 1218 c.c., e non con quelle della responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c., anche davanti al giudice amministrativo, dopo l'avvenuto passaggio dalla giurisdizione sull'atto a quella sul rapporto, riconosciuta dalla citata Adunanza Plenaria n. 3/2011 e dopo aver superato, proprio in tema di risarcimento, delicate questioni di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ricordando, tra le tante, Corte costituzionale n. 204 del 2004 (10) e n. 191 del 2006 (11).

Note:

(7) Propende per la natura aquiliana, Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 44 ed., Padova 2009, 181; mentre al contrario condivide le critiche alla giurisprudenza e riconosce che parte consistente della dottrina ritiene che la responsabilità precontrattuale abbia natura di responsabilità per inadempimento, soggetta alla regole dell'art. 1218 c.c., Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 20 ed., Milano, 2011, 501.

(8) Nascimbene, *Unione europea, Trattati*, Torino, 2010, 194.

(9) Adam e Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, II ed., Torino, 2010, 266 ss. ove si precisa che «l'inadempimento» di uno Stato può concretizzarsi tanto «in un'azione che in un'omissione».

(10) Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, «È incostituzionale l'art. 34, 1º comma, D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. b), l. 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto "gli atti, i provvedimenti e i comportamenti" anziché "gli atti e i provvedimenti" delle p.a. e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia», in *Corr. giur.*, 2004, 1125, con nota di Carbone, Consolo e Di Majo, *Il «waltzer delle giurisdizioni» rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con nota di Benini, Travi, Fracchia, in *Urb. e app.*, 2004, 1031, con nota di Conti, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 969, con nota di Clarich Police, Mattarella, Pajno, in *Urb. e app.*, 2004, 1275, con nota di Lotti, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 1211, con nota di Sandulli, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799, con nota di Cerulli Irelli, Villata.

(11) Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191, «È incostituzionale l'art. 53, 1º comma, d.P.R. n. 327 del 2001, nella parte in cui, devol-

(segue)

Né va dimenticato che l'attuale art. 117 Cost., modificato nel 2001 (passato da due a nove commi a seguito della novella introdotta con l. cost. n. 3/2001), vincola, come ritiene la giurisprudenza comunitaria, non solo il legislatore, ma anche e direttamente il giudice italiano (12), senza distinzioni tra le varie categorie, ad operare nel rispetto dei doveri derivanti dalla Costituzione «nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» ivi compresa l'accertamento della responsabilità per il mancato adempimento agli obblighi derivanti dalle direttive, ai sensi dell'art. 258 del vigente trattato sul funzionamento dell'U.E. (Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009).

Tra i principi essenziali, affermati in modo coerente dalla Corte di Giustizia, vanno ricordati: a) La direttiva comunitaria deve essere interpretata nel senso che essa prevale sulla normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento al carattere colpevole di tale violazione (13); b) Il risarcimento del danno, spettante al singolo, in caso di violazione manifesta e grave del diritto comunitario da parte di un organo di uno Stato membro, non può essere subordinato all'esistenza di una condotta dolosa o colposa da parte dell'organo stesso, con la precisazione che l'obbligo, a carico degli Stati membri, di risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia della sentenza che accerti l'inadempimento contestato (14); c) L'obbligo di uno Stato membro di risarcire i danni causati ad un singolo sussiste in tutti i casi in cui la norma di diritto comunitario conferisca diritti ai singoli e si tratti di violazione sufficientemente grave ed è sufficiente un nesso causale diretto tra la violazione e il danno subìto dai singoli (15); d) La mancata attuazione di una direttiva fa sorgere un diritto al risarcimento a favore dei singoli lesi qualora, da un lato, il risultato prescritto da una direttiva implichi l'attribuzione, a favore dei singoli, di diritto il cui contenuto possa essere individuato e, dall'altro, esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subìto (16).

Nelle decisioni della Corte di Cassazione - non preoccupata da "Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto (17)" al fine di introdurre un "filtro", onde impedire la proliferazione di azioni risarcitorie dannose per lo Stato - emerge chiaramente l'esclusione della responsabilità aquiliana e il pieno riconoscimento della responsabilità per inadempimento dell'obbligo comunitario, disciplinato dall'art. 1218 c.c., con rilevanti conseguenze sul piano dell'onere probatorio a carico dello Stato inadempiente e non del privato danneggiato-creditore del risarcimento, ma anche su quello della prescrizione decennale e non quinquennale.

Meritano di essere segnalate alcune significative decisioni: a) La responsabilità dello Stato per tardiva trasposizione della direttiva concernente l'adeguata rimunerazione dei medici specializzanti *è di carattere c.d. contrattuale perché ha riguardo all'adempimento di una obbligazione ex lege* di natura indennitaria, obbligazione che il giudice, ove la violazione sia manifesta

Note:

(continua nota 11)

vendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle p.a. e dei soggetti ad esse equiparati", non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere», in *Foro it.*, 2006, I, 1625, con nota di Travi, De Marzo, in *Corr. giur.*, 2006, 922, con nota di Di Majo, in *Corr. merito*, 2006, 948, con nota di Maddalena, in *Urb. e app.*, 2006, 805, con nota di Conti, in questa *Rivista*, 2006, 965, con nota di Fabbrizzi, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1107.

(12) Il nuovo art. 117 Cost. vincola direttamente il giudice italiano, nell'interpretare ed applicare la normativa vigente, a privilegiare non solo un'interpretazione costituzionalmente orientata, ma anche rispettosa delle disposizioni europee. Secondo Corte giustizia Comunità europee, 19 novembre 2009, n. 314/08, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2483, «Il conflitto tra una disposizione normativa nazionale e una disposizione del trattato direttamente applicabile, impone al giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e, se necessario, disapplicare la disposizione interna configgente. Spetta agli stati membri individuare gli organi competenti a dichiarare definitivamente la nullità della disposizione nazionale contraria al diritto comunitario, ma il primato del diritto comunitario impone al giudice nazionale di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dal fatto che il giudice costituzionale nazionale abbia deciso di rinviare la cessazione degli effetti delle disposizioni dichiarate incostituzionali».

(13) Corte giustizia Unione europea, 30 settembre 2010, n. 314/09, *Graz Stadt*, in *Appalti & Contratti*, 2010, fasc. 10, 92, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, III, 790.

(14) Corte giustizia Comunità europee, 5 marzo 1996, n. 46, 48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame ltd.*, in *Foro it.*, 1996, IV, 185.

(15) Corte giustizia Comunità europee, 23 maggio 1996, n. 5/94, *Hedley Lomas,* in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 1003, con nota di Caranta, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 625, con nota di Pecchioli, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, 506, in *Resp. civ.*, 1997, 323, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 713, in *Foro amm.*, 1997, 1021, con nota di Goletti.

(16) Corte giustizia Comunità europee, 8 ottobre 1996, n. 178, 179, 188, 189/94, *Dillenkofer*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1997, 54, con nota di Palandri, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1997, 101, con nota di Pecchioli, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, 485, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 822, con nota di Della Cananea, in questa *Rivista*, 1997, 680, con nota di Bastianon, Catalano, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1009.

(17) Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M. 1972, traduzione italiana, 1983, Università di Camerino. Sul timore della P.A., fatto proprio dal giudice amministrativo, della proliferazione di azioni risarcitorie, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, V ed., Bologna, 2000.

e grave, deve determinare in base ai presupposti del nesso causale tra la violazione e il danno subìto dai singoli, dell'adeguatezza del danno subìto, *essendo invece irrilevante la sussistenza del dolo o della colpa* (18). b) La mancata trasposizione nel termine prescritto delle direttive 75/362/Cee e 82/76/Cee, comporta che lo *Stato sia tenuto a risarcire, a titolo di responsabilità c.d. contrattuale scaturente dall'inadempimento di un'obbligazione ex lege*, i danni subiti dai medici specializzandi interessati, tra i quali devono comprendersi non solo quelli derivanti dall'inidoneità del diploma di specializzazione conseguito secondo la previgente normativa al riconoscimento negli altri Stati membri e dal suo minor valore sul piano interno, ai fini dei concorsi per l'accesso ai profili professionali, ma anche quelli connessi alla mancata percezione di una remunerazione adeguata (19). c) Il comportamento dello Stato italiano di *riconoscimento della propria inadempienza attraverso un atto legislativo di tardivo adempimento*, necessariamente dovrebbe estrinsecarsi nei riguardi di tutti i soggetti cui la direttiva non *self-executing* attribuisca diritti e non solo nei confronti di alcuni, essendo contrario all'ordinamento comunitario un riconoscimento nei confronti di taluni e non di altri. Consegue l'interruzione del corso *della prescrizione decennale* (tipica della responsabilità da inadempimento) da parte dello Stato italiano non ancora maturata; *la prescrizione è decennale dal recepimento pieno delle direttive comunitarie* (20). d) La domanda con cui il laureato in medicina, ammesso alla frequenza di un corso di specializzazione (nella specie, nel triennio 1993/1996), *chieda la condanna della P.A. al pagamento in suo favore del trattamento economico pari alla borsa di studio* per la frequenza di detto corso, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario stante la natura della situazione giuridica che ha natura e consistenza di diritto soggettivo (21).

Non mancano infine significative e rilevanti decisioni dello stesso giudice amministrativo che escludono la responsabilità aquiliana della P.A., con i ricordati vantaggi probatori e prescrizionali, riconoscendo invece la natura di responsabilità da inadempimento alle direttive comunitarie da parte della P.A. alla quale spetta di provare l'assenza di colpa, anche attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita: a) nella responsabilità per colpa dell'amministrazione legata alla lesione di interessi legittimi, quale quella che si concretizza a causa della mancata aggiudicazione di una gara d'appalto, *sussiste il presupposto della colpa dell'amministrazione nel caso in cui una gara sia stata illegittimamente aggiudicata ad una ditta che avrebbe dovuto essere esclusa* per non avere allegato alle autocertificazioni circa la regolarità contributiva e l'insussistenza di cause di esclusione, una fotocopia del documento di identità del dichiarante (22); b) nel caso di lavori già eseguiti, l'annullamento degli atti della gara, può comportare il risarcimento del danno; per quanto concerne l'elemento soggettivo, si ha un'inversione dell'onere della prova; infatti, *mentre il privato danneggiato può invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa, alla P.A. spetterà, a quel punto, dimostrare che si è trattato di un errore scusabile* (23); c) dopo un giudicato da cui deriva l'obbligo per l'amministrazione di aggiudicare e stipulare per la parte vittoriosa in giudizio, *l'inadempimento della P.A. comporta la nascita della responsabilità c.d. contrattuale, anche se la fonte non è il contratto*, ma il giudicato (24); d) *la responsabilità della P.A. per l'adozione di un atto illegittimo è qualificabile come responsabilità da «contatto sociale»*; di conseguenza l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del cittadino *rappresenta indice presuntivo della colpa dell'amministrazione*, alla quale spetta l'onere di provare la sussistenza dell'errore scusabile (25).

Occorre quindi una riflessione sull'attuale dicotomia della responsabilità civile, e sull'*actio finium regundorum* tra responsabilità da inadempimento (c.d. con-

Note:

(18) Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, I, 168, con nota di Scoditti, in questa *Rivista*, 2010, 19, con nota di Conti, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2274, con nota di Giannelli, in *La responsabilità civile*, 2010, 346, con nota di Riccio, in *Dir. comm. int.*, 2009, 709, con nota di Rapisarda, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1667, in *Dir. e formazione*, 2010, 548, con nota di Graziano, in *Giur. it.*, 2010, 691, con nota di Bairati, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 311, con nota di Guffanti Pesenti, in *Dir. comunitario scambi int.*, 2010, 495, con nota di Viglianisi Ferraro.

(19) Cass. civ., sez. I, 10 marzo 2010, n. 5842, in *Foro it.*, 2011, I, 862.

(20) Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813, in *Foro it.*, 2011, I, 1650.

(21) Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2011, n. 13909, in *Foro it.*, Rep. 2011, *Giurisdizione civile*, n. 46.

(22) Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384, in *Urb. e app.*, 2010, 956, con nota di Proietti, in *Amm. it.*, 2010, 1235, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 27, 87, con nota di Forlenza.

(23) Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14, in *Riv. nel diritto*, 2010, 568, con nota di Caruso.

(24) Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, in *Urb. e app.*, 2010, 588, con nota di Didonna, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 10, 98, con nota di Ponte.

(25) Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, III, 457, in *Giur. it.*, 2006, 420, in *Urb. e app.*, 2006, 183, con nota di Caranta, in *Giust. civ.*, 2006, I, 705, con nota di Vignoli.

trattuale) e responsabilità aquiliana (non più extracontrattuale) con le proprie, ben diverse, regole (26), applicabili all'una e all'altra, ma soprattutto se quella aquiliana possa sussistere in presenza di inadempimento del rapporto di correttezza e buona fede, di "contatto", di ragionevole affidamento, idonee a creare obbligazioni tra le parti, tra cui la P.A. che perde la posizione di terzo che ha "cagionato" un "danno ingiusto" che deve risarcire.

3. Conclusioni: il contatto, la trattativa, l'inadempimento di un dovere *ex lege,* anche comunitario, rientrano nella responsabilità da inadempimento e non in quella aquiliana

Occorre prender atto del diffondersi, in questi ultimi anni, di obbligazioni non contrattuali, derivanti da doveri accessori o da doveri di protezione *ex lege* a favore della parte debole, di obbligazioni derivanti dalla responsabilità da contatto o dalla sempre più rilevante regola di correttezza e buona fede che grava su entrambe le parti di un rapporto o di una trattativa, anche se una di esse è la P.A.

Per meglio comprendere il diffondersi, in piena autonomia, di obbligazioni *ex lege* e non *ex contractu*, basta richiamare l'attuale riconosciuta importanza alla regola di correttezza e buona fede, prevista nell'art. 1175 c.c., a lungo trascurata e sottovalutata, considerata prima un dovere morale, perché privo di sanzione e poi trasformatasi in una regola giuridica con la sanzione dell'inadempimento dell'obbligazione *ex* art. 1218 c.c., fino a divenire, dopo la riscoperta da parte delle sezioni unite negli anni '80 (27), il cardine del diritto delle obbligazioni e il governo dei rapporti giuridici ed economici tra le parti (28).

L'evoluzione dell'utilizzazione della regola astratta e indeterminata, non limitata a circostanziati, concreti o specifici casi - che ha sempre più attirato l'attenzione degli interpreti e degli operatori, specie dopo l'eliminazione del richiamo ai principi della "solidarietà corporativa" (29) (mediante l'art. 3, comma 2, del D.Lgs.Lgt. 14 settembre 1944, n. 287) - avviene in più tappe con il testo dell'art. 1175 rimasto immutato, in un contesto sociale ed economico fortemente modificato. La prima tappa è la metamorfosi interpretativa del testo «il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza» considerato non più un precetto morale, ma la regola giuridica di un'obbligazione voluta dall'ordinamento anche se non derivante da contratto. L'essere divenuta una regola giuridica, un dovere *ex lege*, ha comportato che l'inadempimento di una siffatta obbligazione dia luogo a responsabilità civile *ex* art. 1218 c.c., anche se non prevista nel testo dell'art. 1175 c.c. Divenuta un dovere giuridico con la sanzione del risarcimento, in caso di inadempimento, la disposizione dell'art. 1175 c.c. assume,

Note:

(26) È opportuno ricordare: 1) il termine della prescrizione dell'azione di risarcimento, nella responsabilità da inadempimento, è di dieci anni (art. 2946 c.c.) mentre il termine è ridotto a cinque anni (art. 2947 c.c.) in quella aquiliana; 2) ai sensi dell'art. 1218 c.c. al creditore danneggiato basta dimostrare l'inadempimento, mentre il danneggiato nella responsabilità aquiliana deve dimostrare anche la colpa o il dolo dell'autore del "fatto dannoso"; 3) l'estensione del *quantum* da risarcire è più ampia in quella aquiliana perché l'art. 2056 c.c. non richiama l'art. 1225 c.c. che per la sola responsabilità da inadempimento limita il risarcimento ai soli danni prevedibili in assenza di dolo; 4) per la responsabilità da inadempimento occorre la capacità di agire (art. 2 c.c.), mentre per quella aquiliana è sufficiente la normale capacità di discernimento o di volizione, (c.d. capacità naturale); 5) nella responsabilità da inadempimento è richiesta la costituzione in mora tranne casi eccezionali (art. 1219 n. 2 e 3 e art. 1222 c.c.), costituzione in mora non richiesta nella responsabilità aquiliana (art. 1219 n. 1 c.c.); 6) possibilità di un regolamento preventivo convenzionale o pattizio, non ipotizzabile in quella aquiliana ove il danneggiato non prevede di patteggiare in via preventiva e pattizia il danno ingiusto o da risarcire; 7) varia la disciplina del regresso in funzione della natura della responsabilità (artt. 1298 e 2055 c.c.); 8) la responsabilità per costituzionalmente rivisitato - vigeva danni non patrimoniali prevista *ex* art. 2059 c.c. - per la sola responsabilità aquiliana, mentre solo da poco si ipotizza l'estensione anche a quella da inadempimento; 9) il diverso regime tra le due forme di responsabilità nel diritto internazionale privato. Toscano, *Responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 238 ss.; G. e S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Trattato Schlesinger*, *sub* art. 1337, Milano, 1993, 34 ss.; S. Patti, *Responsabilità precontrattuale*, in *Il Diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. XIII, 413.

(27) Si tratta di Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 440, con nota di Di Majo, *Le forme di tutela contro i cosiddetti «poteri privati»* che criticò la precedente «inadeguata riflessione sulla rilevanza e operatività del principio di correttezza (art. 1175 c.c.), sia in riferimenti ai rapporti obbligatori in generale, sia in riferimento ai poteri privati e agli interessi legittimi nel rapporto di lavoro».

(28) Baraldi, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2005, 501 ss.; Gallo, *Trattato del contratto*, Torino 2010, 314 ss.; Id., *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto*, Torino, 2009, 175 ss.; Scaglione, *Corretta economica e autonomia privata*, Perugia, 2007; D'Angelo, Monateri, Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale, modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005; Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, *ivi*, 539 ss.; Todaro, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, *ivi*, 579 ss. Sul rapporto sempre più intenso tra il giudice e il contratto, Roppo, *Il contratto e le fonti del diritto*, *ivi*, 2001, 1083.

(29) Sulle alterne vicende della clausola di buona fede e sul collegamento alla solidarietà, oggi costituzionale, Franzoni, *Degli effetti del contratto*, vol. II, *Integrazione del contratto*, in *Commentaro Schlesinger*, Milano, 1999, 171 ss.; Kindler, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Contratto e impresa*, 1998, 664; Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto - Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970, 87 ss.

dopo la svolta storica del caso Fiuggi (30), il ruolo di regola di governo del rapporto obbligatorio tra le parti, riconoscendo ulteriori fondamentali compiti alla predetta disposizione, utilizzata per l'individuazione, interpretazione e integrazione degli obblighi del rapporto giuridico-economico tra le parti nonché per il bilanciamento e il riequilibrio dei contrapposti interessi che, in mancanza d'accordo, è fatta dal giudice mediante il richiamato "governo giudiziario" del rapporto in base al principio di correttezza e buona fede.

Occorre prendere atto che a seguito dello sviluppo della regola di correttezza e buona fede, con il riconoscimento dei doveri di protezione *ex lege*, dei doveri accessori, e degli stessi obblighi derivanti dalle direttive comunitarie, con il ruolo sempre più diffuso della responsabilità da contatto e di quella precontrattuale, si è modificata la precedente rigida dicotomia della responsabilità civile tra "contrattuale" e "extracontrattuale o aquiliana", prendendo atto che per il solo fatto che non c'è un contratto, la responsabilità è per l'inadempimento dei doveri *ex lege* e non più extracontrattuale-aquiliana.

Come è stato rilevato, l'ordinamento civilistico conosce le fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.) e non della responsabilità (31), sottolineando che la disciplina dell'inadempimento non concerne soltanto l'inadempimento dell'obbligazione nascente da contratto. Infatti, nel titolo I, capo III, del libro IV del c.c., la norma dell'art. 1218 c.c. ha come rubrica "Dell'inadempimento delle obbligazioni" cioè di tutte le obbligazioni e non solo di quelle derivanti dal contratto. La responsabilità *ex* art. 1218 c.c. è quindi collegata all'inadempimento di qualsiasi obbligazione (*obligatio est iuris vinculum*), indipendentemente dalla fonte, e quindi anche all'inadempimento del dovere di correttezza e buona fede (art. 1175 c.c.), all'inadempimento dell'affidamento da "contatto sociale" (dalla responsabilità precontrattuale a quella del medico, di intermediari, banche, assicurazioni, fino alla P.A.), all'inadempimento dei doveri accessori *Nebenpflichten* o di quelli di protezione *Schutzpflichten*, previsti da una legge di protezione (*Schutzgesetz*), fino all'inadempimento dello Stato italiano, davanti a giudici italiani, per mancata attuazione di direttiva comunitaria, ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione derivante da normativa dell'U.E.

A riprova di questa *actio finium regundorum*, si può ribadire, come di recente rilevato dalla richiamata giurisprudenza della Cassazione (Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648; Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438), che nella responsabilità aquiliana, il danno ingiusto da risarcire sussiste al di fuori dell'instaurazione di un qualsiasi precedente o preesistente rapporto particolare tra le parti, dovuto alle trattative o a rapporti *ex lege* e non contrattuali, come la lesione del ragionevole affidamento o la violazione della correttezza e buona fede, con la conseguenza che siffatte violazioni non possono essere equiparate a chi «cagiona ad altri un danno ingiusto», o, come afferma l'art. 1382 Code Napoléon, a «*qui cause à autrui un dommage*».

In altri termini, superata l'ideologia ottocentesca di punire chi ha cagionato il "fatto illecito", al fine di risarcire il "danno ingiusto" subito dal danneggiato - a causa del "fatto dannoso", come si legge negli artt. 2045, 2046 (anche nella rubrica), e nell'art. 2055 c.c. - il *leitmotiv* della responsabilità aquiliana, ai fini dell'identificazione del soggetto responsabile, tenuto al risarcimento del danno, è il «cagionare il danno» ad opera di un terzo, senza trattative o precedenti rapporti tra le parti. Con la conseguenza che se, a causa del contatto, come mette in risalto la più recente giurisprudenza, si è instaurato un rapporto con il reciproco dovere di correttezza e buona fede, o anche specifiche trattative durante le quali le parti devono comportarsi secondo buona fede, chi cagiona il "danno ingiusto" non è più un "terzo" che ha compiuto il fatto illecito, ma colui che non ha adempiuto all'obbligazione di correttezza e buona fede.

In realtà il riconoscimento di un precedente "contatto" tra le parti che aveva generato un ragionevole affidamento o l'inosservanza della regola giuridica di correttezza e buona fede, escludono in radice la struttura e la funzione della responsabilità da fatto illecito, rientrando nell'inadempimento di un'obbligazione, che non deriva da contratto, ma che è parimenti regolata dall'art. 1218 c.c.

E l'inquadramento non è una questione meramente teorica o di impostazione dottrinale, o di sistematica giuridica di concetti, perché, come si è rilevato, la

Note:

(30) Cass. civ., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, 566, con la citata nota di Carbone, *La buona fede come regola di governo*. Nella fattispecie, una clausola, inserita nel contratto consentiva al privato di bloccare il prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo al Comune di Fiuggi di poter conseguire l'adeguamento del canone, in considerazione dell'aumento del prezzo di vendita al pubblico dell'acqua minerale. Siffatta clausola pattizia non è stata ritenuta tale da invalidare il contratto tra le parti, ma solo non applicabile, perché contraria al principio di correttezza e buona fede, così che il rapporto contrattuale poteva proseguire riequilibrato, senza la clausola, modificando la non corretta discrezionalità del rapporto economico tra le parti.

(31) Di Majo, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 1 ss.

distinzione tra le attuali due principali tipologie di responsabilità ha rilevanti effetti giuridici e profonde ripercussioni sistematiche, avendo il legislatore voluto tutelare, con una pluralità di disposizioni più favorevoli e di rilevante interesse, il danneggiato nella responsabilità da inadempimento che già conosceva il debitore dell'obbligazione rimasta inadempiuta, e che quindi è favorito, tra l'altro, da una prescrizione decennale (art. 2946 c.c.) più lunga rispetto a quella quinquennale (art. 2947 c.c.) prevista per il danneggiato in quella aquiliana, nonché dall'inversione dell'onere della prova, che favorisce il creditore nella responsabilità da inadempimento, dovendo il debitore-danneggiante provare che l'inadempimento deriva da causa a lui non imputabile.
In tal modo si chiarisce anche il ricorso, da parte del diritto vivente, al fine di dar rilievo ai rapporti insorti tra le parti con l'esclusione della responsabilità aquiliana, alla responsabilità da "contatto", a partire anche stavolta da una sentenza di fine secolo, quando si è affermato che la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi come contrattuale, regolata dall'art. 1218 c.c., non già per l'esistenza di un pregresso rapporto contrattuale insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto di fatto originato dal «contatto sociale» (32).
Di recente si è ribadito che la responsabilità della banca negoziatrice di assegno non trasferibile per il pagamento a soggetto non legittimato ha natura c.d. contrattuale, per inadempimento dell'obbligo di protezione preesistente, specifico e volontariamente assunto, e la relativa azione risarcitoria è soggetta al termine ordinario di prescrizione (33), con esclusione della responsabilità aquiliana. Sempre in tema di esclusione della responsabilità aquiliana per la presenza di rapporti tra le parti, in tema di danni che l'alunno ha cagionato a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì c.d. contrattuale (o da inadempimento), atteso che l'istituto scolastico con l'accoglimento della domanda di iscrizione e l'ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un rapporto, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni; ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante (34).
Dalla ricordata casistica si evince che la giurisprudenza, per adeguare il testo delle norme rimasto immutato al contesto sociale ed economico, invece profondamente mutato le interpreta in maniera costituzionalmente orientata - tenendo conto anche delle richiamate modifiche della Costituzione avvenute per l'art. 111 (nel 1999) e per l'art. 117 (nel 2001), - dando maggior rilievo alla responsabilità da inadempimento del dovere legale di correttezza e buona fede (art. 1175 c.c.), come anche, della buona fede nelle trattative, con conseguenze sull'onere della prova e sulla prescrizione, a favore del danneggiato e non del danneggiante, facendo perno sul "contatto" tra le parti e sul conseguente ragionevole affidamento suscitato sulla controparte, con esclusione quindi della natura e delle regole proprie della responsabilità aquiliana.
Per meglio comprendere l'evoluzione interpretativa occorre prendere atto che la responsabilità civile è uno degli istituti giuridici più recenti ed in continuo sviluppo, specie in un'epoca di profonda crisi, di forte globalizzazione, ma anche di grandi trasformazioni. È nata, e resta, come momento patologico del sistema, ma ha *mobili frontiere* che si vanno sviluppando secondo due distinte direttive, una relativa all'*an debeatur* e l'altra concernente il *quantum debeatur*, non sempre omogenee.
La prima tende ad *un incremento quantitativo e qualitativo delle ipotesi di responsabilità civile* con ricerca del soggetto responsabile, allo scopo di riparare il danno ingiustamente subito dalla vittima, restringendo sempre di più l'ambito dei danni anonimi e di quelli incolpevoli (35), e quindi irrisarcibili, specie se commessi dalla P.A. che addossa al danneggiato, anche nel caso di inadempimento di un'obbligazione *ex lege*, l'onere di provare la sua colpa.

Note:

(32) Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, citata *retro* nota 6.

(33) Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro it.*, 2008, I, 2968, in questa *Rivista*, 2008, 160, con nota di Benedetti, Fabrizio-Salvatore, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 1442, con nota di Leggieri, in questa *Rivista*, 2008, 160, con nota di Greco, in *Giur. it.*, 2008, 864, con nota di Buffoni, in *Giur. it.*, 2008, 1150, con nota di Cottino, in *Banca borsa ecc.*, 2008, II, 567, con nota di Ciocca, in *Resp. civ.*, 2009, 161, con nota di Muccioli.

(34) Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067, in *Foro it.*, Rep. 2010, *Istruzione pubblica*, n. 289.

(35) La lotta al danno anonimo si rinviene già in Josserand, *De la responsabilità du fait des choses inanimées*, Paris 1987, 7. Diffusamente sul c.d. "danno incolpevole", Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 22 ss.

Die Expansion der Haftungsgrûnde (36), cioè l'espansione, non tanto quantitativa, ma soprattutto qualitativa delle ipotesi di responsabilità civile, realizza una maggior tutela della vittima, che sarebbe rimasta senza riparazione, creando nuove possibilità di identificare e condannare il responsabile per danni, spesso collegati all'attività produttiva, all'ambiente, o alla Amministrazione pubblica.

La seconda linea di tendenza è diretta, invece, ad una più intensa delimitazione delle conseguenze dannose risarcibili, al fine di diminuire l'area del "*quantum*" risarcibile. La finalità si avvale della norma sulla risarcibilità della perdita subìta e del mancato guadagno in quanto siano conseguenza immediata e diretta (art. 1223), con esclusione quindi del "danno indiretto", in conformità all'art. 1151 del Code Napoléon del 1804 che limita il risarcimento alla «*suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*».

L'attuale testo che richiama quello francese fu voluto dalla Commissione delle Assemblee legislative (37) in sostituzione dell'altro, «in quanto siano "*conseguenze necessarie*" del fatto lesivo», proposto dal Ministro Guardasigilli con l'art. 19 del progetto definitivo del 1940, in sintonia con le discussioni avvenute in sede di codificazione tedesca, non avendo voluto il *Bürgerliches Gesetzbuch* accogliere il principio dell'esclusione delle conseguenze immediate e dirette in ordine al *quantum* o all'entità del danno.

La disposizione ipotizzata per la determinazione del *quantum* da risarcire (38), nel settore della responsabilità per inadempimento - che non crea alcun problema di identificazione del soggetto inadempiente e quindi del responsabile - è stata estesa dal legislatore alla responsabilità aquiliana, mediante il richiamo degli artt. 1223 e 1227 nell'art. 2056 c.c. come criteri di determinazione per la "valutazione dei danni", dando luogo ad un sostanziale equilibrio, in ordine alla determinazione del *quantum* tra le due tipologie di responsabilità civile.

In un'interpretazione sistematica moderna, a questo storico steccato per la limitazione del risarcimento, si fa ricorso al concetto di «*conseguenze necessarie* del fatto lesivo», proposto ma non accolto dall'art. 19 del progetto definitivo del 1940, al fine di utilizzare, singole disposizioni, dettate per specifiche diverse finalità, come la disposizione in tema di mora del debitore che esonera il debitore in mora di risarcire quei danni che si *sarebbero* egualmente prodotti (art. 1221 c.c.), secondo un principio già presente nel digesto (cfr. D. 14, 2, 10, 1, *de lege Rhodia*), o quella in tema di concorso di colpa del danneggiato (*Mitverschulden*), che consente la non risarcibilità di danni, che pur potendo essere immediati e diretti si *sarebbero* potuti evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, c.c.) (39), diposizione utilizzata dal § 254 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Il capoverso dell'art. 1227 c.c. è una norma del tutto nuova, che non aveva precedenti nel codice del 1865 e nel Code Napoléon, ma solo nel § 254 del B.G.B. Appare infatti per la prima volta nel progetto (definitivo) ministeriale del 1940, nel 2° comma dell'art. 23: «il risarcimento sarà pure limitato quando il danneggiato avrebbe potuto con l'ordinaria diligenza impedire l'aggravamento del danno».

L'esigenza è quindi di escludere dal risarcimento sia il "danno indiretto" ma anche il "danno evitabile" che, pur potendo essere una conseguenza "immediata e diretta" non è una conseguenza "necessaria" e quindi non risarcibile come appunto sono sia danni che si *sarebbero egualmente* prodotti (40) (art. 1221 c.c.) sia i danni che si *sarebbero potuti evitare* usando l'ordinaria diligenza (41), art. 1227 comma 2 c.c., richiamata ed applicata anche dal giudice amministrativo (42).

Note:

(36) Grunsky, *Problemi del risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 642.

(37) Pandolfelli, Scarpello, Stella-Richter, Dallari, *Codice civile, Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942, 88 che riporta gli Atti della Commissione delle Assemblee legislative, Roma, 1940, 30 e 131.

(38) Carbone, *La quantificazione del danno*, Convegno di Roma del 1° ottobre 2010, in questa *Rivista - Speciale*, Supplemento n. 11/2010.

(39) La norma non era contenuta nell'art. 78 del progetto italo-francese del 1927 e neppure nell'art. 78 del progetto del 1936 della Commissione reale sul IV Libro.

(40) Per una rassegna di giurisprudenza sugli artt. 1221 e 1227 c.c., Carbone, in Ruperto, *La giurisprudenza sul codice civile,* Milano, 2012, 497 ss., 591 ss.; Valcavi, *Alcuni appunti in materia di rischio, di incidenza della mora e di* perpetuatio obligationis, in *Quadrimestre*, 1993, 57; Pucella, *Colpa e rischio del caso fortuito*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, II, 341; Rossello, *Cooperazione del creditore all'adempimento, doveri di correttezza e rischio contrattuale*, in *Giur. it.* 1982, I, 2, 373.

(41) Faccioli, *Il concorso di colpa del danneggiato secondo l'art. 1227 c.c.*, in *Studium iuris*, 2010, 647; Grisi, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, in *Contratti*, 2010, 617; Cafiero, *Riduzione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c. e contestuale deroga all'obbligo contributivo*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, 1042; Di Paola, *Concorso di colpa del danneggiato*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, vol. III, 530; Villa, *Il danno prevedibile e l'inadempimento doloso*, in Roppo, *Trattato del Contratto*, Milano 2006, vol. V, 916; Rossello, *Concorso del fatto colposo del debitore*, in Visintini, *Trattato della responsabilità contrattuale*, III, Padova, 2009, 409 ss.; Carbone, *Sono evitabili i danni che richiedono notevoli rischi o l'esborso di spese?*, nota a Cass., sez. III, 29 settembre 1999, n. 10763, in questa *Rivista*, 1999, 118.

(42) Sull'utilizzazione del 1227 anche nel processo amministrativo, cfr. la citata decisione del Cons. Stato, ad. plen. n. 3/2011, in *Corr. giur.*, 2011, 979, con nota di Scoca.

Il punto rilevante è che il concetto di limitazione del *quantum* risarcibile non si fonda più solo sul "danno indiretto", ma anche sul "danno evitabile" che si riallaccia al concetto di "conseguenze necessarie del fatto lesivo", cioè su un rapporto di necessità tra il fatto dannoso e le conseguenze patrimoniali da risarcire. L'uso del verbo al condizionale vuole appunto significare che il danno c'è e spesso è anche un danno immediato e diretto, risarcibile come tale *ex* art. 1223 c.c., ma che l'ordinamento lo esclude dal risarcimento, dando rilievo non a fattori causali, poiché il danno si è già verificato, ma a fattori, ipotetici (43) che influiscono sulle situazioni patrimoniali che si stavano verificando, di modo che il giudizio ipotetico di differenza tra la situazione (ideale), quale sarebbe stata senza il verificarsi del fatto dannoso, e quella effettiva (dannosa) - differenza che si determina al momento della decisione giudiziale - debba tener conto anche di questi mutamenti ove non si voglia tramutare in arricchimento il risarcimento dovuto al danneggiato.
Queste riflessioni richiamano l'insegnamento di Betti (44) secondo cui l'attività interpretativa di un "testo" normativo necessita di tener conto dell'evoluzione anche sociale ed economica del mutato "contesto" (45): «il giurista non si può arrestare al senso originario della norma, ma deve fare un passo avanti, perché la norma, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale ed è destinata a passare e a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire». Ed ancora, il diritto «non è qualcosa di bello e fatto, né un organismo che si sviluppa da sé per mera legge naturale», «è qualcosa che non è ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato proprio per l'opera assidua d'interpretazione».

Note:

(43) In Germania il problema è esaminato sotto il profilo della causalità ipotetica successiva o *überholenden Kausalität*, Von Caemmerer, *Das Problem des überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, Karlsruhe, 1962. Trimarchi, *Condizione* sine qua non*, causalità alternativa ipotetica e danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1431, osserva che l'ipotetico perimento del bene i va posta non sul piano causale ma su quello del danno, nel senso di escludere un danno risarcibile ogni volta che si riesca a provare che il danno, sia pure in base ad un giudizio ipotetico, si sarebbe ugualmente verificato (il legislatore non ha indicato il momento rilevante per la determinazione giudiziale del danno e la giurisprudenza lo identifica, con quello della pronuncia).

(44) Emilio Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 17, 34.

(45) Irti, *Testo e contesto*, Padova, 1996; Id., *Norme e fatti*, Milano, 1984.

LIBRI

Orientamenti dell'Osservatorio sul diritto societario

Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato

L'Opera raccoglie gli orientamenti elaborati dall'Osservatorio Societario, promosso dal Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato.
Gli orientamenti hanno assunto, e poi accentuato nel passare degli anni, il valore di **prassi interpretative** e svolgono nel diritto vivente e nella concreta esperienza degli operatori un ruolo che rappresenta qualcosa di più di una semplice guida offerta ai singoli notai.
Questa prassi uniforme, infatti, si afferma come **diritto concretamente applicato**, ponendosi nel sistema delle fonti – in sinergia con l'interpretazione giudiziale – quale sede privilegiata dell'interpretazione **del diritto societario contemporaneo**.

Il volume costituisce uno strumento di grande utilità pratica per tutti gli operatori del diritto che si occupano della materia societaria.

Ipsoa 2012, 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://ipshop.ipsoa.it***

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

COMMENTATO

LA "SEMPLIFICAZIONE" DEI RITI e le altre riforme processuali 2010-2011

Diretto da: Claudio Consolo

Autori: G. Balena, G. Casarotto, A. Chizzini, C. Consolo, M. De Cristofaro, B. Gambineri, S. Giovannini, C. Glendi, P.P. Lanni, M. Marinelli, G. Mauro Pellegrini, M. Montanari, F. Murino, I. Pagni, A. Pasqualin, L. Penasa, M. Pilloni, A. Piraino, P. Porreca, A.A. Romano, A. Scala, S. Turatto, A. Villa, P. Widmann

Il volume, diretto dal Prof. Claudio Consolo e frutto della collaborazione ed esperienza di 25 professionisti del diritto (professori, avvocati, magistrati e ricercatori), propone:

- il commento, articolo per articolo, al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, sulla **riduzione** e **semplificazione** dei **procedimenti civili**;
- il commento alla l. 12 novembre 2011, n. 183, in tema di **posta elettronica certificata**, **riduzione** e **accelerazione** del **contenzioso** pendente davanti alle Corti d'appello e alla Corte di cassazione e **spese di giustizia**;
- il commento al d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, conv. in l. 17 febbraio 2012, n. 10, in tema di **patrocinio obbligatorio**, **spese di giustizia** e **richiesta dell'inventario**;
- il commento alla l. 29 dicembre 2011, n. 218, in tema di **riduzione dei termini di comparizione e di costituzione in giudizio** in caso di **opposizione a decreto ingiuntivo**.

Completa l'Opera un dettagliato **indice analitico-alfabetico**, che ne agevola la consultazione.

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

☐ (00133535) Sì, desidero acquistare il volume **Codice di procedura civile - La "semplificazione" dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011**, I ed., pagg. 576 a **€ 60,00**.

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____

Via _____ CAP _____

Città _____

Tel. _____ Fax _____

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

Partita IVA _____ C.F. _____

❑ (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.

Y69DT LE

Trattamento dei dati personali e archivi storici accessibili in Internet

Notizia vera, difetto di attualità, diritto all'oblio

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525 - Pres. Spirito - Est. Scarano - P.M. Russo (concl. diff.) - M.T. c. RCS Quotidiani s.p.a. e Autorità Garante Protezione Dati Personali

Anche in caso di memorizzazione in Internet, deve riconoscersi, al soggetto cui pertengono i dati personali oggetto di trattamento, il diritto all'oblio come controllo a tutela della propria immagine sociale, idoneo a tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento dei medesimi e, se del caso (avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e al'interesse che la sottende), alla relativa cancellazione.

In ipotesi di trasferimento, *ex* art. 11, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 196 del 2003, di notizia già di cronaca in un archivio fruibile via Internet, il titolare di detto archivio è tenuto ad osservare i criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza dell'informazione, nonché a garantire la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia a tutela dell'identità personale del soggetto cui i dati pertengono e a salvaguardia del diritto degli utenti a ricevere una completa e corretta informazione. Pertanto, lo stesso deve predisporre un sistema idoneo a segnalare, nel documento contenente la notizia (a corpo o a margine), la sussistenza dell'eventuale seguito o sviluppo, e quale esso sia stato, giusta modalità operative stabilite, in mancanza di accordo tra le parti, dal giudice di merito.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti conformi.
Difforme	Nella giurisprudenza italiana non si registrano precedenti, ma numerose sono le decisioni del Garante per la Protezione dei Dati Personali che trattano la questione in modo difforme rispetto alla sentenza in epigrafe. Tra le altre, Garante per la Protezione dei Dati Personali, decisione 10 novembre 2004, doc. web n. 1116068; decisione 2 ottobre 2008, doc. web n. 1557445; decisione 12 febbraio 2009, doc. web 1601624; decisione 22 maggio 2009, doc. web n. 1635938; decisione 28 maggio 2009, doc. web n. 1535910; decisione 18 febbraio 2010 doc. web n. 1706475; decisione dell'11 dicembre 2008, doc. web n. 1582866, decisione 11 dicembre 2008, doc. web n. 1583162; decisione 19 dicembre 2008, doc. web n. 1583152; decisione 25 giugno 2009, doc. web n. 1635966; decisione 15 gennaio 2009, doc. web n. 1589209; e decisione 8 aprile 2009, doc. web n. 1617673; tutte reperibili sul sito www.garanteprivacy.it.

Svolgimento del processo

Con sentenza del 6 aprile 2010 il Tribunale di Milano respingeva l'opposizione proposta dal sig. M.T. nei confronti del provvedimento del Garante per la protezione dei beni personali di rigetto dell'istanza di "blocco dei dati personali che lo riguardavano contenuti nell'articolo intitolato Arrestato per corruzione M.T., psi ex presidente della municipalizzata di Seregno pubblicato sul (*omissis*) del (*omissis*)", ora "consultabile nell'archivio storico del (*omissis*), anche in versione informatica, mediante accesso al sito (*omissis*)", in ordine al quale aveva chiesto la "rimozione dei dati giudiziari".

Avverso la suindicata pronunzia ai sensi dell'art. 152, comma 13, D.Lgs. n. 196 del 2003, il M. propone ora ricorso per cassazione, affidato ad unico complesso motivo, illustrato da memoria.

Resistono con separati controricorsi il Garante per la protezione dei beni personali e la società Rcs Quotidiani s.p.a., che hanno entrambi presentato anche memoria.

Con unico complesso motivo il ricorrente denunzia violazione degli artt. 2, 7, 11, 99, 102, 150 e 152, D.Lgs. n. 196 del 2003, artt. 3, 5, 7 del Codice di deontologia e buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi storici (G.U. n. 50 del 5 aprile 2001), in riferimento all'art. 360 comma 1, n. 3 c.p.c.; nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia, in riferimento all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

Si duole che il giudice abbia rigettato la domanda di "spostamento di un articolo pubblicato molti anni prima in un'area di un sito web non indicizzabile dai motori di ricerca", erroneamente argomentando dai rilievi che

"l'articolo di cui si discute non può essere tecnicamente inteso come una nuova pubblicazione" e che "la ricerca effettuata attraverso i comuni motori - non direttamente legata all'articolo del (*omissis*) - da, in realtà, contezza degli esiti processualmente favorevoli".
Lamenta che l'articolo in questione "non reca, in sé, la notizia - distinta e successiva - che l'inchiesta giudiziaria che aveva condotto all'arresto del ricorrente si sia poi conclusa con il proscioglimento del medesimo, sicché, ancora oggi, il sig. M. è soggetto allo stigma derivante dalla continua riproposizione di una notizia che, al momento della sua pubblicazione era senz'altro vera ed attuale, ma che oggi, a distanza di un così grande lasso di tempo ed in ragione delle sopravvenute vicende favorevoli, getta un intollerabile alone di discredito sulla persona del ricorrente, vittima di una vera e propria gogna mediatica".
Si duole che, movendo dalla considerazione che "l'inserimento di una sorta di sequel nell'articolo contenuto in archivio... farebbe venir meno il valore di documento del testo stesso, vanificandone così la funzione storico-documentaristica", il giudice di merito non abbia considerato che relativamente ad un "trattamento svolto per finalità storico-archivistiche, normate all'art. 97 e ss. del medesimo T.U." ai sensi dell'art. 7 l'interessato ha diritto all'aggiornamento, alla rettificazione ovvero alla integrazione dei dati che lo riguardano.
Lamenta che, escludendo la sussistenza di "una normativa" quand'anche di "rango secondario ponente in capo all'editore un onere di aggiornamento degli articoli in archivio", il giudice è erroneamente pervenuto a rigettare anche la domanda di "integrazione dell'articolo in questione con le notizie inerenti gli sviluppi successivi della vicenda narrata, con apposite modalità tecniche, anche non modificative della struttura originaria dello scritto", ritenendo inconfigurabile un suo interesse al riguardo.
Il motivo è fondato e va accolto nei termini di seguito indicati.
Atteso che ogni libertà civile trova il proprio limite nell'altrui libertà e nell'interesse pubblico idoneo a fondare l'eventuale sacrificio dell'interesse del singolo, deve anzitutto osservarsi che la tutela del diritto alla riservatezza va contemperata in particolare con il diritto di ed alla informazione, nonché con i diritti di cronaca, di critica, di satira e di caricatura, questi ultimi trovanti a loro volta limite nel diritto all'identità personale o morale del soggetto cui l'informazione si riferisce.
Il diritto alla riservatezza, che tutela il soggetto dalla curiosità pubblica (in ciò distinguendosi dal diritto al segreto, il quale protegge dalla curiosità privata) essendo volto a tutelare l'esigenza che quand'anche rispondenti a verità i fatti della vita privata non vengano divulgati, sin dall'emanazione della l. n. 675 del 1996 (poi abrogata e sostituita dal D.Lgs. n. 196 del 2003) ha visto ampliarsi il proprio contenuto venendo a compendiarsi anche del diritto alla protezione dei dati personali (cfr. Cass., 24 aprile 2008, n. 10690), il cui trattamento è soggetto a particolari condizioni (cfr. Cass. 25 maggio 2000, n. 6877).
Con il D.Lgs. n. 196 del 2003, il legislatore ha introdotto un sistema informato al prioritario rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e della dignità della persona, e in particolare della riservatezza e del diritto alla protezione dei dati personali nonché dell'identità personale o morale del soggetto (art. 2, D.Lgs. n. 196 del 2003).
In tale quadro, imprescindibile rilievo assume il bilanciamento tra contrapposti diritti e libertà fondamentali, dovendo al riguardo tenersi conto del rango di diritto fondamentale assunto dal diritto alla protezione dei dati personali, tutelato agli artt. 21 e 2 Cost., nonché all'art. 8 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., quale diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni che, spettando a "chiunque" (art. 1, D.Lgs. n. 196 del 2003) e ad "ogni persona" (art. 8 Carta), nei diversi contesti ed ambienti di vita, "concorre a delineare l'assetto di una società rispettosa dell'altro e della sua dignità in condizioni di eguaglianza" (così Cass. 4 gennaio 2011, n. 186).
Il D.Lgs. n. 196 del 2003, ha pertanto sancito il passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica della tutela della riservatezza, tesa al controllo dell'utilizzo e del destino dei dati.
L'interessato è divenuto compartecipe nell'utilizzazione dei propri dati personali.
I dati personali oggetto di trattamento debbono essere: a) trattati in modo lecito e secondo correttezza; b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; c) esatti e, se necessario, aggiornati; d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.
La liceità del trattamento trova fondamento anche nella finalità del medesimo, quest'ultima costituendo un vero e proprio limite intrinseco del trattamento lecito dei dati personali, che fonda l'attribuzione all'interessato del potere di relativo controllo (tanto con riferimento alle finalità originarie che ai successivi impieghi), con facoltà di orientarne la selezione, la conservazione e l'utilizzazione.
L'interessato ha diritto a che l'informazione oggetto di trattamento risponda ai criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza allo scopo, esattezza e coerenza con la sua attuale ed effettiva identità personale o morale (c.d. principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza) (art. 11, D.Lgs. n. 196 del 2003). Gli è pertanto attribuito il diritto di conoscere in ogni momento chi possiede i suoi dati personali e come li adopera, nonché di opporsi al trattamento dei medesimi, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta, ovvero di ingerirsi al riguardo, chiedendone la cancellazione, la trasformazione, il blocco, ovvero la rettificazione, l'aggiornamento, l'integrazione (art. 7, D.Lgs. n. 196 del 2003).
Al di là delle specifiche fonti normative, è in ogni caso il principio di correttezza (quale generale principio di solidarietà sociale - che trova applicazione anche in tema di responsabilità extracontrattuale - in base al quale il soggetto è tenuto a mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, nonché volto alla salvaguar-

dia dell'utilità altrui - nei limiti dell'apprezzabile sacrificio -, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi: cfr. Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315; Cass. 30 ottobre 2007, n. 22860; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056. Da ultimo cfr. Cass. 27 aprile 2011, n. 9404; Cass. 19 agosto 2011, n. 17685) a fondare in termini generali l'esigenza del bilanciamento in concreto degli interessi, e, conseguentemente, il diritto dell'interessato ad opporsi al trattamento, quand'anche lecito, dei propri dati.
Se l'interesse pubblico sotteso al diritto all'informazione (art. 21 Cost.) costituisce un limite al diritto fondamentale alla riservatezza (artt. 21 e 2 Cost.), al soggetto cui i dati pertengono è correlativamente attribuito il diritto all'oblio (v. Cass. 9 aprile 1998, n. 3679), e cioè a che non vengano ulteriormente divulgate notizie che per il trascorrere del tempo risultino ormai dimenticate o ignote alla generalità dei consociati.
Atteso che il trattamento dei dati personali può avere ad oggetto anche dati pubblici o pubblicati (v. Cass. 25 giugno 2004, n. 11864), il diritto all'oblio salvaguarda in realtà la proiezione sociale dell'identità personale, l'esigenza del soggetto di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni (potenzialmente) lesive in ragione della perdita (stante il lasso di tempo intercorso dall'accadimento del fatto che costituisce l'oggetto) di attualità delle stesse, sicché il relativo trattamento viene a risultare non più giustificato ed anzi suscettibile di ostacolare il soggetto nell'esplicazione e nel godimento della propria personalità.
Il soggetto cui l'informazione oggetto di trattamento si riferisce ha in particolare diritto al rispetto della propria identità personale o morale, a non vedere cioè "travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale" (v. Cass. 22 giugno 1985, n. 7769), e pertanto alla verità della propria immagine nel momento storico attuale.
Rispetto all'interesse del soggetto a non vedere ulteriormente divulgate notizie di cronaca che lo riguardano si pone peraltro l'ipotesi che sussista o subentri l'interesse pubblico alla relativa conoscenza o divulgazione per particolari esigenze di carattere storico, didattico, culturale o più in generale deponenti per il persistente interesse sociale riguardo ad esse.
Un fatto di cronaca può, a tale stregua, assumere rilevanza quale fatto storico, il che può giustificare la permanenza del dato mediante la conservazione in archivi altri e diversi (es., archivio storico) da quello in cui esso è stato originariamente collocato.
Ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 196 del 2003, i dati raccolti e trattati per una determinata finalità possono essere in effetti successivamente utilizzati per altri scopi, con la prima compatibili.
Anche in tale ipotesi essi debbono essere peraltro trattati in modo lecito e secondo correttezza (art. 11, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 196 del 2003) nonché conservati in forma che consenta l'identificazione del soggetto cui gli stessi pertengono per un periodo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti e trattati (art. 11, comma 1 lett. e), D.Lgs. n. 196 del 2003).
Atteso che come sopra indicato il principio di finalità costituisce un vero e proprio limite intrinseco del trattamento lecito dei dati personali, emerge allora la necessità, a salvaguardia dell'attuale identità sociale del soggetto cui la stessa afferisce, di garantire al medesimo la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca che lo riguarda, e cioè il collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate concernenti l'evoluzione della vicenda, che possano completare o financo radicalmente mutare il quadro evincentesi dalla notizia originaria, a fortiori se trattasi di fatti oggetto di vicenda giudiziaria, che costituisce anzi emblematico e paradigmatico esempio al riguardo.
Si pone peraltro in proposito la questione di delineare il *quomodo* della tutela, le modalità di relativa attuazione.
Va al riguardo altresì considerato che la notizia, sia essa collocata o meno in un archivio, può da soggetto che effettua il trattamento essere memorizzata anche nella rete internet.
Deve allora prodromicamente distinguersi tra archivio e memoria della rete internet.
Mentre l'archivio si caratterizza per essere ordinato secondo criteri determinati, con informazioni intercorrelate volte ad agevolarne l'accesso e a consentirne la consultazione, la rete internet costituisce in realtà un ente ove le informazioni non sono archiviate ma solo memorizzate.
Esso è dotato di una memoria illimitata e senza tempo, emblematico essendo al riguardo il comune riferimento al "mare di internet", all'"oceano di memoria" in cui gli internauti "navigano".
La memoria della rete internet non è un archivio, ma un deposito di archivi.
Nella rete internet le informazioni non sono in realtà organizzate e strutturate, ma risultano isolate, poste tutte al medesimo livello ("appiattite"), senza una valutazione del relativo peso, e prive di contestualizzazione, prive di collegamento con altre informazioni pubblicate (come segnalato anche in dottrina, lo stesso *pagerank* indica quando una pagina è collegata da link, non a quali informazioni essa debba essere correlata, né fornisce alcun dato sulla qualità dell'informazione).
Si pone allora l'esigenza di attribuzione della fonte dell'informazione ad un soggetto, della relativa affidabilità, della qualità e della correttezza dell'informazione.
Al riguardo, a parte il rilievo che come osservato anche in dottrina sul piano pratico la pur possibile attività di cancellazione può essere ad esempio chiesta al motore di ricerca Google la rimozione di una pagina ((*omissis*)) o di un intero URL ((*omissis*)) non è comunemente posta in essere, non può invero nemmeno prescindersi dalla considerazione della circostanza della sussistenza di siti che memorizzano i dati scomparsi da altri siti (come, ad es., (*omissis*), il quale presta un servizio denominato *Way back machine*).

Gli archivi sono dunque quelli dei singoli utenti che accedono alla rete, dei titolari dei siti, che costituiscono invero la fonte dell'informazione (c.d. siti sorgente).
Il motore di ricerca è infatti un mero intermediario telematico, che offre un sistema automatico di reperimento di dati e informazioni attraverso parole chiave, un mero database che indicizza i testi sulla rete e offre agli utenti un accesso per la relativa consultazione.
Esso è un mero fornitore del servizio di fruizione della rete, limitandosi a rendere accessibili sul sito web i dati dei c.d. siti sorgente, assolvendo ad un'attività di mero trasporto delle informazioni (ad eccezione dell'ipotesi in cui compia un'attività di trasformazione delle medesime, a tale stregua divenendone anch'esso produttore diretto, con conseguente assoggettamento a responsabilità in caso di illecito *ex* art. 14 e ss. D.Lgs. n. 70 del 2003, fonte di recepimento della Direttiva 2000/31/CE).
In particolare, come posto in rilievo nella giurisprudenza di merito Google è notoriamente un motore di ricerca, che si limita a offrire ospitalità sui propri server a siti internet gestiti dai relativi titolari in piena autonomia, i quali negli stessi immettono e memorizzano le informazioni oggetto di trattamento (cfr. Trib. Milano, 24 marzo 2011).
Al riguardo il motore di ricerca non svolge dunque un ruolo attivo (avendo peraltro il potere-dovere di impedirne la indicizzazione ed il posizionamento una volta venuto a conoscenza del contenuto illecito delle medesime contenute nei siti sorgente).
Il trascorrere del tempo assume d'altro canto rilievo con riferimento sia agli archivi del soggetto che accede alla rete internet sia alla memoria di quest'ultima.
Decisivo si appalesa al riguardo l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, sia essa di cronaca o storica.
A fronte dell'esigenza di garantire e mantenere la memoria dell'informazione si pone infatti, come detto, il diritto all'oblio del soggetto cui l'informazione si riferisce.
Se del dato è consentita la conservazione per finalità anche diversa da quella che ne ha originariamente giustificato il trattamento, con passaggio da un archivio ad un altro, nonché ammessa la memorizzazione (anche) nella rete di internet (es., pubblicazione *on line* degli archivi storici dei giornali), per altro verso al soggetto cui esso pertiene spetta un diritto di controllo a tutela della proiezione dinamica dei propri dati e della propria immagine sociale, che può tradursi, anche quando trattasi di notizia vera - e a fortiori se di cronaca - nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento della notizia, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, financo alla relativa cancellazione.
Ai fini della lecita a corretta utilizzazione dei dati è dunque anche in tal caso necessario che sussista una stretta correlazione temporale tra l'identificabilità del titolare dei dati e la finalità del relativo trattamento.
La finalità del trattamento condiziona la persistente identificabilità del soggetto titolare dei dati ma è a sua volta normativamente astretta dai rigorosi limiti temporali per i quali è giustificata ("per un periodo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati": art. 11, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 196 del 2003).
Al riguardo, con riferimento alla rete internet non si pone allora - diversamente da quanto affermato nell'impugnata sentenza - un problema di pubblicazione o di ripubblicazione dell'informazione, quanto bensì di permanenza della medesima nella memoria della rete internet e, a monte, nell'archivio del titolare del sito sorgente.
Se il passaggio dei dati all'archivio storico è senz'altro ammissibile, ai fini della liceità e correttezza del relativo trattamento e della relativa diffusione a mezzo della rete internet è indefettibilmente necessario che l'informazione e il dato trattato risultino debitamente integrati e aggiornati.
Anche in tal caso i dati debbono risultare "esatti" e "aggiornati", in relazione alla finalità del loro trattamento.
A fortiori in caso di relativo inserimento in un archivio storico che come nella specie venga memorizzato pure nella rete di internet la notizia non può continuare a risultare isolatamente trattata e non contestualizzata in relazione ai successivi sviluppi della medesima.
Ciò al fine di tutelare e rispettare la proiezione sociale dell'identità personale del soggetto, che come nel caso - giusta quanto posto in rilievo dal giudice del merito nell'impugnata sentenza (v. oltre) - costituisce invero proprio o essenzialmente lo scopo che fonda l'interesse pubblico, a sua volta a base della finalità del trattamento, alla persistente conoscenza della notizia.
Se pertanto come nella specie l'interesse pubblico alla persistente conoscenza di un fatto avvenuto in epoca (di molto) anteriore trova giustificazione nell'attività (nel caso, politica) svolta dal soggetto titolare dei dati, e tale vicenda ha registrato una successiva evoluzione, dalla informazione in ordine a quest'ultima non può invero prescindersi, giacché altrimenti la notizia, originariamente compieta e vera, diviene non aggiornata, risultando quindi parziale e non esatta, e pertanto sostanzialmente non vera.
Se vera, esatta ed aggiornata essa era al momento del relativo trattamento quale notizia di cronaca, e come tale ha costituito oggetto di trattamento, il suo successivo spostamento in altro archivio di diverso scopo (nel caso, archivio storico) con memorizzazione anche nella rete internet deve essere allora realizzato con modalità tali da consentire alla medesima di continuare a mantenere i suindicati caratteri di verità ed esattezza, e conseguentemente di liceità e correttezza, mediante il relativo aggiornamento e contestualizzazione.
Solo in tal modo essa risulta infatti non violativa sia del diritto all'identità personale o morale del titolare, nella sua proiezione sociale, del dato oggetto di informazione e di trattamento, sia dello stesso diritto del cittadino utente a ricevere una completa e corretta informazione.
Anche laddove come nella specie non si ponga una questione di tutela contro la diffamazione o di protezione dell'immagine o dell'onore, sussiste allora in ogni caso l'esigenza di salvaguardare il diritto del soggetto al riconoscimento e godimento della propria attuale identità personale o morale.

Orbene, è il titolare del sito (nel caso, la controricorrente società Rcs Quotidiani s.p.a.), e non già il motore di ricerca (nel caso, Google), a dover provvedere al raggiungimento del suindicato obiettivo.
Senz'altro infondati sono allora l'assunto della società Rcs Quotidiani s.p.a. secondo cui la domanda "rivolta ai convenuti in tal senso è... palesemente mal indirizzata" e l'affermazione contenuta nell'impugnata sentenza che "la domanda non pare correttamente posta sotto il profilo soggettivo, non avendo parte ricorrente provveduto a citare quale legittimato passivo la società di gestione del motore di ricerca", e pertanto nella specie Google il giudice del merito ha al riguardo poi concluso che "peraltro, l'infondatezza nel merito di tale argomentazione (oltre che l'assenza di qualsivoglia richiesta in tal senso ad opera dei contraddittori) induceva il giudicante a ritenere il profilo processuale evidenziato assorbito".
All'interessato odierno resistente va dunque riconosciuto il diritto di ottenere l'integrazione ovvero l'aggiornamento della notizia in argomento a lui relativa (art. 7, comma 3, D.Lgs. n. 196 del 2003) (cfr. Cass., sez. un. penali, 22 settembre 2011, n. 34476).
Così come la rettifica è finalizzata a restaurare l'ordine del sistema informativo alterato dalla notizia non vera (che non produce nessuna nuova informazione), del pari l'integrazione e l'aggiornamento sono invero volti a ripristinare l'ordine del sistema alterato dalla notizia (storicamente o altrimenti) parziale.
L'aggiornamento ha in particolare riguardo all'inserimento di notizie successive o nuove rispetto a quelle esistenti al momento iniziale del trattamento, ed è volto a ripristinare la completezza e pertanto la verità della notizia, non più tale in ragione dell'evoluzione nel tempo della vicenda.
Orbene, atteso che non ricorrendo un'ipotesi di diffamazione o lesione dell'onore e della reputazione non viene nel caso in rilievo il rimedio della rettifica; e considerato per altro verso che, stante la sussistenza di persistente interesse pubblico alla conoscenza della ormai "storica" notizia in argomento ravvisata (diversamente da quanto sostenuto dall'odierno ricorrente) dal giudice di merito in considerazione della circostanza dell'essere l'odierno ricorrente "un possibile candidato politico in una delle ultime tornate elettorali" nonché "uno dei candidati in pectore per cariche, seppur non politiche, di rilievo pubblico", se non appare ammissibile farsi luogo al prospettato spostamento della notizia di cronaca di cui trattasi in area non indicizzabile dai motori di ricerca, all'odierno ricorrente (che ha rinunziato all'originaria pretesa di blocco dei dati personali che lo riguardano) deve per converso senz'altro riconoscersi il diritto, a tutela della sua attuale identità personale o morale, al pure domandato (tempestivamente ed idoneamente in sede di ricorso introduttivo del giudizio avanti al Tribunale di Milano, non risultando d'altro canto dagli odierni controricorrenti nemmeno proposto ricorso incidentale con denunzia di errar in procedendo *ex* art. 112 c.p.c., in riferimento all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.) aggiornamento della notizia di cronaca de qua (pacificamente superato essendo d'altro canto rimasto l'originario improprio riferimento operato dal ricorrente ai "dati giudiziarii").
Appare al riguardo invero necessaria una misura che consenta l'effettiva fruizione della notizia aggiornata, non potendo (diversamente da quanto affermato dal Garante nella memoria) considerarsi in proposito sufficiente la mera generica possibilità di rinvenire all'interno del "mare di internet" ulteriori notizie concernenti il caso di specie, ma richiedendosi la predisposizione di sistema idoneo a segnalare (nel corpo o a margine) la sussistenza nel caso di un seguito e di uno sviluppo della notizia, e quale esso sia, consentendone il rapido ed agevole accesso ai fini del relativo adeguato approfondimento.
In caso di disaccordo tra le parti, spetta allora al giudice del merito individuare ed indicare le modalità da adottarsi in concreto per il conseguimento delle indicate finalità da parte del titolare dell'archivio e del sito web, salva ed impregiudicata l'eventuale necessità per il medesimo di rivolgersi al gestore del motore di ricerca al fine di porre in essere le procedure tecnico-amministrative per la relativa attuazione su quest'ultimo.
Orbene, i suindicati principi risultano invero non osservati nell'impugnata sentenza.
In particolare là dove il giudice di merito afferma che "l'articolo di stampa in oggetto è pacificamente privo di carattere diffamatorio; le notizie potenzialmente lesive pubblicate risultano infatti scriminate, poiché costituiscono concreto esercizio del diritto di cronaca giudiziaria e di critica politica" sicché "ne discende quale ineludibile corollario che l'inserimento del detto articolo storico del (*omissis*) è del tutto lecito", non potendo "essere correttamente vantato il diritto all'oblio da parte del ricorrente" in quanto "nel caso di specie non si tratta di una nuova ed ulteriore veicolazione della vecchia notizia, ma del medesimo articolo, esaminabile, non già perché nuovamente ripubblicato ovvero citato in un diverso articolo di stampa pubblicato su un numero corrente del (*omissis*), ma solo attraverso l'accesso all'archivio del giornale, quale componente dell'archivio stesso".
Ancora, allorquando esso rileva "l'intrinseca contraddittorietà logica sussistente tra la richiesta applicazione del diritto ad essere dimenticato e l'ineludibile funzione - espressione della stessa ragione d'essere di una emeroteca - di offrire memoria storica delle vicende salienti di un'epoca, attraverso documenti redatti esercitando il diritto di cronaca giornalistica, non comprimibile, se non nei limiti di legge". Ritiene non sostenibile "che ad ogni accesso ad un archivio storico corrisponda una nuova pubblicazione a mezzo stampa della notizia... non potendosi far discendere dalle concrete modalità di accesso alla fonte storica una differente autonoma valenza della stessa". Sottolinea che la "medesima difesa stigmatizzava inoltre che, digitando il nome del proprio assistito su Google, sulla schermata usciva in prima posizione proprio l'articolo censurato, privo di indicazioni sui favorevoli sviluppi della vicenda giudiziaria che lo aveva colpito". Esclude che dal "mancato aggiornamento" delle notizie a suo tempo pubblicate possa all'interessato derivare l'"ingiustificata lesione all'onore e alla reputazione".

Osserva che "non potrebbe apportarsi l'aggiornamento richiesto mediante l'inserimento di una sorta di sequel nell'articolo contenuto in archivio" in quanto "l'alterazione del testo farebbe venir meno il valore di documento del testo stesso, vanificandone così la funzione storico-documentaristica". Afferma non sussistere "alcuna fonte normativa fondante in capo all'autore - ovvero all'editore - un onere di aggiornamento delle notizie negative pubblicate a carico di un determinato soggetto, nemmeno per quanto specificamente riguarda le notizie di cronaca giudiziaria". Sostiene che la "richiesta di condannare parte resistente all'inserimento di un banner, sorta di bandierina che richiami a lato dell'articolo d'archivio un diverso documento da cui emerga l'esito positivo dei processi celebrati a carico del M. ... è una richiesta che dovrebbe eventualmente essere rivolta non a parte resistente, ma alla società responsabile del motore di ricerca, cui competono la scelta e l'eventuale modifica dei criteri di risposta alle stringhe di ricerca digitale dall'utente". Perviene ad escludere la configurabilità in capo al M. dell'"invocato diritto all'oblio", essendo il medesimo "soggetto che svolge attività di rilievo pubblico, contiguo ad ambienti politico imprenditoriale, tanto da risultare provato per sua espressa ammissione in sede di udienza di essere stato indicato quale possibile candidato politico in una delle ultime tornate elettorali", nonché "uno dei candidati in pectore per cariche, seppur non politiche di rilievo pubblico", nella ravvisata sussistenza di "un persistente interesse pubblico all'apprendimento di notizie relative alla storia personale, anche giudiziaria, dell'interessato".

Dell'impugnata sentenza s'impone pertanto la cassazione, con rinvio al Tribunale di Milano che, in diversa composizione, procederà a nuovo esame, facendo applicazione dei seguenti principi:

– Il sistema introdotto con il D.Lgs. n. 196 del 2003, informato al prioritario rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e della dignità della persona (e in particolare della riservatezza e del diritto alla protezione dei dati personali nonché dell'identità personale o morale del soggetto cui gli stessi pertengono), è caratterizzato dalla necessaria rispondenza del trattamento dei dati personali a criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza allo scopo (quest'ultimo costituendo un vero e proprio limite intrinseco del trattamento lecito dei dati personali), che trova riscontro nella compartecipazione dell'interessato nell'utilizzazione dei propri dati personali, a quest'ultimo spettando il diritto di conoscere in ogni momento chi possiede i suoi dati personali e come li adopera, nonché di opporsi al trattamento dei medesimi, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta, ovvero di ingerirsi al riguardo, chiedendone la cancellazione, la trasformazione, il blocco, ovvero la rettificazione, l'aggiornamento, l'integrazione (art. 7, D.Lgs. n. 196 del 2003), a tutela della proiezione dinamica dei propri dati personali e del rispetto della propria attuale identità personale o morale.

– Anche in caso di memorizzazione nella rete internet, mero deposito di archivi dei singoli utenti che accedono alla rete e cioè dei titolari dei siti costituenti la fonte dell'informazione (c.d. siti sorgente), deve riconoscersi al soggetto cui pertengono i dati personali oggetto di trattamento ivi contenuti il diritto all'oblio, e cioè al relativo controllo a tutela della propria immagine sociale, che anche quando trattasi di notizia vera, e a fortiori se di cronaca, può tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento dei medesimi, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell'archivio e all'interesse che la sottende, financo alla relativa cancellazione.

– In ipotesi, come nella specie, di trasferimento *ex* art. 11, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 196 del 2003, di notizia già di cronaca (nel caso, relativa a vicenda giudiziaria di personaggio politico) nel proprio archivio storico, il titolare dell'organo di informazione (nel caso, la società Rcs Quotidiani s.p.a.) che avvalendosi di un motore di ricerca (nel caso, Google) memorizza la medesima anche nella rete internet è tenuto ad osservare i criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza dell'informazione, avuto riguardo alla finalità che ne consente il lecito trattamento, nonché a garantire la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca oggetto di informazione e di trattamento, a tutela del diritto del soggetto cui i dati pertengono alla propria identità personale o morale nella sua proiezione sociale, nonché a salvaguardia del diritto del cittadino utente di ricevere una completa e corretta informazione, non essendo al riguardo sufficiente la mera generica possibilità di rinvenire all'interno del "mare di internet" ulteriori notizie concernenti il caso di specie, ma richiedendosi, atteso il ravvisato persistente interesse pubblico alla conoscenza della notizia in argomento, la predisposizione di sistema idoneo a segnalare (nel corpo o a margine) la sussistenza di un seguito e di uno sviluppo della notizia, e quale esso sia stato (nel caso, dei termini della intervenuta relativa definizione in via giudiziaria), consentendone il rapido ed agevole accesso da parte degli utenti ai fini del relativo adeguato approfondimento, giusta modalità operative stabilite, in mancanza di accordo tra le parti, dal giudice di merito.

Il giudice del rinvio provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Francesco Di Ciommo e Roberto Pardolesi

A una *query* impostata sul nome e cognome del richiedente il motore di ricerca fornisce, a mo' di prima risposta, la notizia (vera, per il tempo cui si riferiva, ossia vent'anni addietro) dell'arresto del richiedente. Nessun accenno alle vicende successive, culminate nel proscioglimento dell'interessato. La Corte di legittimità, invocando il diritto all'oblio (*rectius*, il diritto a ripristinare la completezza della notizia mercé aggiornamenti e integrazioni dell'originale), impone ai gestori di archivi storici l'obbligo di predisporre un sistema idoneo a segnalare la sussistenza di seguiti e sviluppi della notizia.

Con la sentenza in epigrafe la III sezione civile della Corte di cassazione affronta il tema del difficile equilibrio tra diritti della personalità, libertà di espressione e diritto alla informazione in Internet. Nel caso di specie, più in particolare, il ricorrente lamenta la lesione del suo diritto all'oblio, o comunque del suo diritto all'identità personale, dovuta alla attuale presenza, in un archivio *on-line* gestito da una nota testata giornalistica, di un articolo di molti anni prima che dava (in modo corretto) informazione circa il suo arresto, ma non reca la notizia, distinta e successiva, che l'inchiesta giudiziaria «si sia poi conclusa con il proscioglimento». Egli, dunque, non contesta la veridicità del contenuto dello scritto, né il fatto che esso possa essere considerato ancora di pubblico interesse, bensì richiede che la notizia in questione, per come reperibile via Internet nell'archivio in questione, sia integrata ed aggiornata in modo tale da dare una informazione completa circa gli sviluppi successivi della vicenda, ovvero, in alternativa, non sia più resa disponibile *on-line* in quanto, non essendo completa ed aggiornata, getterebbe «un intollerabile alone di discredito» sulla sua persona.

La Cassazione, contraddicendo il Garante per la protezione dei dati personali ed il giudice di prime cure, accoglie il ricorso riconoscendo il sotteso diritto dell'istante, salvo precisare che questo non può essere inteso nel senso di imporre la cancellazione dal Web delle notizie datate. Tale diritto, piuttosto, in applicazione dei principi di proporzionalità, necessità, pertinenza allo scopo, esattezza e coerenza del trattamento dei dati personali (di cui al D.Lgs. n. 196/2003), secondo la Corte, deve trovare concreta tutela tramite l'imposizione al responsabile dell'archivio contenente la notizia dell'obbligo di predisporre «un sistema idoneo a segnalare (nel corpo o a margine) la sussistenza nel caso di un seguito e di uno sviluppo della notizia, e quale esso sia, consentendone il rapido ed agevole accesso ai fini del relativo adeguato approfondimento».

E ciò perché, anche quando sussiste, come nella fattispecie, l'interesse pubblico alla persistente conoscenza di un fatto avvenuto in epoca passata, e dunque non può essere accolta l'istanza di tutela dell'oblio formulata dall'interessato, «emerge la necessità, a salvaguardia dell'attuale identità sociale del soggetto cui la stessa afferisce», ma altresì a tutela dell'interesse generale alla completezza delle notizie, «di garantire al medesimo la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca che lo riguarda».

La sentenza, che non ha precedenti in termini, ma che sembra porsi in contrasto con la prassi del Garante per la protezione dei dati personali, è fatta oggetto di approfondita analisi critica nel saggio di F. Di Ciommo e R. Pardolesi, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, pubblicato in questo stesso *numero*, 701.

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.

Y48DT LE

Rilevanza della condotta del danneggiato

La caduta di un alunno durante gita scolastica: chi risponde?

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769 - Pres. Petti - Rel. De Stefano - P.M. Policastro (parz. conf.) - Q.S. c. Monteuliveto S.P.A. e altri

L'albergatore è responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., per i danni causati dall'utilizzo di una cosa intrinsecamente pericolosa (nel caso di specie un lastrico solare), anche in rapporto alle condotte potenzialmente auto lesive dei loro fruitori, dovendo lo stesso adottare idonee misure atte a prevenire un utilizzo improvvido del bene oggetto di custodia e le eventuali conseguenze dannose.

La responsabilità dell'istituto scolastico per i danni che l'alunno causa a sé medesimo ha natura contrattuale, derivando dall'accoglimento della domanda di iscrizione che determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica, mentre tra insegnante ed allievo invece si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico nell'ambito del quale l'insegnante assume anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona; in caso di gita scolastica tali obblighi devono essere adempiuti in via preventiva, assicurando agli alunni che le camere messe a loro disposizione non presentino rischi o pericoli per la loro incolumità.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 2 marzo 2011, n. 5086; Cass. 28 novembre 2007, n. 24739; Cass. 26 aprile 2010, n. 9906; Cass. 22 aprile 2009, n. 9542; Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346.
Difforme	Cass. 19 febbraio 2008, n. 4279; Cass. 15 ottobre 2004, n. 20334.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

2. La Q. sviluppa sei motivi ed in particolare:
2.1. con il primo - di "violazione di legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 2048 e 2051 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3" - ella si duole dell'erronea esclusione, da parte della corte territoriale, dell'intrinseca pericolosità del solaio cui si aveva accesso dal parapetto del balcone, dovendo esso qualificarsi come terrazza e riconosciuto privo di spalletta o di segnali di pericolo ed anzi dotato di un canale di scolo costruito in materiale simile alla restante copertura, dal quale la sua caduta era stata accidentale;
2.2. con il secondo - di "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo ..., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5: la pericolosità della terrazza, l'insidia del canale di scolo e la mancanza di segnali di pericolo" - ella censura la valutazione di non pericolosità dello stato dei luoghi, sia quanto alla ritenuta inutilità di una segnalazione di pericolo pur in assenza di valide opere dissuasive, sia quanto alla volontarietà dello scavalcamento del modesto parapetto del balcone, sia quanto alla carenza di luce artificiale come indizio di non praticabilità del lastrico;
2.3. con il terzo - di "violazione di legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 2043 e 2048 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 - violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale in relazione alla Circolare Ministeriale 14 ottobre 1992, n. 291" - ella riproduce le stesse censure alla sentenza di primo grado in ordine alla responsabilità del ministero e dell'istituto scolastico; a suo dire, esse trovano fondamento nell'omessa preventiva verifica della sicurezza della struttura e nella carente vigilanza sulla condotta degli studenti; e, sul punto, richiama - testualmente riproducendo nel ricorso, in ossequio al principio della sua autosufficienza - ampi stralci della circolare ministeriale, emanata sul punto, che invece la raccomandava; con la conclusione che, essendo venute meno anche le più elementari misure organizzative per mantenere la disciplina, non poteva affermarsi l'imprevedibilita dell'evento;
… *Omissis* …
3. Tutti gli intimati, tranne la Fondiaria-SAI s.p.a. (il cui difensore peraltro produce procura notarile *ad litem* per il

presente giudizio di legittimità), resistono con controricorso ed in particolare:
3.1. il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (già della Pubblica Istruzione) e l'Istituto tecnico commerciale di Stato "(*omissis*)", con unitario controricorso, contestano dapprima l'ammissibilità del ricorso nella parte in cui riproduce fotografie, grafici e tabelle, per poi prendere partitamente posizione su ciascuno dei motivi: negando che la corte territoriale avesse mai definito pericoloso il lastrico solare; rimarcando anzi la correttezza dell'esclusione della pericolosità in concreto; contestando l'ammissibilità del richiamo - nel terzo motivo - ai corrispondenti motivi di appello; escludendo l'idoneità di qualsiasi ulteriore cautela ad impedire l'evento, riferibile alla volontaria condotta di assunzione di stupefacenti e di scavalcamento del parapetto da parte della studentessa; sottolineando l'affievolimento, col progredire dell'età, dell'obbligo di vigilanza; evidenziando l'adeguatezza della motivazione sulla ricostruzione dell'ora del fatto; contestando il dedotto errore procedurale in ordine alla mancata ammissione delle istanze istruttorie, nonostante l'accurata ponderazione delle risultanze già acquisite; e concludono anche riproponendo, in via subordinata, la domanda di determinare l'entità del risarcimento in proporzione al grado di colpa concorrente e prevalente degli altri convenuti di primo grado, nonché il gravame incidentale condizionato nei confronti di Aurora e Fondiaria s.p.a. per essere da queste tenuti indenni di quanto eventualmente fossero condannate a pagare alla Q., ivi comprese le spese legali e di C.T.U., comunque tenendo conto di quanto già erogato nel corso del giudizio;
3.2. la Monteuliveto s.p.a., prendendo posizione sui soli motivi primo, secondo, quarto e quinto, contesta la qualificazione di "terrazza" data dalla Q. al solaio di copertura da cui ella era caduta, ma soprattutto la pericolosità della stessa ai fini della verificazione dell'evento, ascrivibile alla volontaria condotta dell'infortunata e comunque ad un uso improprio od avventuroso della cosa; nega il vizio motivazionale sulla collocazione temporale dell'evento e quindi sull'esclusione di qualsiasi ritardo nella chiamata dei soccorsi; evidenzia l'inammissibilità del quinto motivo, per la mancata indicazione dei fatti oggetto delle istanze istruttorie, comunque correttamente ritenute irrilevanti per la già raggiunta prova dell'ascrivibilità dell'evento alla condotta volontaria della Q.;
3.3. i coniugi T.E. e V.A., genitori di T.M., lamentano, in via preliminare, l'inammissibilità dei motivi di ricorso, in quanto involgenti tutti una diversa valutazione dei fatti, per poi contestarne comunque la fondatezza, soprattutto per il ruolo complice della Q. e la carenza di qualsiasi responsabilità per colpa educativa di essi genitori;
3.4. la Assitalia ass., dal canto suo: quanto al primo motivo, a parte i profili di inammissibilità per investire esso profili di fatto incensurabili in sede di legittimità, nega la negligenza della Monteuliveto, dovendo ascriversi l'evento ad una condotta volontaria della vittima, estrinsecatasi in un uso eccezionale o straordinario del lastrico solare; quanto al secondo, rimarca pure la tardività della deduzione della canaletta di scolo quale ulteriore elemento di insidia; quanto al quarto, nega qualsiasi vizio motivazionale nella ricostruzione dell'ora dell'evento e nell'esclusione della tardività dei soccorsi; quanto al quinto, ne contesta l'ammissibilità - in difetto di specifica indicazione delle circostanze oggetto delle istanze istruttorie ammissibili ma disattese - e la fondatezza, per l'affermazione della corte territoriale sull'irrilevanza di ulteriore istruzione alla stregua della già raggiunta prova dell'esclusiva colpa dell'infortunata;
3.5. la UGF, già Aurora, già Winterthur ass. s.p.a., infine, limitando le sue repliche ai motivi che direttamente interessano il Ministero (suo assicurato), si duole preliminarmente della tardività dell'adduzione, da parte della Q. e quale *causa petendi*, della responsabilità contrattuale; prosegue poi escludendo qualunque responsabilità del Ministero, dovendo l'evento ascriversi alla condotta volontaria dell'infortunata, che aveva volontariamente impegnato un lastrico non agibile, mentre nulla di evidentemente anomalo accadeva, quanto agli altri ragazzi, nel resto dell'albergo e sotto idonea attività sorveglianza di tre professori (oltre il G., anche tali T. e S.); e ricostruisce l'orario dell'evento in conformità a quanto concluso dalla corte territoriale.
4. Ritiene il Collegio che i primi due motivi, congiuntamente considerati e trattati per la loro intima interconnessione, sono fondati.
4.1. Va premesso che:
4.1.1. è giurisprudenza oramai consolidata di questa Corte che, per la responsabilità da cose in custodia, è sufficiente un nesso causale tra l'evento e la cosa stessa. In particolare, la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 c.c. ha carattere oggettivo e perché possa configurarsi in concreto è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia nel caso rilevante non presuppone né implica uno specifico obbligo di custodire analogo a quello previsto per il depositario, e funzione della norma è, d'altro canto, quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione, e non necessariamente il proprietario o chi si trova con essa in relazione diretta; pertanto, tale tipo di responsabilità è esclusa solamente dal caso fortuito (da intendersi nel senso più ampio, comprensivo del fatto del terzo e del fatto dello stesso danneggiato), fattore che attiene non già ad un comportamento del custode (che è irrilevante); bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità; l'attore che agisce per il riconoscimento del danno ha, quindi, l'onere di provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo, mentre il custode convenuto, per liberarsi dalla sua responsabilità, deve provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale (tra le molte: Cass. 19 febbraio 2008, n. 4279; Cass. 25 luglio 2008, n. 20427; Cass. 12 novembre 2009, n. 23939; Cass. 1° aprile 2010,

n. 8005; Cass., sez. VI, ord. 11 marzo 2011, n. 5910; Cass. 19 maggio 2011, n. 11016);
4.1.2. in senso analogo, in precedenza, con specifico riferimento alla responsabilità dell'albergatore, si è precisato che la responsabilità dell'albergatore per i danni causati ad un cliente dalle dotazioni di una camera della struttura ricettiva si inquadra nella responsabilità da custodia prevista dall'art. 2051 c.c., con la conseguenza che, ai fini della sua configurabilità, è sufficiente che il danneggiato fornisca la prova della sussistenza del nesso causale tra la cosa che ha provocato l'incidente e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale degli oggetti e della condotta dell'albergatore, sul quale incombe, ai fini dell'esclusione di detta responsabilità, l'onere di provare il caso fortuito (Cass. 9 novembre 2005, n. 21684; Cass. 28 novembre 2007, n. 24739);
4.1.3. più specificamente, con riferimento a cose intrinsecamente pericolose anche in rapporto alla possibilità di condotte potenzialmente autolesive dei loro fruitori, si è stabilita la necessità di valutare l'incidenza causale sugli eventi lesivi dell'omessa apposizione di segnalazioni idonee da parte del gestore della stessa conformazione della cosa e della consapevolezza, in rapporto alle circostanze del caso ed alle personali condizioni del danneggiato, per valutare la misura dell'eventuale concorrenza della condotta colposa della vittima, della pericolosità della cosa (Cass. 2 marzo 2011, n. 5086); e la stessa conformazione della cosa, che possa avere indotto il fruitore a confidare incolpevolmente nella sua continuità con caratteristiche tali da escludere gli eventi dannosi prefigurabili ed alla cui prevenzione sembrava destinata ha fondato l'accertamento della responsabilità del custode (è stato il caso di un muretto di recinzione laterale di una strada di montagna, inaspettatamente interrotto proprio nel punto di una curva che dava su di una scarpata: Cass. 22 marzo 2011, n. 6550).
4.2. In applicazione di tali principi al caso di specie:
4.2.1. è pacifico tra le parti che la caduta è avvenuta dalla sommità di un solaio di copertura dell'immobile che ospitava l'albergo, cui si poteva accedere, ad esso essendo totalmente contiguo, scavalcando il parapetto del balcone della camera assegnata alla vittima, parapetto alto tra gli 85 cm ed il metro dall'interno (vedasi pag. 32 sentenza impugnata); ed è pacifico che l'ampio solaio non fosse protetto da idonee spallette o altri mezzi di contenimento, né segnalato da cartelli di pericolo, né illuminato, oltre ad essere caratterizzato da un canale di scolo, in prossimità proprio del suo termine sul vuoto, che costituiva un avvallamento rispetto al piano del solaio stesso;
4.2.2. a giudizio del collegio, sta allora proprio nella facile accessibilità dalla camera della vittima di un solaio con tale caratteristiche l'intrinseca potenziale sua pericolosità per i fruitori di quella: non rilevando affatto che l'accesso sia dovuto ad una condotta volontaria della vittima, che non aveva motivo di rappresentarsi l'insidiosità del manufatto derivante dalla sua conformazione (mancanza di protezione ed anzi avvallamento in prossimità del margine esterno), dalla carenza di segnalazioni e di illuminazione; e dovendo, nella valutazione del nesso causale, escludersi la possibilità di qualificare abnorme o del tutto eccezionale la condotta, per quanto volontaria, di scavalcamento di una protezione di non particolare insuperabilità (non oltre un metro dall'interno) verso un'ampia superficie piana contigua, senza segnalazione non solo e non tanto della sua non destinazione a calpestio, ma soprattutto delle sue caratteristiche suddette;
4.2.3. orbene, elide invero il nesso di causalità tra la cosa e l'evento soltanto una condotta della vittima che rivesta il carattere di una peculiare imprevedibilità e con caratteristiche tali che esse si debbano ritenere eccezionali e cioè manifestamente estranee ad una sequenza causale ordinaria o normale, corrispondente allo sviluppo potenzialmente possibile in un contesto dato secondo l'*id quod plerumque accidit*: restando beninteso riservato al giudice del merito l'apprezzamento, tipicamente di fatto, dell'entità dell'apporto causale della condotta della vittima, ove si possa configurare una peculiare sua colpa anche solo per mancata adozione di comportamenti di comune prudenza imposte dallo stato dei luoghi (in casi analoghi, tra le altre, v.: Cass. 8 agosto 2007, n. 17377; Cass. 22 marzo 2011, n. 6550);
4.2.4. francamente incongrue, sia in punto di fatto che di diritto, sono le valutazioni operate dalla corte territoriale: la mancanza di illuminazione aggrava la situazione di pericolosità e non può allora, di per sé sola considerata, fondare l'abnormità della condotta della vittima, tutt'al più solo incidendo sulla successiva valutazione dell'intensità del rischio coscientemente assunto da quest'ultima ai fini della valutazione del concorso causale della sua stessa condotta nella determinazione dell'evento; la notazione della inutilità della segnalazione in rapporto all'ora notturna e quindi alla sua non percepibilità in concreto è contraddittoria ed illogica, visto che un'idonea segnalazione avrebbe dovuto farsi carico della propria visibilità proprio durante le ore notturne, quando cioè la situazione di insidia o pericolo era ancora maggiore;
4.2.5. allora, non correttamente la corte territoriale esclude, dalle conseguenze di tale intrinseca situazione di pericolosità, il nesso causale tra cosa ed evento: in quanto poteva forse essere percepita dalla vittima la sicura improprietà dell'uso della cosa stessa (essendone esclusa la destinazione a calpestio) e perfino la sua ordinaria non praticabilità per il calpestio, ma non anche la sua estrema pericolosità, atteso che essa dava direttamente sul vuoto, senza protezione, illuminazione ed anzi con una vera e propria insidia verso il margine esterno; in sostanza, doveva configurarsi tutt'altro che abnorme la possibilità di un accesso, non impedito adeguatamente né oggetto di dissuasione con segnali, e di una fruizione oggettivamente pericolosa da parte di chi alloggiava - se non altro - nella camera della vittima.
4.3. È sulla base di tanto che l'esclusione di responsabilità dell'albergatore, gestore dell'edificio, va ritenuta non corretta e che si impone la cassazione della gravata sentenza, affinché il giudice del rinvio rivaluti la fattispecie, in ordine alla posizione della società gestrice dell'albergo, alla stregua del seguente principio di diritto: poiché la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia,

prevista dall'art. 2051 c.c., ha carattere oggettivo, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia, una tale responsabilità non è di per sé esclusa dal fatto volontario della vittima, salva la valutazione della sua condotta ai sensi dell'art. 1227 c.c., consistente nella fruizione del bene custodito, benché non conforme al suo uso ordinario, quando non vi sia ragionevole modo di attendersi una peculiare oggettiva pericolosità dell'uso diverso, ma reso possibile dalla facile accessibilità alla cosa medesima.
5. Anche il terzo motivo, relativo alla responsabilità delle istituzioni scolastiche, è fondato.
5.1. Va al riguardo premesso che:
5.1.1. si è affermato che, in tema di responsabilità civile dei maestri e dei precettori, per superare la presunzione di responsabilità che ex art. 2048 cod. civ. grava sull'insegnante per il fatto illecito dell'allievo, non è sufficiente per detto insegnante la sola dimostrazione di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, ma è necessario anche dimostrare di aver adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale (Cass. 22 aprile 2009, n. 9542);
5.1.2. quanto peraltro al caso di danno cagionato dall'alunno a sé medesimo, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che - quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico - tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona; pertanto, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 cod. civ., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante (per tutte: Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346; Cass. 18 novembre 2005, n. 24456; Cass. 31 marzo 2007, n. 8067; Cass. 26 aprile 2010, n. 9906);
5.1.3. più in generale, del resto, l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo a scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni (Cass. 15 febbraio 2011, n. 3680); ed è onere della scuola dimostrare in concreto, benché anche solo per presunzioni, che le lesioni sono state conseguenza di una sequenza causale ad essa non imputabile (tra le ultime: Cass. marzo 2010, n. 5067; Cass. 3 febbraio 2011, n. 2559; Cass. 20 aprile 2011, n. 9325), se non anche (come si esprime Cass. 9542 del 2009) quella di avere adottato, in via preventiva, le misure organizzative e disciplinari idonee ad evitare prevedibili situazioni di pericolo favorevoli all'insorgere della serie causale sfociante nella produzione del danno.
5.2. Tali principi vanno applicati alla particolare fattispecie dello svolgimento di una gita scolastica o viaggio di istruzione:
5.2.1. la prestazione di vigilanza dell'istituto, come in concreto espletata dai professori accompagnatori, assume connotati particolari: di certo, il carattere continuo del contatto con gli studenti durante l'intera giornata, comprendente quindi le normali attività quotidiane e proprie della sfera di riservatezza più intima dell'individuo, impone di limitare l'entità e le stesse modalità della vigilanza, affinché non violino oltre il necessario la sfera suddetta; ed un'attività di ispezione continua e prolungata è in radice esclusa, oltre che francamente impossibile, soprattutto quanto alle ampie frazioni di giornata che il singolo alunno trascorre comunque nell'intimità della propria stanza di albergo;
5.2.2. deve al contempo ritenersi sussistente un obbligo di intervento diretto, adeguato ed immediato dinanzi a specifici episodi od eventi, che siano però con immediata plausibilità ricollegabili alla commissione di atti pericolosi o nocivi o autolesivi: sicché, tranne il caso di un'evidente e manifesta condotta volta a porre in essere tali atti o ad essi seguita (come quella di assunzione di stupefacenti o alcolici), non vi è modo idoneo di prevenirla o di reprimerla;
5.2.3. per dimostrare la carenza di colpa non deve però ritenersi sufficiente quanto appena indicato; proprio perché il rischio che, lasciati in balia di se stessi, i minori possano compiere atti incontrollati e potenzialmente autolesivi, all'istituzione è imposto un obbligo di diligenza per così dire preventivo, consistente, quanto alla gita scolastica, nella scelta di vettori e di strutture alberghiere che non possano, né al momento della loro scelta, né al momento della loro concreta fruizione, presentare rischi o pericoli per l'incolumità degli alunni;
5.2.4. anche in questo caso con una valutazione da farsi caso per caso in relazione alle circostanze della concreta fattispecie, allora, incombe all'istituzione scolastica la dimostrazione di avere compiuto tali controlli preventivi e di avere impartito le conseguenti istruzioni agli allievi affidati alla sua cura ed alla sua vigilanza.
5.3. In applicazione di tali principi al caso di specie:
5.3.1. non erra la corte territoriale nell'avere escluso già in astratto la responsabilità dei docenti accompagnatori in dipendenza della non adozione di atti di diuturna e

prolungata vigilanza sulle condotte dei singoli alunni anche nei non brevi periodi che dovevano essere caratterizzati - come nelle ore notturne o destinate al riposo - dal massimo possibile rispetto della loro riservatezza;
5.3.2. e non erra neppure per avere in concreto escluso la responsabilità per la repressione di condotte di assunzione di stupefacenti, essendo rimasta priva di riscontri probatori affidabili ed obiettivi (anche per l'inammissibilità degli altri mezzi istruttori, confermata anche in questa sede per quanto si dirà in ordine al quinto motivo di ricorso) una complessiva situazione di incontrollata dedizione all'assunzione di alcolici o di stupefacenti, sicché non poteva dirsi attivato, in relazione alle peculiarità del caso concreto, alcun particolare obbligo di intervento specifico di repressione;
5.3.3. erra invece per avere incongruamente escluso l'obbligazione contrattuale di garantire l'incolumità dell'alunno dinanzi alla scelta di una struttura, definendola di per sé idonea sol perché aperta al più largo pubblico e per di più in considerazione della capacità di discernimento che normalmente ci si può attendere da ragazzi prossimi alla maggiore età: infatti, sia al momento della scelta in sede di organizzazione del viaggio ed in tal caso solo sulla base della documentazione disponibile, sia al momento della concreta fruizione ed in tal caso all'esito di una sia pur sommaria valutazione sul posto delle condizioni, l'istituzione deve valutare preliminarmente l'assenza di rischi evidenti o di pericolosità dei beni coinvolti nell'espletamento del viaggio, siano essi quelli di trasporto, siano essi quelli ove gli alunni dovranno alloggiare; solo in tal modo, infatti, l'istituzione può dimostrare di avere tenuto anche una condotta idonea, con valutazione necessariamente ex ante, a garantire la sicurezza dell'alunno pure durante l'espletamento della peculiare attività in cui si estrinseca la gita scolastica.
5.4. In applicazione di tali principi al caso di specie, la peculiare connotazione almeno della camera della vittima - che con ogni verosimiglianza non poteva essere rilevata al momento della scelta, sulla carta, della struttura alberghiera all'atto dell'organizzazione del viaggio avrebbe dovuto indurre il personale accompagnatore a rilevare, con un accesso alle camere stesse, il rischio della facile accessibilità al solaio di copertura, vale a dire al lastrico solare percepito come terrazza, per poi adottare misure in concreto idonee alle circostanze: potendo esse, a seconda di queste, fondarsi su di una valutazione di complessiva inaffidabilità della struttura (con rifiuto di alloggiarvi, ricerca di soluzioni alternative anche tramite l'organizzatore o, in caso estremo, rientro anticipato), oppure della sola stanza (con richiesta di immediata sostituzione della medesima con altra priva di analoghe situazioni di pericolosità), ovvero potendosi limitare, in relazione alla capacità di discernimento del singolo ragazzo ivi ospitato, ad impartire adeguati e comprensibili moniti a non adottare specifiche condotte pericolose (come l'avvertimento a non impegnare il solaio di copertura - lastrico solare terrazza, facilmente accessibile nonostante la sua pericolosità). Anche in tale ipotesi resta beninteso riservato al giudice del merito l'apprezzamento, tipicamente di fatto, dell'entità dell'apporto causale della condotta della vittima, ove si possa configurare una peculiare sua colpa anche solo per mancata adozione di comportamenti di comune prudenza imposta dallo stato dei luoghi.
5.5. Si impone anche sotto questo aspetto la cassazione della gravata sentenza, in ordine alla responsabilità dei convenuti Ministero ed istituto scolastico, affinché la domanda della Q. sia riesaminata alla stregua del seguente principio di diritto: poiché l'iscrizione a scuola e l'ammissione ad una gita scolastica determinano l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, all'allievo compete la dimostrazione di aver subito un evento lesivo durante quest'ultima, mentre incombe all'istituto la prova liberatoria, consistente nella riconducibilità dell'evento lesivo ad una sequenza causale non evitabile e comunque imprevedibile, neppure mediante l'adozione di ogni misura idonea, in relazione alle circostanze, a scongiurare il pericolo di lesioni derivanti dall'uso delle strutture prescelte per lo svolgimento della gita scolastica e tenuto conto delle loro oggettive caratteristiche; e salva la valutazione dell'apporto causale della condotta negligente o imprudente della vittima, ai sensi dell'art. 1227 c.c.
… *Omissis* …
9. In conclusione:
9.1. in accoglimento dei primi quattro motivi, la gravata sentenza va cassata, con rinvio alla corte di appello di Trieste in diversa composizione, affinché, fermo il definitivo rigetto delle pretese della Q. nei confronti dei T. - V., riesamini la vicenda alla stregua dei principi di diritto di cui ai precedenti punti 4.3 e 5.5;
9.2. infine, tranne che nei rapporti tra l'odierna ricorrente ed i coniugi T. - V., con la presente pronuncia ormai definiti con il definitivo rigetto delle domande della prima nei confronti di costoro, è opportuno rimettere la regolamentazione delle spese dell'intero giudizio, compreso quello di legittimità, al giudice del rinvio; mentre, quanto alle domande della Q. nei confronti dei T. - V., la circostanza di un elemento di fatto a sostegno dell'originaria tesi del coinvolgimento del loro figlio, all'epoca minorenne, consistente nelle sue ammissioni spontanee, integra - ad avviso del Collegio e, beninteso, nonostante non abbia potuto fondare, per quanto argomentato più sopra, alcuna pronuncia di responsabilità - un giusto motivo di integrale compensazione delle spese del giudizio di legittimità;
9.3. spetta al giudice del rinvio anche la valutazione della ritualità delle domande di garanzia dispiegate in corso di causa, sia al momento della loro proposizione originaria, sia al tempo della formulazione dei gravami e della determinazione del relativo *thema decidendum*.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Aldo P. Benedetti (*)

Il problema del ruolo e dell'incidenza della condotta del danneggiato è quello affrontato nel commento a questa decisione della Cassazione. In particolare viene analizzata la relazione-interazione che si determina in eventi dannosi come quello oggetto di questo giudizio, quando il (potenziale) danneggiato mette in atto volontariamente condotte gravemente imprudenti che cagionano danni che il danneggiato stesso potrebbe facilmente prevenire con una condotta diligente.

La vicenda

Durante una gita scolastica, una studentessa sedicenne in vena di avventure dapprima fumava uno spinello insieme ad un compagno, dopodiché scavalcava il parapetto del balcone della propria stanza e si inoltrava su di un lastrico solare non illuminato posto allo stesso livello del balcone. Poiché tale spazio - non destinato in alcun modo all'utilizzo da parte dei clienti dell'albergo - oltre ad essere buio era anche (ovviamente) privo di qualsiasi protezione, si verificava l'infelice evento della caduta della sfortuna ma incauta studentessa, che riportava gravissime lesioni e rimaneva totalmente invalida.
Ne conseguiva un'azione risarcitoria, proposta nei confronti del Ministero della Pubblica Istruzione, dell'Istituto scolastico frequentato dalla ragazza, della società gestrice della struttura alberghiera e dei genitori del ragazzo che aveva offerto lo spinello alla vittima. La vittima sosteneva che tali soggetti fossero variamente responsabili, ravvisando, da un lato, la mancanza di controllo in loco e di sorveglianza degli alunni da parte dell'insegnante, nonché le carenze nelle condizioni di sicurezza dell'albergo e quelle educative dei genitori del compagno in ordine all'offerta dello spinello. I giudici di merito, in entrambi i gradi di giudizio, respingevano però la richiesta risarcitoria.
In particolare la Corte d'Appello di Trieste riteneva che non sussistesse la responsabilità di nessuno dei soggetti chiamati in giudizio dalla danneggiata. Infatti, secondo i giudici, non era rinvenibile né una responsabilità del proprietario dell'albergo (visto che la vittima aveva volontariamente scavalcato il parapetto del proprio balcone per accedere ad un lastrico solare non destinato al passaggio) né dei docenti, il cui dovere di vigilanza non poteva spingersi fino ad invadere la *privacy* degli studenti per accertarsi che non avessero sostanze stupefacenti o a verificare la sicurezza delle strutture alberghiere. Inoltre - sempre secondo la Corte d'Appello - neppure era provata, *ex* art. 2048 c.c., la responsabilità dei genitori del compagno di classe che aveva offerto lo spinello alla vittima a causa dell'impossibilità di stabilire la sostanza assunta e per l'esito negativo degli esami tossicologici.
La vittima presentava ricorso per Cassazione contro questa decisione, attraverso articolate censure, che la Suprema Corte accoglieva, cassando con rinvio la decisione appellata.

La decisione

La Corte di legittimità ha ritenuto di dover censurare la sentenza della Corte d'Appello di Trieste in ordine a due aspetti fondamentali. Il decisone di merito veniva giudicata errata tanto in ordine alla responsabilità dell'albergatore (*ex* art. 2051 c.c.), quanto per quella del Ministero della Pubblica Istruzione e dell'Istituto scolastico.
Relativamente alla responsabilità della società che gestiva la struttura alberghiera, la Cassazione ha svolto le proprie argomentazioni ribadendo il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale - perlomeno a livello declamatorio - «per la responsabilità da cose in custodia, è sufficiente un nesso causale tra l'evento e la cosa stessa», visto che la responsabilità «prevista dall'art. 2051 c.c. ha carattere oggettivo» (1). In tale prospettiva la condotta del custode sarebbe irrilevante (non sussistendo nessuno specifico obbligo di custodire la cosa), poiché la funzione della norma sarebbe quella di «imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa»: per questo la responsabilità in parola sarebbe esclusa solo dal caso

Nota:

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

(1) Tra le più recenti si vedano: Cass. 18 luglio 2011, n. 15734, in *Foro it.*, Rep. voce «*Responsabilità civile»,* n. 314, Cass. 24 febbraio 2011, n. 4476, in *Dir. & giust.*, 2011, Cass. 6 ottobre 2010, n. 20757, in *Dejure*, Cass. 3 settembre 2010, n. 19045, in *Guida al dir.*, 2010, f. 41, 57, Cass. 7 aprile 2010, n. 8229, in *Arch. circ.*, 2010, 604. Per una rassegna completa dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema si veda P. Pardolesi, *Sul "dinamismo" connaturato alla cosa nella responsabilità da custodia*, in questa *Rivista*, 2010, 557.

fortuito, fattore che non attiene però al comportamento del custode stesso. Anche la responsabilità dell'albergatore - custode dovrebbe, quindi, essere intesa secondo questa interpretazione (2), incentrata interamente sulla relazione causale tra cosa in custodia ed evento dannoso, «indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale degli oggetti».

In relazione al caso di specie la Cassazione ha applicato questi principi per censurare la decisione d'appello. La facile accessibilità al lastrico solare dalla camera della vittima rappresentava una caratteristica di intrinseca potenziale pericolosità per i fruitori della camera, «non rilevando affatto che l'accesso sia dovuto a condotta volontaria della vittima». Inoltre, doveva «escludersi la possibilità di qualificare abnorme o del tutto eccezionale la condotta, per quanto volontaria» (3) della vittima che abbia scavalcato una protezione «di non particolare insuperabilità» per avventurarsi su di un lastrico solare, poiché la vittima «non aveva motivo di rappresentarsi l'insidiosità del manufatto». Quindi, la condotta della danneggiata non rappresentava un fattore in grado di elidere il nesso causale tra cosa ed evento, potendo tutt'al più rilevare solo nella successiva valutazione del "concorso causale" della vittima, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c.

La Corte di Cassazione ha censurato la sentenza di appello anche circa la responsabilità delle istituzioni scolastiche. L'argomentazione svolta a tal riguardo è stata sviluppata da due punti di partenza. In primo luogo si è ricordato che l'insegnante, per liberarsi della presunzione di responsabilità *ex* art. 2048 c.c., deve dimostrare «di aver adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari e organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo» (4). Ma soprattutto è stato richiamato il noto indirizzo giurisprudenziale per cui la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante in caso di danno cagionato dall'alunno a sé stesso ha natura contrattuale e non extracontrattuale (5). Infatti, con l'accoglimento della domanda di iscrizione alla scuola, sorge un vincolo negoziale tra quest'ultima e l'alunno e si instaura, "per contatto sociale", un rapporto giuridico tra insegnante ed allievo (6): in questo quadro si crea l'obbligo dell'istituto scolastico di vigilare sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo in ogni momento in cui lo stesso fruisce della prestazione scolastica. In applicazione di questo principio la Suprema Corte ha ritenuto, quindi, sussistente la responsabilità delle istituzioni scolastiche. In particolare - applicando questi principi alla particolare fattispecie concernente lo svolgimento di una gita scolastica - la dimostrazione dell'assenza di colpa da parte degli insegnanti è subordinata all'adempimento di "un obbligo di diligenza preventivo": per quanto i professori accompagnatori non debbano senz'altro spingere il proprio controllo entro la sfera di riservatezza degli allievi, tale obbligo è peraltro molto esteso. In tal senso, per quanto interessa la vicenda in esame, l'istituzione (e gli insegnanti) devono scegliere strutture alberghiere adeguate e sicure, che non presentino rischi per l'incolumità degli alunni: nel caso di specie, quindi, i professori avrebbero dovuto visionare preventivamente la stanza in cui alloggiava la vittima, osservarne la pericolosità (7) e adottare misure concrete per evitare possibili danni, facendo assegnare agli alunni altra stanza idonea.

Sulla base di queste motivazioni - sia in ordine alla responsabilità *ex* art. 2051 c.c. della struttura alberghiera, sia da "contatto sociale" dell'istituto scolastico e degli insegnanti - la Cassazione ha quindi cassato con rinvio la sentenza di appello. La decisione

Note:

(2) Sul punto si segnalano D. Boschi, *Alcune considerazioni circa l'applicazione dell'art. 2051 c.c. al c.d. danno da caduta*, in questa *Rivista*, 2008, 783 e M. Bona, *Cadute nei villaggi turistici e responsabilità del* tour operator, in questa *Rivista*, 2006, 713. In giurisprudenza vedi Cass. 28 novembre 2007, n. 24739, in questa *Rivista*, 2008, 780.

(3) Addirittura i giudici di legittimità si spingono ad affermare che «in sostanza, doveva configurarsi tutt'altro che abnorme la possibilità di un accesso, non impedito adeguatamente né oggetto di dissuasione con segnali, e di una fruizione oggettivamente pericolosa da parte di chi alloggiava - se non altro - nella camera della vittima».

(4) Da ultimo Cass. 22 aprile 2009, n. 9542, in http://dejure.giuffre.it. Si vedano anche Cass. 21 febbraio 2003, n. 2657, in *Arch. civ.,* 2003, 1368 e la fondamentale decisione di Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635, con nota di F. Di Ciommo.

(5) Tale ricostruzione della responsabilità dell'istituto scolastico e degli insegnanti in caso di danni che il minore si auto procuri comporta significative ricadute anche sul piano probatorio. In tale prospettiva anche la decisione in commento ricorda che «all'allievo compete la dimostrazione di aver subito un evento lesivo durante» la fruizione della prestazione scolastica, «mentre incombe all'istituto la prova liberatoria, consistente nella riconducibilità dell'evento ad una sequenza causale non evitabile e comunque imprevedibile, neppure mediante l'adozione di ogni misura idonea».

(6) Come noto Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit., componendo un contrasto di orientamenti giurisprudenziali circa l'estensione dell'ambito di applicazione della responsabilità prevista dall'art. 2048 c.c., ha autorevolmente sancito questa ricostruzione della responsabilità degli istituti scolastici e degli insegnanti in caso di danni auto prodotti da parte di un alunno, proprio al fine di consentire una tutela anche per tutti quei danni che non rientrerebbero nell'ambito di applicazione della responsabilità *ex* art. 2048 c.c.

(7) La pericolosità della stanza era desumibile, secondo la Cassazione, dal fatto che il lastrico solare (che poteva essere percepito come terrazza) fosse "facilmente" raggiungibile dal terrazzo, "semplicemente" scavalcando il parapetto divisorio.

merita senz'altro un disamina articolata, anche in considerazione delle motivazioni che la sorreggono, che paiono, almeno in parte, non del tutto convincenti.

La responsabilità da custodia dell'albergatore

Il primo aspetto affrontato dalla sentenza in commento è quello della responsabilità dell'albergatore nella sua qualità di custode dell'immobile. La Cassazione - come detto - ha sancito la responsabilità del gestore dell'albergo ai sensi dell'art. 2051 c.c., in applicazione dell'interpretazione della norma in termini di responsabilità oggettiva (8). Per giustificare l'attribuzione della responsabilità alla società che gestiva la struttura alberghiera la Corte di legittimità ha dovuto, però, argomentare in maniera poco convincente. Infatti - a detta della Corte - la camera dell'albergo in cui soggiornava la vittima era intrinsecamente pericolosa: a causa della facile accessibilità al lastrico solare dal balcone non era imprevedibile che qualche cliente potesse volontariamente avventurarsi su di esso. Poiché tale lastrico non era protetto da spallette, non era illuminato né aveva segnali di pericolo, sarebbe sussistente un nesso causale tra la cosa e il danno, non eliso dalla condotta volontaria del cliente dell'albergo che scavalca il parapetto e cammina sul tetto. Da tale caratteristica di "pericolosità" della cosa deriverebbe la responsabilità dell'albergatore-custode, che non ha adottato le misure idonee ad evitare danni comunque prevedibili.
La debolezza di tale argomentazione emerge chiaramente. Tesa nel difficile sforzo di ascrivere all'albergatore la corresponsabilità per una vicenda drammatica e gravissima nelle conseguenze, la Cassazione, sotto l'etichetta apparentemente tranquillizzante della responsabilità oggettiva da cose in custodia, sovrappone concetti e valutazioni tra loro profondamente diversi quando non addirittura incompatibili. Questo quadro, invero confuso, tradisce quello che è il reale intento - non dichiarato ma chiaramente percepibile - della decisione in commento: tutelare la danneggiata, vittima di una vicenda particolarmente sfortunata, mediante lo strumento risarcitorio.
Per giungere al risultato, la responsabilità dell'albergatore-custode viene fondata sul noto assunto che la responsabilità del custode ha natura oggettiva e si fonda sul mero rapporto causale tra cosa ed evento lesivo, ma con la precisazione che tale rapporto causale deve essere valutato anche tenendo conto dell'omessa applicazione di segnalazioni di pericolo in caso di danni causati da cose "intrinsecamente pericolose" (9). Ma nel caso di specie la Cassazione ritiene di dover "rafforzare" la motivazione anche richiamando la mancata previsione, da parte del custode, del possibile uso pericoloso del lastrico solare da parte di chi - come la vittima - alloggiava nella camera.
In questo modo la (presunta) responsabilità oggettiva del custode viene colorita con elementi diversi, sia di carattere marcatamente soggettivo (quale la prevedibilità da parte del custode delle possibili condotte, anche imprudenti, dei potenziali danneg-

Note:

(8) La responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c. è ritenuta di natura oggettiva dalla dottrina maggioritaria. Si segnalano in tal senso, senza pretesa di completezza: P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim* (sostenitore di una regola di responsabilità oggettiva per le cose in custodia ma solo in relazione ai "danni tipici" causati da beni che siano nella materiale disponibilità di un imprenditore), V. Geri, *La r.c. da cose in custodia, animali e rovina di edificio*, II ed., Milano, 1974, 74, M. Comporti, *Presunzioni di responsabilità e pubblica amministrazione: verso l'eliminazione di privilegi ingiustificati*, in *Foro it.*, 1985, I, 1497, P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 1040, M. Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2004, 441, C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, II ed., Milano, 2005, 166. Conviene comunque ricordare come altra parte della dottrina si sia interrogata sulla fondatezza della ricostruzione della responsabilità in termini oggettivi, propugnando soluzioni alternative: C.M. Bianca, *Danni da beni demaniali: spunti sistematici in tema di responsabilità del custode sollecitati dalla lettura delle sentenze della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 27, M. Fornaciari, *La responsabilità da cose in custodia (art. 2051 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 297, A.P. Benedetti, *Condotta del danneggiato e responsabilità da cose in custodia: spunti di riflessione*, in questa *Rivista*, 2011, 234. In prospettiva comparatistica si veda l'analisi di E. Reid, *Liability for dangerous activities: a comparative analysis*, 48 *Int. Comp. L. Q.* (1999), 752, che sottolinea come spesso i sistemi basati sulla colpa o sulla *strict liability* arrivino a risultati simili circa i danni cagionati da attività pericolose (all'interno dei quali l'A. analizza il modello francese di responsabilità da cose, per il quale si veda G. Viney-P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traitè de droit civil*, diretto da J. Ghestin, II ed., Parigi, 1998, 601). Giova ricordare almeno in nota come i sistemi di *common law* non conoscano una regola come quella dell'art. 2051 c.c.: peraltro sussiste una responsabilità dei *landowners* e degli *occupiers* per i danni (compresi quelli da caduta) che possano subire coloro che legalmente entrano in una proprietà (cfr. M.A. Franklin-R.L. Rabin-M.D. Green, *Tort Law and Alternatives,* New York, 2006, 8th ed., 195). Nella stessa prospettiva merita segnalare la responsabilità (fondata sulla violazione di un dovere imposto dalla legge) che le istituzioni pubbliche possono avere in caso di danni derivanti da mancata manutenzione delle strade in Gran Bretagna: cfr. C. Booth-D. Squires, *The negligence liability of Public Authorities*, Oxford, 2006, 761.

(9) Cfr. in senso analogo Cass. 2 marzo 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, 1715, che ha ritenuto responsabile il gestore di una piscina per i danni patiti da un minore che si sia tuffato di testa in una piscina dal fondo basso, con conseguente urto sullo stesso, atteso che non vi era alcuna segnalazione circa l'altezza e/o la possibile pericolosità del fondale.

giati), sia riferiti alle caratteristiche del bene in custodia (come testimonia il riferimento alla pericolosità della cosa (10)).

Anche questa decisione conferma come la natura oggettiva della responsabilità *ex* art. 2051 c.c. sia più proclamata che praticata (11), con buona pace dei suoi sostenitori (12). La sentenza in commento è allora emblematica delle insormontabili difficoltà che un'effettiva applicazione della responsabilità da custodia in termini oggettivi comporta. Alle note incertezze generali che accompagnano l'accertamento del nesso causale (13), si sommano, infatti, tutte le perplessità proprie della responsabilità da cose in custodia (14): la assoluta centralità che assume la descrizione dell'evento per la ricostruzione del nesso causale, l'importanza della natura del bene e dell'utilizzo a cui è destinato, la valutazione della condotta tenuta dal custode e - nel caso di specie in maniera determinante - il "pre-giudizio" circa la meritevolezza della tutela nei confronti del danneggiato. Ed anche nel caso di specie i giudici affrontano tale tortuoso itinerario argomentativo. A fronte di un "grande minore" (15) che (dopo aver assunto delle sostanze stupefacenti) volontariamente scavalca il balcone della propria stanza e si avventura di notte su di un tetto non illuminato, i giudici di legittimità hanno affermato che il custode è (oggettivamente) responsabile perché era prevedibile un uso tale della cosa, che tale uso prevedibile della cosa la rendeva pericolosa e che quindi andavano adottate delle misure precauzionali per evitare la concretizzazione del pericolo. Orbene - anche a prescindere dalla eventuale responsabilità dell'albergatore per omessa adozione di misure preventive (quindi per colpa omissiva), che pure nel caso di specie pare assai dubbia - questa sentenza è un manifesto esempio di applicazione della responsabilità *ex* art. 2051 c.c. in termini non oggettivi, nella quale il giudizio di responsabilità è interamente fondato sulla valutazione della condotta omissiva del custode.

Un'ulteriore precisazione pare comunque doverosa. Mettere in evidenza gli esiti incongruenti che derivano dall'affermazione della (presunta) natura oggettiva della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. non è, in alcun modo, un "romantico" tentativo di retroguardia in favore di una riaffermazione della regola "nessuna responsabilità senza colpa". L'evoluzione che il sistema di responsabilità da fatto illecito ha avuto negli ultimi anni - all'interno del quale de-

Note:

(10) Gioverà ricordare almeno in nota che la dottrina più risalente nel tempo aveva sostenuto la necessaria pericolosità della cosa per l'applicabilità dell'art. 2051 c.c.; si vedano, per tutti, A. De Cupis, *Dei fatti illeciti,* in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, 89 ss., G. Gentile, *La responsabilità "per il fatto delle cose"*, in *Resp. civ. prev.*, 1956, 535 ss.; una prima puntuale ed articolata critica di questa posizione si ha già con U. Brasiello, *Cose pericolose o cose seagenti?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 27 ss., che nega la possibilità di individuare una categoria di cose pericolose giuridicamente rilevante. I tentativi di limitare l'ambito di applicazione della norma dell'art. 2051 c.c. alle cose pericolose non hanno, peraltro, avuto successo, anche in considerazione del dato testuale della norma codicistica, che si riferisce alle cose senza ulteriori qualificazioni.

(11) Sono numerose le decisioni che pur utilizzando un linguaggio apparentemente legato ad un'interpretazione in termini oggettivi dell'art. 2051 c.c., operano in realtà una valutazione dei casi oggetto di giudizio in cui si sovrappongono considerazioni legate alla diligenza del custode e alle caratteristiche del bene. Si segnalano, tra le molte: Cass. 19 febbraio 2008, n. 4279, in questa *Rivista*, 2008, 1112, che esclude la responsabilità del custode di un pontile per i danni subiti da un incauto bagnante che ha utilizzato il pontile stesso a mo' di trampolino, visto l'uso assolutamente abnorme ed improprio della cosa; Cass. 16 maggio 2008, n. 12449, in *Giust. civ.*, 2010, I, 173, che ha escluso la responsabilità di un Comune per lo scivolone di un pedone su un manifesto gettato a terra, proprio muovendo da considerazioni relative ai rischi prevedibilmente riconducibili a quel bene demaniale e che possono essere prevenuti dal custode diligente; Trib. Prato 28 aprile 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 901, con commento di V. Bellomia e in questa *Rivista*, 2009, 988 con commento di G. Salvi, che esclude la responsabilità per i danni causati dalle foglie cadute da un albero, stante la «non pericolosità della cosa-pianta in relazione all'evento dedotto»; si riferiscono alla "evitabilità" del danno da parte del custode Cass. 20 novembre 2009, n. 24529, in questa *Rivista*, 2010, 313, Cass. 22 settembre 2009, n. 20415, in questa *Rivista*, 2010, 459, Cass. 10 ottobre 2008, n. 25029, in *Foro it.*, 2008, I, 3460; Cass. 25 luglio 2008, n. 20427, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1010; Cass. 16 maggio 2008, n. 12449, in questa *Rivista*, 2008, 1241. Numerose decisioni hanno statuito che l'idoneità causale del fattore esterno idoneo ad interrompere il nesso causale tra cosa e danno «va ovviamente adeguato alla natura della cosa ed alla sua pericolosità, nel senso che tanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento del medesimo»: tra le molte Cass. 15 ottobre 2004, n. 20334, in *Foro it.*, 2005, I, 1794, Cass. 9 febbraio 2004, n. 2430, in *Giur. it.*, 2005, 957, Cass. 17 gennaio 2001, n. 584, in questa *Rivista*, 2001, 722, con nota di R. Breda.

(12) Da ultimo si veda P. Laghezza, *Di custodia, caso fortuito e responsabilità oggettiva*, in questa *Rivista*, 2012, 285.

(13) R. Pucella. *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, *passim*.

(14) A.P. Benedetti, C*ondotta del danneggiato e responsabilità da cose in custodia: spunti di riflessione*, cit., 238.

(15) Come noto, all'interno del sistema di responsabilità civile, la minore età, di per sé, non preclude il sorgere di un illecito del minore, solo che il minore stesso sia capace d'intendere e di volere, cfr. F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 140 ss.. Addirittura - secondo insegnamento antico e costante della Cassazione - per quanto riguarda la rilevanza del fatto colposo commesso dal minore ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., neppure rileva la capacità d'intendere del minore stesso, potendosi ben operare la riduzione del risarcimento anche in caso di concorso di fatto "colposo" di minore incapace: Cass., sez. un., 17 febbraio 1964, n. 351, in *Foro it.*, 1964, I, 752, da ultimo Cass. 2 marzo 2012, n. 3242, in http://dejure.giuffre.it; in dottrina si veda G. Micari, *L'art. 1227 c.c. e l'incapacità naturale del danneggiato*, in questa *Rivista*, 2005, 1178.

ve essere compreso il dibattito tra i sostenitori della responsabilità fondata sulla colpa e quelli della responsabilità oggettiva (16) - è un dato dal quale non si può prescindere. Tuttavia è evidente che anche l'interpretazione della norma dell'art. 2051 c.c. è stata influenzata in modo decisivo da questo passaggio, sino a giungere ad esiti forse eccessivi.
Tale interpretazione rimane, peraltro, un banco di prova significativo circa la visione d'insieme del sistema: la lettura strettamente causalistico-oggettiva della norma è, infatti, chiaramente legata ad un'idea della responsabilità extracontrattuale (senz'altro prevalente in questo momento) tutta concentrata sulla dimensione compensativa (17), quasi che la vittima (ogni vittima) fosse in quanto tale soggetto debole da tutelare. Di contro una diversa interpretazione della responsabilità del custode, che ne ponga in evidenza la dimensione soggettiva, è senza dubbio più compatibile con un approccio alla responsabilità che (ri)colloca l'illecito al centro del sistema (18) e che, come si vedrà, valorizzi la dimensione eminentemente "bilaterale" dell'illecito stesso. In tale prospettiva alla centrale funzione compensativa della responsabilità si devono, quindi, accompagnare anche altri fini (quello preventivo in primo luogo). Ma per conseguire questo risultato non è possibile obliterare l'apporto del contributo del potenziale danneggiato; anzi si dovrebbe apprezzare sia la condotta del potenziale danneggiante e quella del potenziale danneggiato quanto la loro rispettiva "diligenza" proprio per rendere effettiva la "prevenzione" dei danni.

Responsabilità del custode e cose pericolose: una postilla

Si è accennato in precedenza all'importanza che, *concretamente*, le caratteristiche del bene assumono nel giudizio di responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c. (19) Anche nella sentenza in commento la "pericolosità" del bene è stato uno degli elementi centrali del giudizio, unitamente alla "diligenza" del custode.
Questo elemento merita una sottolineatura, anche alla luce della incoerenza della giurisprudenza sul punto. Infatti, a fronte di frequenti affermazioni secondo le quali la responsabilità da cose in custodia ha natura oggettiva e «prescinde, altresì, dall'accertamento della pericolosità della cosa stessa» (20), si hanno ricorrenti statuizioni della Corte di legittimità che, invece, pongono in risalto la valutazione delle caratteristiche del bene e della sua pericolosità (21). È comunque evidente - e la decisione in commento ne è palese conferma - che le caratteristiche proprie del bene sono determinanti nel giudizio di responsabilità *ex* art. 2051 c.c. Se non si vuole cadere nell'assurdo (per cui tutte gli eventi di danno sono riconducibili ad un qualche oggetto) e trasformare, conseguentemente, la responsabilità del custode in una sorta di (improbabile) responsabilità assoluta ed omnicomprensiva, allora il giudizio sul nesso causale tra cosa ed evento dannoso dovrà, evidentemente e necessariamente, essere ricostruito tenendo conto, in primo luogo, delle caratteristiche del bene. Soprattutto diventeranno decisive le valutazioni in ordine alla "pericolosità" e al-

Note:

(16) Come noto la dottrina - sulla scia della riflessione svolta soprattutto negli Stati Uniti a partire dalla fine degli anni '60 del XX secolo - ha ampiamente discusso sul problema dell'alternativa tra colpa e responsabilità oggettiva quale criterio di imputazione della responsabilità, arrivando anche a teorizzare un'impostazione bipolare (colpa - responsabilità oggettiva) del sistema. Senza pretesa di completezza si segnalano: S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile,* Milano, 1964, *passim*, P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità civile,* cit., *passim*, F.D. Busnelli, voce *«Illecito civile»*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, s.d. Per comprendere i termini essenziali del dibattito nella dottrina nordamericana si vedano i fondamentali scritti di: G. Calabresi-J.T. Hirschoff, *Toward a test for strict liability in torts*, in 81 *Yale L.J.* (1972), 1055, R. Posner, *A Theory of negligence,* in 1 *J. Leg. Stud.* (1972), 29, R. Epstein, *A theory of strict liability,* in 2 *J. Leg. Stud.* (1973), 151, R. Posner, *Strict Liability. A comment,* in 2 *J. Leg. Stud.* (1973), 205, G. Calabresi, *Optimal deterrence and accidents*, in 84 *Yale L.J.* (1975), 656.

(17) Infatti attenta dottrina ha parlato di "filosofia pan-riparatoria" che caratterizza il sistema di responsabilità civile italiano: G. Ponzanelli, *L'attualità di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 293, che mette in guardia contro questa tendenza. Critico riguardo a questa tendenza è anche V. Roppo, *Spigolature su responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in Aa.Vv., Liber Amicorum *per Francesco D. Busnelli*, II, Milano, 2008, 453.

(18) Cfr. V. Scalisi, *Illecito civile e responsabilità civile: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 657.

(19) In tal senso gioverà ricordare come la dottrina più attenta abbia posto in evidenza che la giurisprudenza, nelle ipotesi di danni derivanti da cose inanimate, spesso, giungesse ad una «applicazione di una regola di *res ipsa loquitur* al *negligence standard* (stile art. 2043), espressa con riferimento alla formula dell'art. 2051 c.c.»: P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 1055.

(20) Da ultimo si vedano Cass. 7 aprile 2010, n. 8229, in *Arch. giur. circ.*, 2010, 604, Cass. 20 maggio 2009, n. 11695, in *http://dejure.giuffre.it.*

(21) Tra le molte sentenze che sottolineano l'esigenza di adeguare il giudizio causale «alla natura della cosa ed alla sua pericolosità, nel senso che tanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento del medesimo»: Cass. 15 ottobre 2004, n. 20334, in *Foro it.*, 2005, I, 1794, Cass. 9 febbraio 2004, n. 2430, in *Giur. it.*, 2005, 957, Cass. 17 gennaio 2001, n. 584, in questa *Rivista*, 2001, 722, con nota di R. Breda.

l'uso proprio cui lo stesso è destinato, come - pur con esito non condivisibile - testimonia la sentenza di cui si va discorrendo.

La responsabilità dell'istituto scolastico e degli insegnanti

La sentenza in commento attribuisce la responsabilità (contrattuale) anche all'istituto scolastico e agli insegnanti (da contatto sociale). Il problema della responsabilità delle istituzioni scolastiche e dei docenti in caso di lesioni prodotte dagli alunni a se stessi è ben noto. A partire da una famosissima sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2002 (22) è stato risolto un contrasto di orientamenti giurisprudenziali divergenti sul punto (23): facendo propria la statuizione del giudice di legittimità la giurisprudenza consolidata ricostruisce come contrattuale sia la responsabilità delle istituzioni scolastiche - ritenendo che l'iscrizione degli alunni comporti la nascita di un vincolo negoziale, con conseguente obbligo dell'istituto di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo per il tempo in cui fruisce della prestazione scolastica - che quella degli insegnanti - in virtù del contatto sociale (24) tra alunni e precettori (25).

Non è questa la sede per valutare in termini generali l'uso della responsabilità "da contatto sociale". Preme solamente svolgere due osservazioni sul punto, una di carattere generale ed una più specificamente legata alla sentenza in commento. Nella prima prospettiva giova ribadire come l'applicazione della categoria concettuale del "contatto sociale" sembri - in relazione a vicende come quella in commento - sostanzialmente inutile (26) e fuorviante (27), atteso che la situazione del minore sarebbe agevolmente tutelabile attraverso l'armamentario codicistico (*ex* art. 1228 c.c. *in primis*, o grazie ad un'interpretazione estensiva dell'art. 2048 c.c. nella eccezionale eventualità di un'azione rivolta solo contro l'insegnante) (28).

Peraltro la decisione in commento non risulta nep-

Note:

(22) Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit.

(23) In particolare prima dell'intervento delle Sezioni Unite si era sviluppato un contrasto di orientamenti all'interno della stessa Cassazione. Un primo filone giurisprudenziale riteneva che l'art. 2048 c.c. non fosse applicabile al caso dell'allievo che si procura da sé un danno (per tutte Cass. 13 maggio 1995, n. 5268, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 239), mentre altro orientamento sosteneva che tale disposizione fosse invece applicabile anche per i danni che il minore si fosse auto procurato (Cass. 26 giugno 1998, n. 6331, in *Foro it.*, 1999, I, 1574): la Cassazione, sconfessando l'interpretazione estensiva dell'art. 2048 c.c. ha ritenuto di poter qualificare come contrattuale il rapporto tra scuola pubblica e alunno, con le note conseguenze. Per un quadro d'insieme del dibattito giurisprudenziale e dottrinale prima dell'intervento delle Sezioni Unite si vedano: V. Pandolfini, *Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a sé medesimo*, in *Giur. it.*, 2000, 507, F. Di Ciommo, *Danno «allo» scolaro e responsabilità «quasi oggettiva» della scuola*, in *Foro it.*, 1999, I, 1575.

(24) Non è questa la sede per affrontare il problema della responsabilità da contatto sociale. È sufficiente ricordare come questa categoria - di elaborazione dottrinale e di ascendenza tedesca - sia riuscita ad ottenere l'avallo della giurisprudenza. Prendendo le mosse dalla considerazione che un contatto sociale "qualificato" può rendere più agevoli reciproche interferenze lesive, secondo parte della dottrina in tali situazioni sarebbero presenti le medesime ragioni giustificative che rendono opportuno configurare la categoria degli obblighi di protezione quale corollario dell'obbligo (principale) di prestazione; solo che nel caso del contatto sociale qualificato tali obblighi non sarebbero accessori di un obbligo principale, ma diventano fonte di responsabilità da inadempimento (e non da fatto illecito), dando luogo ad una responsabilità da violazione di un'obbligazione senza prestazione (per tutti si veda C. Castronovo, voce *«Obblighi di protezione»,* in *Enc. giur. Treccani,* XXI, Roma, 1990, *passim*, Id., *La nuova responsabilità civile,* Milano, 2006, III ed., 443, Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 679). La categoria del contatto sociale qualificato è stata fatta propria dalla giurisprudenza - oltre che per la responsabilità degli insegnanti di cui si va discorrendo - nel caso della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria (il *leading case* è rappresentato da Cass., sez. un., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 2635), nonché per la responsabilità della banca girataria per l'incasso in caso di illegittimo pagamento di assegno bancario non trasferibile (Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in questa *Rivista*, 2008, 160), sulla quale si rimanda a A. Di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007, 1710, G. Cottino, *Dalle Sezioni Unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, in *Giur. it.*, 2008, 1152, A.P. Benedetti, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*, in questa *Rivista*, 2008, 165.

(25) Si segnalano: Cass. 3 marzo 2010, n. 5067, in *Giust. civ.*, 2011, I, 771, Cass. 20 aprile 2010, n. 9325, in questa *Rivista*, 2011, 392, Cass. 26 aprile 2010, n. 9906, in questa *Rivista,* 2011, 393, Cass. 29 aprile 2006, n. 10030, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 361, Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, in questa *Rivista,* 2006, 1081. Nella giurisprudenza di merito si vedano: Trib. Catanzaro 18 giugno 2009, in *Resp. civ. prev.,* 2010, 145, con nota di M. Foglia, Trib. Bari 24 aprile 2009, in *Fam. dir.*, 2009, 1163, Trib. Perugia 22 marzo 2005, in *Rass. giur. umbr.*, 2007, 47, Trib. Ancona 19 settembre 2005, in *Riv. giur. scuola*, 2006, 395, Trib. Milano 19 gennaio 2004, in questa *Rivista*, 2004, 1096, Trib. Roma 17 febbraio 2003, in *Arch. civ.*, 2003, 649.

(26) T. Perna, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale la responsabilità extracontrattuale: il "contatto sociale" in ambito scolastico*, in questa *Rivista*, 2006, 1087.

(27) F. Di Ciommo, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro it.*, 2002, I, 2636. Si potrebbe anche rilevare come non sia ben comprensibile perché la giurisprudenza non estenda il medesimo regime paracontrattuale anche a tutte le ipotesi in cui l'allievo sopporta un danno, cfr. A. Menini, *I confusi limiti della responsabilità dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 364.

(28) Sul punto vedi anche M. Pastore, *Responsabilità da contatto sociale dell'insegnante:* cui prodest*?*, in questa *Rivista*, 2011, 400.

pure convincente in relazione alle vicende specifiche del caso esaminato. Infatti, atteso comunque che gli obblighi di vigilanza dell'insegnante non hanno carattere assoluto ma relativo (29), diviene allora difficilmente comprensibile come sia stato possibile ascrivere la responsabilità agli insegnanti per non aver esercitato "preventivamente" un controllo adeguato, al fine di evitare eventuali condotte autolesioniste degli studenti, controllo che avrebbe dovuto consistere nell'ispezione delle camere e nella valutazione della loro "sicurezza". Soprattutto, nel caso di specie, tale giudizio avrebbe dovuto prevedere l'eventualità (del tutto remota) che un sedicenne si avventurasse nel corso della notte su di un lastrico solare non illuminato dopo aver scavalcato la recinzione del terrazzo della propria camera: pare proprio che in questo caso la valutazione della diligenza degli insegnanti sia stata completamente condizionata (*ex post*) dal verificarsi di un evento dannoso tanto grave nelle conseguenze quanto imprevedibile.

Il ruolo del danneggiato: una chiosa finale

Alcune considerazioni finali debbono essere senz'altro dedicate alla questione del ruolo del danneggiato. Le peculiarità della vicenda oggetto di questo giudizio mettono in risalto la rilevanza centrale che assume l'interazione tra la condotta del (potenziale) danneggiato e quella del responsabile. Infatti sia nel giudizio circa la responsabilità dell'albergatore-custode che in quello per la responsabilità dell'istituto scolastico (e degli insegnanti) appare evidente come l'elemento centrale della vicenda sia stato, senza dubbio, la condotta - assolutamente e gravemente imprudente - della danneggiata.
Nondimeno traspare chiaramente dalla lettura della sentenza come i giudici di legittimità abbiano - più o meno consapevolmente - optato per una valutazione in termini decisamente riduttivi della condotta della vittima. Infatti la Cassazione, sia in relazione alla responsabilità *ex* art. 2051 c.c. che riguardo a quella dell'istituto scolastico e degli insegnanti, ha ritenuto che l'apporto del comportamento imprudente della danneggiata dovesse essere valutato esclusivamente ai sensi dell'art. 1227 c.c. Il *favor* nei confronti della vittima ha, evidentemente, indirizzato i giudici verso tale valutazione degli eventi: in tal senso la condotta volontaria della danneggiata, pur essendo gravemente imprudente e negligente, non è stata ritenuta tale da interrompere il nesso causale tra l'evento e le condotte omissive sia del custode che degli insegnanti.
Tale atteggiamento non può che lasciare perplessi. Come parte della dottrina ha avuto modo di sottolineare (30), il giudizio di responsabilità deve necessariamente prendere atto della struttura intrinsecamente bilaterale dell'illecito civile: danneggiato e danneggiante non sono necessariamente due soggetti che si "scontrano" solo in occasione dell'evento dannoso. Infatti spesso - pur con diverse articolazioni - sono soggetti che tra loro interagiscono già prima del danno. In caso di responsabilità da cose si assiste ad una relazione-interazione tra danneggiante e danneggiato dove entrambi confidano nella condotta diligente e/o prudente dell'altro ed entrambi hanno la possibilità di adottare misure di prevenzione del danno (31): addirittura, spesse volte, è proprio il potenziale danneggiato che ha la possibilità, attraverso una condotta anche solo "normalmente" prudente ed accorta, di evitare il danno con il minor costo di prevenzione. Considerazioni ancora più decise valgono per la responsabilità degli insegnanti, soprattutto se tale responsabilità si manifesta verso alunni che si avviano verso la maggiore età. È palese, infatti, che gli insegnanti "confidino" ragionevolmente sul fatto che gli alunni (di età tale per cui deve esservi un certo qual grado di maturità) non vaghino durante la notte sui tetti dell'albergo in cui dimorano.
Nella sentenza in commento la Cassazione non mostra di tenere in alcuna considerazione tali dati. La Corte di legittimità mira, infatti, a riconoscere il diritto al risarcimento a favore della vittima, probabilmente per ragioni di comprensibile "giustizia del caso concreto" e grazie alla possibilità di ascrivere la responsabilità a due "tasche profonde" (gestore dell'albergo e istituzioni scolastiche). Per giungere a tale risultato, pur riconoscendo la innegabile potenziale rilevanza ai fini della riduzione *ex* art. 1227, comma 1, c.c., la Cassazione finisce per obliterare quasi completamente la rilevanza della condotta della vittima.

Note:

(29) Tra le molte Cass. 23 giugno 1993, n. 6937, in *Vita not.*, 1994, I, 227, che evidenzia proprio la rilevanza dell'età degli allievi per stabilire la misura della sorveglianza necessaria da parte dell'insegnante.

(30) Jules L. Coleman, *The Structure of Tort Law*, in *97 Yale L. J.* (1988), 1233, C. Pierce Wells, *Tort Law as Corrective Justice: A Pragmatic Justification for Jury Adjudication*, in *88 Mich. L. Rev.* (1990), 2348, F. Cafaggi, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, *passim*.

(31) A.P. Benedetti, *Condotta del danneggiato e responsabilità da cose in custodia: spunti di riflessione*, cit., 238.

Responsabilità civile e onere probatorio

Il danno da calunnia

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 12 gennaio 2012, n. 300 - Pres. Petti - Est. Lanzillo - P.M. Russo (conf.) - F.V. c. L.V.P.

La semplice presentazione di una denuncia penale, poi archiviata, non costituisce, di per sé, fonte di responsabilità e risarcimento del danno, dovendo necessariamente ricorrere, al fine della qualificazione della denuncia in termini di calunnia, il dolo e non semplicemente la colpa del denunciante. Da ciò deriva che il denunciante non incorre in responsabilità civile se non quando, agendo con dolo, si rende colpevole di calunnia, essendo irrilevante la mera colpa, determinata da leggerezza o avventatezza ed essendo richiesto, per contro, per l'imputabilità del reato di calunnia ed il conseguente risarcimento del danno, la precisa volontà dolosa del denunciante. È onere del danneggiato dimostrare tutti i presupposti dell'illecito addebitato al convenuto, cioè non solo la materialità delle accuse, ma anche la consapevolezza della loro falsità ed infondatezza.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 31 agosto 2011, n. 17880; Cass. 27 gennaio 2010, n. 1703; Cass. 11 giugno 2009, n. 13531.
Difforme	Trib. Venezia 6 luglio 2006; Trib. Bologna 12 maggio 1994; Trib. Roma 14 aprile 1989.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

1. - Il primo motivo, con cui ricorrente richiama "tutto quanto dedotto con il primo e secondo grado del giudizio, con l'atto di appello, gli scritti difensivi e le memorie prodotte, che si intendono richiamati integralmente", è inammissibile.

I motivi di ricorso debbono riguardare capi ben individuati della sentenza impugnata e debbono contenere l'indicazione specifica delle censure che ad ognuno di essi si addebitano: censure che debbono rientrare fra i motivi per il quali la legge ammette il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., e che debbono sintetizzare tutti gli aspetti in relazione ai quali la decisione impugnata si ritiene illegittima od erronea.

Non è ammissibile il mero rinvio ad altri atti del processo.

2. - Con il secondo e il terzo motivo il ricorrente lamenta violazione degli artt. 112, 113, 114, 115, 133, 342 c.p.c., ed altri, nonché omessa pronuncia, motivazione insufficiente e contraddittoria e travisamento dei fatti, nella parte in cui la Corte di appello ha dichiarato inammissibile l'istanza di produzione di documenti, da lui proposta con l'atto di appello.

Con il quinto motivo propone le medesime doglianze sul rilievo che la Corte di appello ha utilizzato ai fini della decisione documenti tardivamente prodotti in primo grado dall'avversario.

2.1. - I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati perché connessi, sono anch'essi inammissibili.

In primo luogo il ricorrente non specifica di avere prodotto in questa sede i documenti di cui lamenta la mancata ammissione, né indica come essi siano reperibili fra gli atti e i documenti di causa; quali dei documenti medesimi fossero stati già ammessi in primo grado; quali avrebbero dovuto essere comunque ammessi in appello e per quali ragioni; per quali motivi l'esame dei documenti non ammessi avrebbe dovuto condurre la Corte di appello ad una diversa decisione, e sotto quali profili sarebbe configurabile un vizio di motivazione della sentenza impugnata, anziché la mera, discrezionale valutazione circa la rilevanza probatoria delle acquisizioni istruttorie, valutazione che spetta al giudice di merito e che non è censurabile in sede di legittimità ove risulti congruamente e logicamente motivata, come deve dirsi del caso di specie.

Il richiamo alle ragioni di rilevanza "indicate nella memoria 11 dicembre 2004" è insufficiente, sia perché non specifica come e dove sia reperibile la suddetta memoria; sia perché le ragioni della fondatezza dei motivi di ricorso debbono essere esposte, come si è detto, in diretta connessione con l'illustrazione dei motivi; non tramite il generico riferimento ad atti del processo di merito non meglio individuati nel loro contenuto.

La premessa in fatto del ricorso - che in quasi cento pagine trascrive testualmente il testo di vari atti del processo - è irrilevante e non può essere presa in esame, essendo inammissibile il c.d. assemblaggio, cioè la trascrizione testuale del contenuto dei precedenti atti difensivi, senza una sintesi del relativo contenuto. Tal modo di procedere ostacola l'individuazione della materia del contendere e la comprensione dell'oggetto della pretesa e dei motivi di censura, in immediato coordinamento con il tenore della sentenza impugnata (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 16628 del 2009; Cass. civ., sez. III, ord. nn. 20393 e 20395 del 22 settembre 2009 e ord. 30 giugno 2010 n. 15631).

3. - Il quarto motivo, con cui il ricorrente denuncia violazione di varie norme di legge, fra cui quella dell'art. 27 Cost., illogicità manifesta e altri vizi di motivazione, poiché la Corte di appello non avrebbe fatto uso della presunzione di innocenza, è manifestamente infondato, oltre che inammissibile perché apoditticamente formulato.
Il ricorrente non espone le ragioni per cui la sentenza impugnata avrebbe violato la legge, affermando che il principio della presunzione di innocenza non ha nulla a che fare con le questioni qui dibattute.
5. - Con la prima parte del sesto motivo (indicato nel ricorso come 4^) il ricorrente denuncia violazione di varie norme del codice di procedura civile, ed in particolare degli artt. 112, 183, 184, 184 bis e 294 c.p.c., nonché vizi di motivazione e travisamento dei fatti, poiché il giudice di appello ha emesso condanna a suo carico prendendo in esame comportamenti diversi da quelli posti a base dell'atto di citazione.
Assume che l'atto introduttivo del giudizio riguardava solo il carattere calunnioso della denuncia per appropriazione indebita, proposta tramite il Comitato antiracket, di cui al procedimento penale n. 1420/1997, mentre la Corte di merito ha preso in esame l'ulteriore denuncia alla Procura della Repubblica (anch'essa archiviata), di cui alla memoria depositata dal L.V. ai sensi dell'art. 183 c.p.c., u.c.
5.1. - La censura è inammissibile, poiché il ricorrente non esplicita e non dimostra che gli ulteriori addebiti di cui alla citata memoria costituivano inammissibili domande nuove, fondate su fatti nuovi, e non invece mere specificazioni e integrazioni delle domande proposte con l'atto di citazione, come ha motivato la Corte di appello. Le censure non valgono pertanto a confutare quanto ha deciso la sentenza impugnata.
6. - La rimanente parte del sesto motivo, unitamente al nono e al decimo motivo (indicati nel ricorso come settimo,ottavo e nono), vanno congiuntamente esaminati perché connessi, in quanto tutti censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto sussistere gli estremi oggettivi e soggettivi del delitto di calunnia.
Il ricorrente denuncia violazione degli art. 368 c.p., 25 e 27 Cost., nonché molteplici vizi di motivazione, sul rilievo che la Corte di appello:
a) ha trascurato di considerare che non egli personalmente, ma il Comitato antiracket, ha presentato all'autorità giudiziaria la denuncia contro il L.V., sicché manca il presupposto oggettivo del reato, essendosi egli limitato a rispondere all'interrogatorio a cui è stato sottoposto nel corso delle indagini di polizia giudiziaria attivate dal Comitato;
b) non ha effettuato alcuna indagine sulla sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo, che connota il delitto di calunnia e che va ravvisato nella consapevolezza di rivolgere un'accusa falsa. Egli era invece convinto della veridicità delle sue dichiarazioni e per questa ragione il procedimento penale a suo carico ò stato archiviato. Richiama i principi per cui il denunciante non può essere condannato per calunnia per il solo fatto che il denunciato sia stato assolto dal reato addebitatogli, ma solo se siasi costituito parte civile nel processo penale ed abbia sostenuto l'accusa, incorrendo in responsabilità aggravata (Cass. civ. n. 15646/2003);
c) ha posto erroneamente a suo carico l'onere della prova della mancanza del dolo, mentre avrebbe dovuto la controparte dimostrare il presupposto soggettivo dell'illecito;
d) ha disatteso il principio giurisprudenziale per cui la denuncia di un reato costituisce esercizio di un diritto ed in quanto tale non è fonte di responsabilità; qualora poi il reato sia perseguibile di ufficio, viene meno il nesso causale fra la denuncia e l'apertura del procedimento penale, quindi la responsabilità del denunciante deve essere comunque esclusa.
7. - I motivi sono fondati nei termini che seguono.
7.1. - Va premesso che la sentenza impugnata ha motivato la sua decisione sul presupposto che l'illecito posto a base della domanda risarcitoria proposta dal L.V. è la calunnia, così come prospettato con l'atto di citazione in primo grado.
Né l'attore in giudizio, né la Corte di appello, risultano avere fondato rispettivamente la domanda ed il giudizio di condanna al risarcimento dei danni su di un illecito civile di natura diversa e meno grave, in ipotesi perseguibile anche a titolo di colpa.
Il giudice di appello avrebbe pertanto dovuto verificare il ricorrere di tutti i presupposti, oggettivi e soggettivi, di quel particolare reato.
Per di più, la denuncia all'autorità giudiziaria non è stata inoltrata dal F., bensì da soggetti terzi (Comitato antiracket, quanto alla prima denuncia; esposto del Giudice dell'esecuzione, quanto alla seconda), entrambi dotati di piena capacità di valutazione dei fatti e di autonomo potere di decisione.
Il comportamento del F. avrebbe potuto essere considerato illecito, pertanto, solo previo accertamento del carattere calunnioso delle dichiarazioni da lui rese dapprima al Comitato antiracket; poi al PM, nel corso dell'interrogatorio reso a quest'ultimo; poi negli atti presentati al giudice dell'esecuzione che hanno sollecitato il successivo esposto alla procura della repubblica.
Ed invero, il mero fatto di avere sollecitato l'iniziativa del pubblico ministero denunziandogli gravi irregolarità rivelatesi poi insussistenti non costituisce, di per sé, Fonte di responsabilità per danni, ove non ricorrano gli estremi dell'addebito calunnioso, estremi che presuppongono il dolo, non essendo sufficiente la colpa (Cass. civ., sez. I, 18 dicembre 1964 n. 2899).
Più volte si è specificato che il denunciante non incorre in responsabilità civile se non quando, agendo con dolo, si renda colpevole di calunnia (Cass. civ. 7 aprile 1978 n. 12237), dovendosi ritenere irrilevante la mera colpa, determinata da leggerezza, irriflessione, avventatezza, confusione o comunque da errore, cosi come la denuncia soltanto imprudente (Cass. civ. 8 marzo 1972 n. 4375), essendo richiesto per l'imputabilità del reato di calunnia il dolo: dolo che deve essere necessariamente dimostrato (Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 1967 n. 163).
In sede penale si è deciso che neppure il dolo eventuale è rilevante, considerato che la formula normativa - che ravvisa il delitto in chi incolpa "taluno che egli sa innocente" - risulta particolarmente pregnante e indicativa della

consapevolezza certa dell'innocenza dell'incolpato (Cass. pen., sez. VI, 10 luglio 2000 n. 9853; Cass. pen. n. 17992 del 2007; Cass. pen. n. 34881 del 2007, fra le altre).
Va soggiunto che anche la diretta presentazione della denuncia avente ad oggetto un reato perseguibile di ufficio non determina di per sé la responsabilità penale o civile del denunciante, poiché la perseguibilita di ufficio interrompe il nesso causale fra la denuncia medesima e l'apertura del procedimento penale, che segue ad iniziativa autonoma dell'ufficio; salvo che nella denuncia ricorrano gli estremi della calunnia: cioè della consapevole attribuzione all'accusato di fatti e comportamenti illeciti che il denunciate sa con certezza non essere veri (Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2003 n. 15646; 25 maggio 2004 n. 10033; 26 gennaio 2010 n. 1542).
Anche sotto questo aspetto la Corte di appello avrebbe dovuto concretamente accertare la sussistenza del dolo da parte del F., al fine di ravvisare gli estremi del comportamento calunnioso.
La sentenza impugnata, per contro, ha fondato il giudizio di responsabilità su accertamenti ed argomentazioni che potrebbero tutt'al più configurare avventatezza, imprudenza o insipienza del ricorrente, nell'avere ritenuto il L.V. penalmente responsabile di appropriazione indebita; ma non certo la convinzione della sua innocenza.
La motivazione di condanna si fonda sul fatto che non è stata fornita la prova che fosse intercorsa fra le parti una valida e definitiva transazione e che ogni debito del F. fosse stato pagato; che pertanto il L.V. aveva legittimamente rifiutato la restituzione dei titoli, potendosi configurare ulteriori posizioni debitorie a carico dell'appellante; che quest'ultimo avrebbe dovuto ritenere corretto l'operato del legale - sebbene il suo debitore M. gli avesse dichiarato che ogni debito era stato saldato e che egli stesso aveva sollecitato l'avv. L.V. a restituirgli i titoli - a causa della complessità dei rapporti di dare ed avere; e avrebbe dovuto rendersi conto dell'inaffidabilità delle dichiarazioni del M. ("affetto da patologia tale da impedirgli un sereno ricordo dell'accaduto").
Trattasi di argomentazioni sufficienti a dimostrare, tutt'al più, una colpa del ricorrente; non certo la sua concreta e lucida consapevolezza dell'innocenza dell'incolpato, come richiesto per la sussistenza del delitto di calunnia, posto a base della domanda giudiziale. Parimenti erronea è l'affermazione della Corte di appello secondo cui il F. avrebbe dovuto dimostrare l'insussistenza del dolo.
Al contrario, era onere del danneggiato dimostrare tutti i presupposti dell'illecito di calunnia, addebitato al convenuto, cioè non solo la materialità delle accuse, ma anche la consapevolezza della loro falsità ed infondatezza. La sentenza impugnata deve essere per questa parte cassata, con rinvio della causa alla Corte di appello di Palermo, in diversa composizione, perché decida la controversia applicando i principi di diritto sopra enunciati (in corsivo) e con congrua e logica motivazione.
8. - Il settimo e l'ottavo motivo (sesto e settimo del ricorso) - che denunciano violazione dell'art. 24 Cost. e art. 598 c.p. e difetto del nesso di causalità - risultano assorbiti.
9. - L'undicesimo motivo (decimo nel ricorso), che lamenta omesso esame della domanda riconvenzionale, è generico e non autosufficiente, perché formulato con il mero richiamo al decimo motivo di appello, ed è intrinsecamente contraddittorio, perché lamenta contemporaneamente omessa pronuncia e illogicità della motivazione sul medesimo punto.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Roberto Foffa (*)

Il danno da calunnia presuppone la prova della sussistenza di tutti gli elementi, soggettivi ed oggettivi, della fattispecie criminosa. La sentenza in commento si sofferma, con estrema precisione, sul contenuto del relativo onere probatorio, che è a carico del danneggiato.

Il caso

La sentenza in commento si occupa di una vicenda ai confini tra illecito civile ed illecito penale e trae spunto dalla richiesta risarcitoria avanzata da un legale nei confronti di un soggetto da cui si riteneva calunniato. Infatti l'avvocato, nella propria veste di difensore di un creditore, aveva negoziato un accordo transattivo tra il suo cliente ed un debitore. Il credito era fondato su titoli, che all'atto della sottoscrizione della transazione erano stati trattenuti dallo stesso avvocato, presumibilmente a garanzia del corretto adempimento dell'accordo. Il debitore, a quanto si può desumere dalle premesse in fatto, asseriva di aver onorato l'accordo transattivo, ma il creditore, assistito dal medesimo avvocato, aveva ugualmente promosso un procedimento esecutivo nei suoi confronti, proprio utilizzando quei titoli (cambiali) trattenuti in sede di accordo. Il debitore era stato costretto a pagare le somme portate dai titoli, ma a quel punto si era rivolto ad un comitato locale anti-racket per segnalare l'accaduto. Il comitato, a sua volta, ne aveva informato la procura competente, che aveva aperto un fascicolo nei confronti dell'avvocato con l'accusa di appropriazione indebita aggravata, archiviato dopo appena cinque mesi.
A questo punto l'avvocato, ritenendosi calunniato, aveva citato per danni il debitore, chiedendo ben un miliardo di lire di risarcimento. Il Tribunale accordava la minor somma di soli quaranta milioni di lire. La Corte d'Appello di Palermo confermava la condanna, ma dimezzava il risarcimento. La Cassazione cassa con rinvio la sentenza di merito, ritenendo del tutto insussistenti i presupposti per il risarcimento del danno. La mera presentazione di una denuncia poi archiviata, spiega la Corte, non costituisce, di per sé, fonte di responsabilità e risarcimento del danno, dovendo necessariamente ricorrere, al fine della qualificazione della denuncia in termini di calunnia, il dolo e non semplicemente la colpa del denunciante.
Da ciò deriva che il denunciante non incorre in responsabilità civile se non quando, agendo con dolo, si rende colpevole di calunnia, essendo irrilevante la mera colpa, determinata da leggerezza o avventatezza ed essendo richiesto, per contro, per l'imputabilità del reato di calunnia ed il conseguente risarcimento del danno, la precisa volontà dolosa del denunciante.

Il reato di calunnia

La Corte di Cassazione, dunque, è molto chiara, e si inserisce in una corrente interpretativa a cui si attiene fedelmente ormai da decenni. Per il risarcimento del danno, di natura essenzialmente non patrimoniale, non basta una denuncia o una querela - che, di per sé, non provocano alcun danno - . Tanto più che la valutazione in ordine all'apertura del fascicolo ed alla gestione dell'indagine spetta all'organo titolare dell'azione penale, la cui attività, per giurisprudenza pressoché costante, rescinde ogni legame causale tra la denuncia originaria ed il danno patito dal denunziato: anche quando la denunzia si riveli infondata, il suo autore non sarà ritenuto responsabile di tale danno, se non quando la sua azione integri gli estremi del reato di calunnia, «cioè della consapevole attribuzione all'accusato di fatti e comportamenti illeciti che il denunciate sa con certezza non essere veri».
Si rende, quindi, necessaria una pur breve disamina della fattispecie penale prevista e punita dall'art. 368 c.p. (1).
La calunnia è un reato contro l'amministrazione della giustizia, che può essere integrato in due modi: o incolpando taluno, di cui si conosca l'innocenza, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta alla Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferire, ovvero simulando le tracce di un reato. Tale fattispecie incriminatrice è considerata

Note:

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

(1) In generale sul reato di calunnia: Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2007, 359; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, XV ed. integrata ed aggiornata a cura di Grosso, Milano, 2008, 504 ss.; Pulitanò, *Calunnia e autocalunnia*, in *Dig. d. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 12 ss.

da dottrina e giurisprudenza un tipico reato di pericolo, nel senso che è necessario il semplice pericolo che la denuncia possa dare origine ad un procedimento penale. Quanto al bene giuridico tutelato, in estrema sintesi, secondo autorevole dottrina (2) il reato deve considerarsi plurioffensivo, nel senso che oltre al bene dell'attività giudiziaria è leso un interesse della persona calunniata che va ravvisato nell'onore o nella reputazione, o comunque nella lesione all'integrità personale derivante dal pericolo di un procedimento ingiusto. Naturalmente il dibattito penalistico è ben più ampio ed articolato, ma ai fini del presente commento è sufficiente riassumere i caratteri fondamentali di tale illecito. Sotto il profilo oggettivo, dunque, la calunnia può essere integrata o dalla denuncia, diretta alla Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferire (come accaduto nel caso in esame), o dalla simulazione di tracce a carico di un soggetto terzo, che abbiano caratteri tali da integrare «un illecito penale completo di tutti suoi elementi, che lo fanno un possibile oggetto di sentenza ingiusta» (3).
Sotto il profilo soggettivo, il reato è punito a titolo di dolo, sebbene alcune pronunce di merito abbiano accettato anche un grado di colpevolezza molto inferitore. L'art. 368 statuisce in maniera molto esplicita che non solo l'accusato non deve essere colpevole di ciò di cui viene accusato, ma anche che l'accusatore deve essere pienamente consapevole di tale innocenza. Il che sembra escludere dall'area di punibilità non solo le condotte caratterizzate da colpa, ma anche quelle connotate da forme soggettive meno intense di dolo. La dottrina penalistica, del resto, esclude *ab immemore* che la calunnia sia punibile non solo a titolo di colpa, ma anche di dolo eventuale (4). Sulla stessa linea si muove, ormai concordemente, la giurisprudenza penale di legittimità (5), secondo cui il dolo del reato di calunnia si compone dell'intenzione di incolpare e della certezza dell'innocenza dell'incolpato. Entrambi gli elementi sono da considerarsi indefettibili. In questo modo, la Cassazione ha escluso la compatibilità della colpa e del dolo eventuale con la fattispecie di calunnia, puntualizzando nel contempo che l'intenzionalità dell'incolpazione e la precisa coscienza dell'innocenza dell'incolpato «costituiscono (...) due elementi che sono e vanno mantenuti distinti concettualmente. Mentre per il primo non vi è ragione di escludere quanto meno in via di principio, l'idoneità anche del solo dolo eventuale (...), per il secondo dato (...) va esclusa l'idoneità del solo dolo eventuale, nonostante qualche oscillazione sul punto di dottrina e giurisprudenza».
L'incertezza, l'errore, lo stato di dubbio dell'accusatore sono tutte circostanze idonee ad escludere il dolo. La sentenza in commento, dichiarando che la calunnia consiste nella consapevole attribuzione all'accusato di illeciti «che il denunciate sa con certezza non essere veri», lascia ben poco spazio ad interpretazioni meno rigorose, come quella proposta dalla sentenza di merito cassata con rinvio. La Cassazione, infatti, osserva che la Corte di appello «avrebbe dovuto concretamente accertare la sussistenza del dolo», al fine di configurare gli estremi del comportamento calunnioso, mentre invece «ha fondato il giudizio di responsabilità su accertamenti ed argomentazioni che potrebbero tutt'al più configurare avventatezza, imprudenza o insipienza del ricorrente, nell'avere ritenuto il L.V. penalmente responsabile di appropriazione indebita; ma non certo la convinzione della sua innocenza». È dunque evidente che il debitore, denunciando l'avvocato al comitato antiracket, ha tenuto un comportamento che potrebbe tutt'al più essere connotato da colpa, ossia da un elemento soggettivo del tutto insufficiente per configurare il reato.
In numerose pronunce la giurisprudenza penale ha affermato l'insussistenza in capo al denunciante di un obbligo di svolgere preventive indagini, collocando la condotta incauta o "frivola" sul piano della colpa. Ma il discorso, in un caso come quello in esame, potrebbe essere visto in un'altra ottica: un soggetto danneggiato che ritiene la condotta del reo non solo illecita ma tale da giustificare una denuncia non può e non deve svolgere particolari indagini sulla colpevolezza dell'accusato. Ovvio che il privato cittadino non possa avere conoscenze tecniche tali da sapere se sussistano o meno tutti gli elementi di una fattispecie incriminatrice; d'altronde, non spetta certo al cittadino formulare giudizi di colpevolezza. Al contrario, come sostenuto già in tempi molto lontani da illustre dottrina, perché la giustizia sia efficace, è necessario «che il privato passivo di un delitto non si trattenga per timore di pene dal de-

Note:

(2) Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 638.

(3) Così Pulitanò, *Calunnia e autocalunnia*, cit., 12.

(4) Spinelli, *Considerazioni sul delitto di calunnia reale*, in *Arch. pen.,* 1973, I, 269; Miranda, *Dolo diretto e dolo eventuale nel delitto di calunnia*, in *Foro pen.,* 1967, 589; Benessia, *Consapevolezza dell'altrui innocenza e dolo eventuale del delitto di calunnia*, in *Riv. it. dir. pen.,* 1966, 577.

(5) Tra le più recenti, Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 2750, in *Cass. pen.,* 2010, 1, 161, con nota di Castellabate; Cass. pen., sez. VI, 11 gennaio 2012, n. 3179, in *Dir. giust.*, 2012, 69, con nota di Galasso.

nunciare i suoi sospetti circa l'autore» (6). La calunnia, in conclusione, rimane configurata nei soli casi delle denunce false e svolte in perfetta malafede.

La responsabilità civile da calunnia

Come già precisato, perché sussista responsabilità civile è indispensabile che siano integrati tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, della fattispecie penale testé descritta. La relativa prova, naturalmente, spetta alla parte attrice. Sul punto la sentenza della Cassazione si esprime in termini inequivoci: «era onere del danneggiato dimostrare tutti i presupposti dell'illecito di calunnia addebitato al convenuto, cioè, non solo la materialità delle accuse, ma anche la consapevolezza della loro falsità ed infondatezza». Un simile onere probatorio risulta ovviamente assai difficile da assolvere, tolti i casi in cui l'attore sia in grado di dimostrare di essere stato oggetto di accuse chiaramente inventate, che non lascino dubbi sulla malafede dell'accusatore. Lo spazio per un risarcimento del danno risulta, quindi, estremamente ridotto, se non del tutto assente, in tutti quei casi in cui la situazione di fatto si presenti ambigua, e comunque tale da non rendere del tutto assurda la denuncia.

Una parte della giurisprudenza di merito, negli ultimi anni, ha cercato di allargare le maglie della responsabilità civile, accettando, come già accennato, di configurarla anche in presenza di elementi oggettivi e soggettivi ben più tenui. Ad esempio, secondo il Tribunale di Venezia (7), «il denunciante risponde dei danni patrimoniali e all'integrità morale patiti dal denunciato non solo se ha agito con dolo, ossia se è incorso nel reato di calunnia, ma anche quando una più attenta (diligente) verifica dei fatti oggetto di denuncia avrebbe consentito di apprezzarne l'irrilevanza giuridica, evitando l'avvio di un procedimento penale infine sfociato in una sentenza di assoluzione». In questi casi viene configurata un'ipotesi di responsabilità civile pur in assenza di tutti gli elementi necessari per integrare la calunnia: responsabilità collegata alla colposa presentazione di una denuncia infondata. La pronuncia non è del tutto isolata: anche altri Tribunali hanno affermato che la denuncia priva di fondamento «può essere fonte di responsabilità civile, non solo quando sia stata determinata da dolo, ma altresì quando sussista una colpa grave» (8). Tutte queste sentenze fanno riferimento, più o meno esplicitamente, ad un invocato principio di autonomia fra illecito penale ed illecito civile, che consente di ritenere un fatto "contra jus" e produttivo di danni anche se esso non assume rilevanza sul piano penalistico ed è connotato da un elemento soggettivo che lo rende penalmente irrilevante.

D'altronde, come si è visto, anche la sentenza della Corte d'Appello di Palermo aveva accertato in capo al debitore un atteggiamento colposo: ma, si ricordi, è stata cassata proprio per questo.

Contrariamente a quella di merito, la giurisprudenza di legittimità si dimostra estremamente rigorosa. Chi vuole ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale (*ex* combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., che presuppone un illecito che costituisca reato), deve dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi della fattispecie penale. Sul punto si può dire che la giurisprudenza della Suprema Corte sia assolutamente costante da decenni (9). Nel caso in commento, la denuncia penale si era risolta in niente, finendo archiviata nel giro di pochi mesi. In un caso come questo, l'illecito denunciato non solo appare carente sotto il profilo soggettivo, ma di modesto rilievo anche sotto quello oggettivo.

Pronunce anche molto recenti si sono occupate di casi in cui le conseguenze della denuncia erano state ben più gravi, ma le conclusioni non sono mutate. Nel caso deciso da Cass. n. 1703/2010 (10), per esempio, la denuncia aveva dato origine ad un dibattimento in piena regola, poi concluso con l'assoluzione degli imputati. I quali, tuttavia, avevano dovuto sopportare gli oneri e l'onta di un procedimento penale istruito sulla base di accuse risultate infondate. La Corte d'Appello aveva rigettato le richieste attoree per via dell'obiettiva ambiguità di quella fattispecie, che secondo una certa linea interpretativa avrebbe davvero potuto configurare un reato. Ricor-

Note:

(6) Carrara, *Programma di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, Bologna, 1870, 200. L'Autore sottolineava anche la duplice direzione lesiva del delitto di calunnia, con riguardo al «diritto universale che hanno tutti i cittadini perché la giustizia pubblica non venga ingannata» ed al «diritto particolare della vittima designata».

(7) Trib. Venezia, 6 luglio 2006 in *Giur. merito*, 2006, 11, 2411.

(8) Trib. Trieste, 28 luglio 1993, e Trib. Bologna, 12 maggio 1994, entrambe in *Giur. merito*, 1995, 29, con nota di Scardillo. All'incirca in questo senso anche parte della dottrina penalistica: cfr. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. 2, Milano, 2000, 77 ss.: «nei delitti di falsa denuncia basta comunicare all'autorità quel tanto, anche se lacunoso e pieno di dubbi (purché non totalmente contraddittorio, assurdo e inattendibile) che potrebbe essere sufficiente a indurre l'autorità a iniziare le indagini dirette a stabilire se un reato - nel senso del diritto sostanziale - sia stato veramente commesso oppure no».

(9) Cfr. Cass. 4 febbraio 1992 n. 1147, in *Foro it.*, 1993, I, 3359.

(10) Cass. 27 gennaio 2010, n. 1703, in *Resp. civ.*, 2010, 4, 311, con nota di Facci e in *Dir. giust.*, 2010, 9, con nota di Vecchi.

rendo in Cassazione, gli imputati avevano dedotto che era di tutta evidenza la sussistenza del reato di calunnia, in quanto non si era prodotto solo il concreto pericolo di dar corso all'azione penale, ma vi era stato un vero e proprio processo. Ma la Corte, in linea con la giurisprudenza consolidata, aveva escluso la responsabilità civile, in quanto «la denuncia di un reato perseguibile d'ufficio non è fonte di responsabilità per danni a carico del denunciante, ai sensi dell'art. 2043 c.c., anche in caso di proscioglimento o di assoluzione del denunciato, a meno che essa non integri gli estremi del delitto di calunnia, poiché, al di fuori di tale ipotesi, l'attività pubblicistica dell'organo titolare dell'azione penale si sovrappone all'iniziativa del denunciante, togliendole ogni efficacia causale e interrompendo, così, ogni nesso tra tale iniziativa ed il danno eventualmente subito dal denunciato» (11).
Mancando la calunnia (per assenza dell'elemento soggettivo), l'illecito civile è da ritenersi completamente escluso, perché l'intervento del P.M. elide il nesso causale tra la denuncia originaria (non calunniosa, appunto) ed il danno eventualmente conseguito. Danno che, nella fattispecie appena descritta, era indiscutibile, se non altro sotto il profilo delle spese processuali sostenute.

In conclusione

La responsabilità civile da calunnia appare, quindi, un'ipotesi di danno estremamente circoscritta. Tolte alcune pronunce di merito che, come visto, tentano di estendere l'ambito di operatività della r.c. tramite un'interpretazione molto elastica (ma anche molto discutibile) del principio di colpevolezza, la giurisprudenza appare estremamente rigorosa nell'agganciare l'illecito civile a quello penale, addossando l'intero onere probatorio al danneggiato. Alla luce della giurisprudenza pur sommariamente esaminata, possiamo concludere che tale onere probatorio appare tutt'altro che agevole, mentre appare estremamente più semplice per l'accusatore invocare la prova liberatoria di aver agito nella ragionevole convinzione che potesse sussistere un reato.
Quanto a quest'ultimo, la giurisprudenza non fa alcuna distinzione fra reati procedibili d'ufficio o a querela di parte, né fra procedimenti archiviati durante le indagini o sfociati in un dibattimento. La gravità del reato addebitato e la durata del procedimento penale (in altri termini, la gravità del danno subito dall'accusato) non influiscono in alcun modo sulla responsabilità dell'accusatore, destinata ad infrangersi, salvo prova contraria, sullo scoglio del dolo.

Nota:

(11) In questi termini v. anche Cass. 11 giugno 2009, n. 13531, reperibile nelle banche dati *Pluris*; Cass. 13 gennaio 2005, n. 560, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1498; Cass. n. 10033 del 2004, reperibile nelle banche dati *Pluris*; Cass. 23 ottobre 2003, n. 15646, in *Il civilista*, 2011, 12, 58, con nota di De Stefani; Cass. 23 gennaio 2002, n. 750, in *Nuova giuri. civ. comm.*, 2003, I, 639, con nota di Tavella; Cass. 24 marzo 2000, n. 3536, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 599.

Custodia, danno morale e P.A.

Le voci di danno risarcibili nella responsabilità del custode

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 18 agosto 2011, n. 17344 - Pres. Petti - Rel. Chiarini - P.M. Carestia - M.M.G. c. COM L'Aquila, Philips S.p.A. e Ministero delle Attività Produttive

Esclusa la limitazione dell'art. 185 c.p. posta dall'art. 2059 c.c., le ipotesi di responsabilità oggettiva (artt. 2051, 2052, 2053 e art. 2054, comma 4, c.c.), pur non costituendo ipotesi di responsabilità per colpa presunta bensì di responsabilità fondata solo sull'elemento oggettivo costituito dalla relazione con la cosa dannosa, comportano, nel caso di lesione di valori costituzionalmente protetti, il risarcimento del danno sia patrimoniale, sia non patrimoniale.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975; Cass. 1° giugno 2004, n. 10482.
Difforme	*Ex multis* Cass. 17 novembre 1999, n. 12741; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9794.

Svolgimento del processo

Con sentenza del 4 febbraio 2004 la Corte di appello di L'Aquila, in accoglimento parziale del gravame del Ministero di giustizia avverso la sentenza di primo grado di condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e morali subiti da M.M.G. per essersi fratturata il femore inciampando su un rivestimento di plastica rigido, alto 3-4 cm., che copriva i cavi di un impianto acustico e di registrazione installato in un' aula di tribunale, commissionato da detto Ministero, riduceva dal 28% al 22% la percentuale dei postumi permanenti che il giudice di primo grado aveva aumentato di due punti rispetto alla valutazione del C.T.U. pur concordando con il giudizio secondo il quale la rimozione dell'endoprotesi e l'infissione dell'artroprotesi avrebbe comportato il peggioramento dello stato di salute della M., ma ritenendo eccessivo l'aumento praticato.

Diminuito corrispondentemente il risarcimento per il danno biologico, escludeva il danno morale perché la responsabilità del Ministero, riconosciuta ai sensi dell'art. 2051 cod. civ., non si fondava su un comportamento commissivo o omissivo, colposo o doloso, come causa del fatto dannoso, ma su una relazione tra il custode e la cosa dannosa con conseguente rischio di costui per i danni da questa prodotti e dovendosi escludere il danno morale per lesioni colpose nel caso di mancanza di accertamento concreto della colpa, ritenuta solo presuntivamente. Ricorre la M..

Il Ministero delle Attività Produttive ha rilasciato procura soltanto ai soli fini della partecipazione alla discussione orale.

Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva.

Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo la ricorrente lamenta "Violazione e falsa applicazione dell'art. 2051 c.c., dell'art. 2043 c.c., dell'art. 2059 c.c. e dell'art. 185 c.p." per aver la Corte di merito escluso il, danno morale, liquidato dal giudice di primo grado in lire trenta milioni, in base ad un orientamento di legittimità superato, secondo il quale la colpa del danneggiante doveva esser provata in concreto.

Con il secondo motivo deduce il "Difetto, insufficienza e contraddittorietà della motivazione" per avere la Corte di merito da un lato riconosciuto che il C.T.U., nella sua valutazione dei postumi, non aveva considerato il peggioramento della salute della M. derivante dalla necessità di rimuovere l'endoprotesi ed introdurre l'artroprotesi sottoponendosi ad un nuovo intervento, dall'altro ridotto immotivatamente di sei punti la percentuale di postumi permanenti riconosciuti dal Tribunale, con conseguente riduzione della somma riconosciuta a titolo di risarcimento del danno biologico.

1.1 - Le censure, che possono esaminarsi congiuntamente perché connesse, sono fondate.

Ed infatti già a decorrere dal 2003 questa Corte ha mutato l'indirizzo consolidato cui sembra riferirsi la sentenza impugnata nell'ultima parte riassunta in narrativa secondo cui se l'accertamento della responsabilità è stato effettuato in base a colpa presunta senza alcun concreto accertamento e qualificazione del fatto come reato, difetta il necessario presupposto per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c. in relazione all'art. 185 c.p. - e ha affermato (Cass. n. 7281 e n. 7282/2003), dando seguito ad un principio risalente (sez. un. n. 6651/1982), che anche in tal

caso il danno non patrimoniale è risarcibile, non essendo necessario che il fatto illecito integri in concreto un reato punibile, per concorso di tutti gli elementi a tal fine rilevanti. per la legge penale, essendo invece sufficiente che il fatto stesso sia astrattamente preveduto come reato, e sia conseguentemente idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla norma penale (Corte Costituzionale 233/2003) ed ha ricompreso in questa ipotesi anche la responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c. (Cass. 7281/2003). Quindi, nel medesimo anno 2003 questa Corte (sentenze nn. 8827, 8828/2003), in base ad un' interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. - "il danno non patrimoniale è risarcibile nei casi stabiliti dalla legge" - ha affermato che tale locuzione implica che tutti i danni ai valori e ai diritti costituzionalmente protetti e gravemente lesi sono risarcibili, dovendosi escludere che la risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, costituzionalmente garantito, sia soggetti al limite derivante dalla riserva di legge penale - art. 185 c.p. - e alla qualificabilità del fatto illecito come reato. Dunque da tale epoca la giurisprudenza di legittimità è rimasta fermissima nel ritenere che il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni in essa contenute, poiché il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale, non potendosi ritenere che ne possa restare esclusa la risarcibilità soltanto perché il danneggiato non ha provato la colpa del danneggiante, elemento a lui estraneo (Cass. 7283/2003, cit.).

1.3 - Successivamente questa Corte (20814/2004, in motivazione), pur rilevando che le ipotesi di responsabilità oggettiva - artt. 2051, 2052, 2053 c.c. e art. 2054 c.c., comma 4, - non sono ipotesi di responsabilità per colpa presunta, bensì ipotesi di responsabilità fondata solo sull'elemento oggettivo costituito dalla relazione con la cosa dannosa - e infatti la prova liberatoria del caso fortuito non incide sul nesso psicologico, ma sul nesso di causalità interrompendo la rilevanza causale tra la cosa e l'evento - ha riaffermato che anche in tal caso, nell'ipotesi di danno da lesione di valori costituzionalmente protetti, venuta meno la limitazione di cui all'art. 185 c.p. posta dall'art. 2059 c.c., la responsabilità oggettiva fonda sia il danno patrimoniale sia quello non patrimoniale, in tal modo spostando la risarcibilità dal piano della responsabilità a quello della tutela dei diritti inviolabili a carico del soggetto a cui è imputabile la lesione.

E poiché sarebbe irragionevole ritenere che nelle ipotesi di responsabilità oggettiva in cui il legislatore ha aggravato l'onere liberatorio del danneggiante dal piano della colpa - dimostrare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno - al piano causale - il caso fortuito che interrompe il nesso causale - in funzione di maggior tutela della vittima per la riparazione dei danni, l'ipotesi di lesione grave di valori della persona sia risarcibile soltanto come danno patrimoniale, va ribadito che anche nei casi in cui si prescinde dall'elemento soggettivo, poiché il comportamento del danneggiante non rileva, neppure attraverso l'inversione dell'onere della prova (Cass. 20427/2008), per affermare la responsabilità è risarcibile anche il danno non patrimoniale.

Pertanto le censure vanno accolte.

1.4 - Quanto poi al criterio di liquidazione del danno morale soggettivo derivato dalla grave lesione psicofisica al diritto alla salute, voce di danno non patrimoniale (S.U. 26972/2008, 25157/2008, 4053/2009), deve esser liquidata come componente del danno biologico (Cass. 8703/2009), nella cui valutazione il giudice di merito deve considerare le concrete conseguenze del fatto dannoso, tra cui il dolore soggettivo derivato alla persona dalla lesione subita al suo diritto all'integrità psico-fisica.

1.5 - Pertanto il ricorso va accolto, la sentenza impugnata va cassata e la causa rinviata per nuovo esame alla luce dei principi suddetti.

Il giudice di rinvio provvederà altresì a liquidare le spese, anche del giudizio di cassazione.

… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Veronica Montani (*)

La sentenza in commento affronta la questione relativa alla risarcibilità del danno non patrimoniale nell'ipotesi di responsabilità da custodia ai sensi dell'art. 2051 c.c. con particolare riferimento alla voce di danno morale, alla luce delle recenti decisioni giurisprudenziali sull'interpretazione dell'art. 2059 c.c.

Il caso

Il giudice di prime cure condannava ai sensi dell'art. 2051 c.c. il Ministero di Giustizia al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali sofferti dall'attrice per una frattura al femore provocata da caduta avvenuta in un'aula di tribunale per la presenza sul pavimento di cavi dell'impianto acustico di registrazione rivestiti da un sporgente rivestimento in plastica.

In parziale accoglimento dell'impugnazione avanzata dal Ministero, la Corte d'appello di L'Aquila riduceva l'importo del risarcimento per il danno biologico ed escludeva la risarcibilità del danno morale deducendo che, nell'ambito della responsabilità da custodia *ex* art. 2051 c.c., non sussisteva alcun accertamento concreto della colpa in capo al custode tale da giustificare il ristoro di tale voce di danno, essendo la stessa presuntivamente ritenuta.

La Corte di Cassazione, in accoglimento del ricorso avanzato dall'attrice, ha annullato la sentenza emessa dalla Corte di Appello, affermando, sulla base di precedenti pronunce, che anche nei casi di responsabilità fondate esclusivamente sull'elemento oggettivo, quale l'ipotesi prevista dall'art. 2051 c.c., è risarcibile non solo il danno patrimoniale ma anche il danno morale *ex* art. 2059 c.c. nella sua lettura costituzionalmente orientata, da liquidarsi, nel caso di specie, come componente del danno biologico dinamico.

Natura della responsabilità da custodia

La dottrina e la giurisprudenza hanno per lungo tempo dibattuto circa la natura della responsabilità del custode prevista dall'art. 2051 c.c.

Un primo orientamento ha offerto una lettura soggettiva della responsabilità *ex* art. 2051 c.c., ravvisandone un modello di responsabilità di colpa presunta (1). Infatti, nell'ipotesi in cui da un bene oggetto di custodia fosse derivato un danno al terzo, sussisteva una presunzione *juris tantum* di violazione da parte del custode degli obblighi di controllo e vigilanza sulla *res*, e più in generale, delle norme di diligenza nell'esercizio della custodia (2).

Secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale più recente, cui anche la sentenza in commento aderisce, l'art. 2051 c.c. contempla un'ipotesi di responsabilità oggettiva (3), sostituendo alla presunzione di colpa sopra descritta una presunzione di responsabilità. Il fondamento della responsabilità del custode è, infatti, basato esclusivamente sulla ricorrenza di due presupposti: il rapporto di causalità tra la cosa in custodia e il danno arrecato al terzo; e l'esistenza di una relazione tra la *res* e il custode. In questa prospettiva, non assume alcun rilievo il comportamento soggettivo del custode, essendo ininfluente rispetto alla fattispecie *ex* art. 2051 c.c. il rispetto o meno delle norme di diligenza nella custodia (4). In sostanza, il custode è chiamato a rispon-

Note:

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

(1) Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 1295; Cass. 7 febbraio 2005, n. 2410, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, 5; Cass. 1° ottobre 2004, n. 19653, in *Foro it.*, 2004, I, 443; Cass. 30 luglio 2004, n. 14606, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1870; Cass. 19 gennaio 2001, n. 782, in questa *Rivista*, 2001, 726; Cass. 20 novembre 1998, n. 11749, in *Giust. civ.*, Mass. 1998.

(2) In dottrina si veda M.C. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2011, 718; L. Corsaro, voce *Responsabilità da cose*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998, 103 ss.; V. Geri, La *responsabilità civile da cose in custodia, animali e rovina di edificio*, Milano, 1974, 8; A. De Cupis, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, *sub* art. 2050, Bologna-Roma, 1971, 82 ss.

(3) Cass. 24 febbraio 2011, n. 4476 in *Resp. civ.*, 2011, 388; Cass. 16 gennaio 2009, n. 993, in questa *Rivista*, 2009, 743; Cass. 7 ottobre, 2008, n. 24755, in *Arch. giur. circol. e sin.*, 2009, 2, 137; Cass. 25 luglio 2008, n. 20427, in questa *Rivista*, 2008, 1243, con nota di P. Laghezza, *Le insidie di una responsabilità da custodia mondata dalla mistica dell'insidia*; Cass. 19 febbraio 2008, n. 4279, in questa *Rivista*, 2008, 1112; Cass. 28 novembre 2007, n. 24739, in *Corr. giur.*, 2008, 1597, con nota di A. Carrato, *La responsabilita` dell'albergatore per il bene in custodia*; Cass. 30 ottobre 2008, n. 26051, in *Giur. civ.*, Mass. 2008, 10; Cass. 6 luglio 2006, n. 15383, in questa *Rivista*, 2006, 1145; Cass. 26 luglio 2005, n. 15613, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, 7; Cass. 11 gennaio 2005, n. 2051, in *Contratti*, 2005, 1101; Cass. 6 aprile 2004, n. 6753, in *Resp. civ.*, 2005, 302, con nota di R. Omodei Salé, *La responsabilità per danni da cose in custodia, tra presunzione di colpa e responsabilità oggettiva*; Cass. 9 febbraio 2004, n. 2430, in *Dir. e giust.*, 2004, 117; Cass. 20 maggio 2003, n. 12219, in *Foro it.*, 2004, I, 511.

(4) In dottrina F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2010, 378; G. Alpa, *La responsabilità civile*, in G. Alpa (a cura di), *Trattato di di-*

(segue)

dere delle conseguenze patrimoniali pregiudizievoli derivanti dalla cosa da lui custodita, indipendentemente da una propria specifica negligenza nell'esercizio di tale attività (5).
I diversi modelli di responsabilità descritti - in termini di colpa presunta ovvero di responsabilità oggettiva - portano con sé una differente interpretazione della prova liberatoria prevista dall'art. 2051 c.c., rappresentata dalla sussistenza del caso fortuito che esenta il custode da responsabilità (6).
Aderendo al primo orientamento, infatti, a fronte dell'allegazione da parte del danneggiato della relazione tra la *res* e il danno, il custode potrebbe escludere la propria responsabilità dimostrando di aver correttamente adempiuto gli obblighi di controllo e vigilanza sul bene (7).
In tal modo anche il "fortuito" assume una connotazione soggettiva, fungendo da causa di esclusione della colpa (8) e, pertanto, il custode risulterebbe esente da responsabilità se, pur essendo derivato un danno al terzo, egli dimostri di aver diligentemente custodito la *res*.
Secondo, invece, il più recente orientamento nei termini di responsabilità oggettiva, il caso fortuito costituisce un fattore attinente non già al profilo della colpa bensì al profilo del nesso causale (9) tra la *res* e il danno, come evidenziato peraltro anche nella sentenza in commento. Sulla base di tale interpretazione oggettiva di "caso fortuito", il custode è, infatti, liberato se dimostra l'esistenza di un fattore estraneo, dotato dei caratteri della imprevedibilità, inevitabilità ed eccezionalità, in grado di cagionare autonomamente l'evento dannoso e tale, dunque, da interrompere il nesso causale tra la *res* e il danno, senza che assuma alcun rilievo la condotta diligente o negligente del custode convenuto (10).
Gli interpreti, sulla base delle diverse modalità con le quali il fortuito incide nella causazione del danno distinguono poi tra fortuito cd. autonomo, incidentale e concorrente. Nel primo caso, il fattore esterno è di per sé sufficiente a determinare l'evento (11); nel secondo, la *res* svolge esclusivamente il ruolo di mero tramite del danno, il quale è provocato da una causa estranea idonea ad interrompere il nesso causale tra la cosa medesima e l'evento (12); nella terza ipotesi, infine, la causa fortuita concorre con il fatto proveniente dalla *res* alla causazione dell'evento, non essendo da sola sufficiente a determinarlo, con l'effetto di non liberare il custode dalla responsabilità (13).

Quando il custode è la P.A.

Benché nella sentenza in esame non se ne faccia riferimento, la qualifica di Pubblica Amministrazione che il convenuto custode riveste induce ad affrontare anche il peculiare profilo della responsabilità *ex* art. 2051 c.c. per i danni cagionati da cose di proprietà della P.A.

Note:

(continua nota 4)
ritto civile, IV, Milano, 1999, 688-691; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 786; C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 166; P.G. Monateri, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 385; Id., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, III, Torino, 1998; F. Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da F. Franzoni, Milano, 2004, 440; Id., *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Padova, 1998, 5. Più risalente G. Alpa-M. Bessone, *La responsabilità civile*, II, Torino, 1987, 2 ss.; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967. Si veda anche M.P. Serra, *La "lunga marcia" della responsabilità da cose in custodia*, in questa *Rivista*, 2009, 743. Critico sull'oggettivazione della responsabilità da custodia P. Benedetti, *Condotta del danneggiato e responsabilità da cose in custodia: spunti di riflessione*, in questa *Rivista*, 2011, 234.

(5) V. Busi, *La responsabilità da cose in custodia: la custodia di beni pubblici e la prova liberatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 1081.

(6) In tale nozione, secondo la giurisprudenza, deve ricomprendersi anche il fatto del terzo e la colpa dello stesso danneggiato: Cass. 10 maggio 2004, n. 15429, in questa *Rivista*, 2005, 725; Cass. 15 ottobre 2004, n. 20334, in *Foro it.*, 2005, I, 1794.

(7) Interpretano in siffatto modo la prova liberatoria del fortuito: Cass. 30 luglio 2004, n. 14696, in *Foro it.*, Rep. 2004; Cass. 27 agosto 1999, n. 8997, in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, 352; Cass. 14 giugno 1999, n. 5885, in *Giust. civ.*, Mass. 1999; Cass. 11 marzo 1995, n. 2861, in *Arch. loc.*, 2003, 549; Cass. 10 febbraio 1994, n. 1364, in *Riv. giur. edil.*, 1994, 981.

(8) M.C. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., 719; D. Poletti, *La dimostrazione del caso fortuito*, in *Diritto Privato*, II, Torino, 2004, 601; A. Ferri, *Insidie e trabocchetti: eliminazione dei residui privilegi della P.A. in tema di r.c. per danni originati dal demanio stradale*, in *Resp. civ.*, 2006, 840.

(9) In questo senso si veda G. Matteo, *Caso fortuito e danno cagionato da cose in custodia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 146; V. Busi, *La responsabilità da cose in custodia*, cit., 1081; F. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, cit., 428; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 786; G. Alpa, *La responsabilità civile*, cit., 692.

(10) Per completezza si segnala la sussistenza di un terzo orientamento, rimasto però isolato, che assume una posizione intermedia ammettendo la parziale rilevanza della condotta del custode nell'indagine sulla ricorrenza del caso fortuito. In particolare, si esclude la responsabilità del custode se questi dimostra, oltre all'ordinaria diligenza nell'esercizio della custodia, anche di aver posto in essere tutti gli accorgimenti necessari per evitare l'evento dannoso. In questi termini V. Geri, *La responsabilità civile da cose in custodia*, cit., 720. Critico rispetto a tale ricostruzione S. Filippi, *Danno causato da immobile e ricerca del custode responsabile* ex *art. 2051 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2008, 133.

(11) F. Franzoni, *L'illecito*, cit., 429.

(12) Cass. 20 ottobre 2005, 20317, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 1076 nell'ipotesi in cui ad esempio una parte del cornicione di un edificio colpito da un fulmine crolli provocando danni ad un passante.

(13) G.G. Greco-D.M. Panisi-B. Ronchi, *I danni da cose in custodia*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004.

Per lungo tempo, infatti, la giurisprudenza (14) ha escluso l'applicabilità nei confronti del soggetto pubblico della previsione di cui all'art. 2051 c.c., ricorrendo, viceversa, al generale principio del *neminem laedere* contenuto nell'art. 2043 c.c., con le evidenti ricadute in termini di onere probatorio in capo al danneggiato (15).

Tale concezione si giustificava allegando l'impossibilità per la p.a. di svolgere un effettivo e costante controllo sui beni di cui era proprietaria in ragione della vastità e dell'estensione del patrimonio pubblico nonché dell'uso generalizzato di tali beni da parte dei terzi (16).

Nel (fallace) tentativo di temperare il rigore probatorio della responsabilità *ex* art. 2043 c.c., in particolare nella dimostrazione della colpa dell'ente pubblico, la giurisprudenza aveva introdotto i criteri dell'insidia e trabocchetto (17), ossia di una situazione di pericolo non visibile e non prevedibile (18), in presenza dei quali il danneggiato aveva diritto ad agire in via risarcitoria, sino a divenire requisiti presupposto del risarcimento (19).

Tale impostazione era tuttavia, avversata dalla dottrina (20) e da una giurisprudenza minoritaria (21) che ne rilevava, oltre al contrasto rispetto al dato normativo, anche l'irragionevole disparità di trattamento rispetto alle ipotesi in cui il custode fosse un soggetto privato.

Anche sulla base di tali ultime considerazioni, la Corte Costituzionale (22) ha aperto una prima breccia nell'impostazione tradizionale precisando che, se da un lato l'estensione del bene e l'uso generalizzato costituivano indici dell'impossibilità di esercizio della custodia, dall'altro il giudice doveva accertarne la sussistenza in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto e solo in caso di riscontro positivo escludere la responsabilità della P.A.

A partire dal 2006, superando il sopra citato orientamento maggioritario, la Suprema Corte (23) ha

Note:

(14) Cass. 16 giugno 1998, n. 5990, in questa *Rivista*, 1998, 1092, con nota di S. De Vogli, *La responsabilità civile per la costruzione e la manutenzione delle strade: il privilegio della p.a.*; Cass. 15 gennaio 1996, n. 265, in questa *Rivista*, 1996, 350, con nota di P. Laghezza, *Alta tensione sull'art. 2051 c.c.: l'Enel e i danni da elettrodotto*; Cass. 30 ottobre 1984, n. 5567, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Responsabilità civile*, 111.

(15) Mentre, infatti, ai sensi dell'art. 2043 c.c. il danneggiato deve provare tutti gli elementi costitutivi (fatto, danno ingiusto, nesso di causalità, dolo o colpa), nella responsabilità da custodia egli deve limitarsi a dimostrare il nesso causale tra la *res* e l'evento lesivo e l'esistenza di un astratto rapporto di custodia.

(16) In particolare, si veda l'evoluzione giurisprudenziale circa la responsabilità *ex* art. 2051 c.c. in tema di demanio stradale: a favore dell'esclusione di tale responsabilità, Cass. 21 dicembre 2001, n. 16179, in questa *Rivista*, 2002, 621; Cass. 4 dicembre 1998, n. 12314, in *Giur. it.*, 1999, 1362; Cass. 1° febbraio 1988, n. 921, in *Dir. econ. ass.*, 1989, 838, ma un orientamento più recente ed ormai maggioritario ne ammette la configurabilità. Così Cass. 8 marzo 2007, n. 5308, in questa *Rivista*, 2008, 458, con nota di P. Laghezza; Cass. 8 marzo 2007, n. 5306, in *Foro it.*, Mass. 2007, 724; nonché Cass. 27 marzo 2007, n. 7403, in *Resp. civ.*, 2008, 31, con nota di M. Sella; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2308, in *Urb. appalti*, 2007, 578; Cass. 6 luglio 2006, n. 15383, in questa *Rivista*, 2006, 1145. Si veda M. Comporti, *La responsabilità per i danni da omessa o cattiva manutenzione stradale*, in *Resp. civ.*, 2007, 870.

(17) A. Negro, *Il danno da cose in custodia*, Milano, 2009, 157; M. Bona, *La responsabilità civile dei custodi delle strade pubbliche*, Milano, 2007, 144; P. Laghezza, *Insidia e trabocchetto: un addio senza rimpianti*, in questa *Rivista*, 2006, 1220.

(18) Cass. 8 novembre 2002, n. 15710, in *Giur. merito*, 2002, 993; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16179, in questa *Rivista*, 2002, 620, con nota di P. Laghezza, *La presunzione di responsabilità dell'art. 2051 non opera nei confronti della p.a.*; Cass. 17 marzo 1998, n. 2850, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Strade*, n. 1; Cass. 12 gennaio 1996 n. 191, in questa *Rivista*, 1996, 521.

(19) M. Comporti, *Presunzioni di responsabilità e danni da manutenzione stradale*, in *Riv. circ. e trasp.*, 1998; G. Iorio, *Responsabilità della p.a. per cedimento della "banchina stradale": la questione dell'onere probatorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 1317; P. Morozzo Della Rocca, *Dalla "insidia" alla "anomalia" stradale: un passo auspicabile, ancora rinviato, nell'applicazione dell'art. 2043 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, 822; V. Rapelli, *Proprietà pubblica delle strade e presunzione di responsabilità della p.a.*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 735; P. Laghezza, *Insidia e trabocchetto: un addio senza rimpianti*, cit.; M. Bona, *Buche sulle strade urbane: spunti per un nuovo modello di responsabilità dei comuni*, in *Resp. civ.*, 2005, 390.

(20) App. Milano 19 giugno 1981, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 121, con nota di M. Bessone; M. Comporti, *Presunzioni di responsabilità e P.A.: verso l'eliminazione di privilegi ingiustificati*, in *Foro it.*, 1985, I, 1497; F. Franzoni, *Fatti illeciti*, *cit.*, 568; P. Cendon, *La responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1994, 553; L. Frumento, *Allagamento di strade, danni, valutazione equitativa*, in questa *Rivista*, 1996, 356; P. Laghezza, *Evitare le buche più grosse*, ivi, 779; Id., *La presunzione di responsabilità dell'art. 2051 non opera nei confronti della p.a.*, cit.; Id., *Alla (ri)scoperta del rapporto di custodia nella responsabilità* ex *art. 2051 c.c.*, in questa *Rivista*, 2008, 458; G. Gioia, *Insidia e trabocchetto: una figura sintomatica della responsabilità civile*, *ivi*, 1997, 708; S. De Vogli, *La responsabilità civile per la costruzione e manutenzione delle strade: il privilegio della p.a.*, cit.; G. Facci, *Cose in custodia*, in A. Procida Mirabelli di Lauro-M. Feola, *La responsabilità civile*, II, Torino, 2008, 181; D'Angelo, *Responsabilità civile (extracontrattuale alias aquiliana) - Cose in custodia*, in *Giur. merito*, 2008, 405; A. Venturelli, *Caso fortuito e fatto del terzo nella responsabilità da cose in custodia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 634; G.G. Greco-D.M. Pasanisi-B. Ronchi, *I danni da cose in custodia*, cit.

(21) Cass. 15 gennaio 2003, n. 488, in questa *Rivista*, 2003, 738, seguita a breve da Cass. 23 luglio 2003, n. 11446, in *Arch. giur. circ.*, 2004, 683; Cass. 20 agosto 2003, n. 12219, in questa *Rivista*, 2004, 434.

(22) Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 156, in questa *Rivista*, 1999, 871, con nota di P. Laghezza, *Trabocchetto e responsabilità della P.A.: Corte Costituzionale e Cassazione a confronto*; nonché in *Giust. civ.*, 2000, I, 649, con nota di S. Vitale, *La responsabilità civile della P.A. per i danni derivanti da beni pubblici al vaglio della Corte Costituzionale: un'occasione sfumata*; in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 1270, con nota di I. Peila, *Il concetto di insidia (o trabocchetto) ha supertao il vaglio della Corte Costituzionale.*

(23) Cass. 20 febbraio 2006, n. 3651 e 6 luglio 2006, n. 15384, entrambe in questa *Rivista*, 2006, 1220, con nota di P. Laghezza, *Insidia e trabocchetto*, cit.

esteso il *dictum* della Consulta riconoscendo l'applicazione della responsabilità *ex* art. 2051 c.c. anche nei confronti del soggetto pubblico.
In particolare, la Corte di legittimità, oltre ad escludere l'insidia e il trabocchetto dal novero degli elementi costitutivi della responsabilità della P.A. per i danni provocati dai beni di cui è proprietaria, ha abbandonato i tradizionali canoni della "notevole estensione del bene" e dell'"uso generalizzato" per escludere la custodia, ritenendo, al contrario, che la stessa sia sussistente in presenza del triplice potere di controllo, di eliminazione delle situazioni di pericolo e di esclusione dei terzi dal contatto con la *res* (24).
Pertanto, secondo l'impostazione più recente, non priva tuttavia di incertezze interpretative (25), anche la P.A. risponde ai sensi dell'art. 2051 c.c. salvo la dimostrazione del caso fortuito nei termini di oggettività sopra descritti.

La risarcibilità del danno non patrimoniale nei casi di responsabilità oggettiva

Nella sentenza in commento la Corte di Cassazione affronta, infine, la questione relativa alla risarcibilità del danno morale *ex* art. 2059 c.c. nei casi di responsabilità per colpa presunta e, come nel caso di specie, di responsabilità oggettiva.
Come noto, storicamente la giurisprudenza - cui si conforma la sentenza emessa in grado di appello, risalente al febbraio 2004 -, escludeva la risarcibilità del danno morale da reato nei casi in cui l'accertamento della responsabilità fosse stato condotto senza un'indagine concreta sulla sussistenza del profilo soggettivo del dolo o della colpa (26), giacché presunta nei casi di cui agli artt. 2050, 2051, 2052, 2053, 2054 c.c. Tale impostazione risentiva dei principi vigenti nel sistema penale, tra cui l'impossibilità di fondare la sussistenza di un illecito ricorrendo a forme di presunzione.
Tale approdo interpretativo è stato, tuttavia, lentamente abbandonato nel 2003 grazie all'intervento prima della Corte di Cassazione (27), poi avallato anche dalla Corte Costituzionale (28), che, alla luce dei principi di autonomia tra processo civile e penale, ha fornito una rilettura del danno morale ammettendone la risarcibilità in presenza di un fatto solo astrattamente riconducibile ad un reato, superando la necessità di un concreto accertamento della componente soggettiva nelle ipotesi di responsabilità civile per colpa presunta (29). Detto mutamento di indirizzo si spiega in ragione dell'ingiustificata disparità di trattamento rispetto al pacifico riconoscimento del danno non patrimoniale in caso di reato commesso da persona non imputabile (30), nonché per esigenze di giustizia sociale, ove, a fronte di un medesimo reato, il ristoro delle sofferenza patite da parte delle vittime era subordinato alla dimostrazione della prova della colpa in capo al danneggiante (31).
Sulla base della nuova ricostruzione del danno non patrimoniale proposta qualche mese dopo dalle sen-

Note:

(24) Cass. 26 novembre 2007, n. 24617, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 434; Cass. 19 novembre 2007, n. 23924, in www.cortedicassazione.it.; Cass. 27 marzo 2007, n. 7403, in *Resp. civ.*, 2008, 31.

(25) Cass. 6 giugno 2008, n. 15042, in *Foro it.*, 2008, I, 2823, con nota di A. Palmieri, *Custodia di beni demaniali e responsabilità: dopo il tramonto dell'insidia ancora molte incertezze sulla disciplina applicabile*, pur aderendo all'orientamento favorevole a riconoscere la responsabilità da custodia in capo alla P.A., precisa, in considerazione della particolare natura dei beni demaniali, il caso fortuito è integrato anche dal fattore di pericolo creato occasionalmente dai terzi se esso ha esplicato le sue potenzialità offensive prima che fosse ragionevolmente esigibile l'intervento dell'ente custode; in tal modo rimandando pericolosamente all'idea del corretto esercizio delle attività di controllo sostenuto dalla precedente impostazione. Si veda a tal riguardo A. De Mauro, *Custodia v/s insidia e trabocchetto: brevi note in tema di responsabilità della p.a.* ex *art. 2051*, in questa *Rivista*, 2008, 1251.

(26) *Ex pluribus*, Cass. 17 novembre 1999, n. 12741, in *Arch. giur. circ.*, 2000, 403; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9794, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 115.

(27) Cass. 12 maggio 2003, n. 7281, 7282 e 7283, in questa *Rivista*, 2003, 713, con nota di G. Ponzanelli, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuove posizioni dei giudici civili*; in *Foro it.*, 2003, I, 2272, con nota di E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

(28) Corte Cost. 11 luglio 2003 n. 233, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 179, con commento di E. Navarretta, *Il danno esistenziale risarcito* ex *art. 2059 c.c. e l'adeguamento della norma alla Costituzione*; in questa *Rivista*, 2003, 939, con note di M. Bona, *Il danno esistenziale bussa alla porta e la Corte costituzionale apre (verso "il nuovo art. 2059 c.c.")*; G. Cricenti, *Una diversa lettura del 2059 c.c.*; G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*; A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*; O. Troiano, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*; in *Resp. civ.*, 2003, 1036, con nota di P. Ziviz, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*; in *Foro it.*, 2003, 2272, con nota di E. Navarretta, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*; in *Giur. it.*, 2003, 1777, con nota di P. Cendon-P. Ziviz, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)*; in *Giur. it.*, 2004, 723, con nota di G. Cassano, *La responsabilità civile con due (belle?) gambe, e non più zoppa*; in *Obbl. e contr.*, 2006, 5, con nota di M. Franzoni, *Quando la Corte Costituzionale concorre a creare la norma*.

(29) Così anche Trib. Roma 25 marzo 2004, n. 9945, in *Il Merito*, 2004, 9, 49; Trib. Napoli 3 marzo 2004, n. 5818, *ivi*, 2 speciale, 33; Cass. 12 maggio 2003 n. 7281, in *Foro it.*, 2003, I, 2274.

(30) Cass., sez. un., 6 dicembre 1982, n. 6651, in *Foro it.*, 1983, I, 1631, con nota di A. Jannarelli; in *Giust. civ.*, 1983, I, 1155, con nota di C. Cossu e *ivi*, 1984, I, 1, 149, con nota di F. Mastropaolo; in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 227, con nota di V. Zeno-Zencovich.

(31) M. Bona, *L'«ottava vita» dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!*, in *Giur. it.*, 2004, 6.

tenze gemelle (32), un ulteriore intervento della Suprema Corte della fine del 2004 (33) - successivo, quindi, al deposito della decisione d'appello, oggetto della successiva impugnazione di cui al presente commento - ampliava la possibilità di ottenere un risarcimento del succitato danno, oltre ai casi responsabilità per colpa presunta, anche nelle ipotesi di responsabilità oggettiva ogniqualvolta fosse leso un interesse della persona costituzionalmente protetto (34).

Pertanto, statuita la fondamentale diversità tra danno non patrimoniale derivante da reato e danno non patrimoniale scaturente da "lesione di un bene costituzionalmente protetto", nella prima ipotesi risulta sempre necessaria un verifica dell'elemento soggettivo, intendendosi per essa anche la forma della presunzione se così prevista in sede civile; nella seconda ipotesi, diversamente, prescindendo *in toto* dall'accertamento dell'illecito penale, non era richiesta alcuna verifica in merito all'esistenza dell'elemento soggettivo ove la fattispecie legale sia prevista *ex ante* dal legislatore in termini di responsabilità oggettiva. Infatti, alleggerito, nei casi previsti dagli artt. 2048 ss. c.c., l'onere probatorio per il danneggiato, sarebbe stato privo di significato non riconoscere a quest'ultimo una piena tutela sotto il profilo risarcitorio.

Parte della giurisprudenza (35) ha ritenuto - correttamente - persino superabile la rigida contrapposizione tra ipotesi di responsabilità con colpa presunta e responsabilità oggettiva, sulla base del fatto che la differenza tra le due ipotesi è più di carattere definitorio che non sostanziale, soprattutto ove si ragioni in termini di prove liberatorie: causa di esclusione della colpa nel primo caso, interruzione del nesso causale nel secondo (36).

Riprova della correttezza di una simile approdo arriva anche dalla rilettura del danno non patrimoniale con la pronuncia di San Martino del 2008 (37), secondo cui quest'ultimo non risulta più composto da singole voci di danno autonome e distinte ma appare unitario, volto alla tutela di beni costituzionalmente.

Abbandonata, quindi, la centralità del tradizionale danno morale in favore in una onnicomprensiva figura di danno non patrimoniale, svincolato dalla figura dal reato poiché venuta meno la limitazione di cui all'art. 185 c.p. posta dall'art. 2059 c.c., non si ravvisano ragioni ostative affinché quella voce descrittiva di danno morale non possa essere riconosciuta in termini di personalizzazione del danno biologico anche in ipotesi di responsabilità oggettiva, proprio come affermato nella pronuncia oggetto del presente commento.

Note:

(32) Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272, con commento di E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in questa *Rivista*, 2003, 816, con commento di F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; G. Ponzanelli, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675, con commento di P. Cendon, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*; E. Bargelli, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*; P. Ziviz, *E poi non rimase nulla*.

(33) Cass. 27 ottobre 2004, n. 20814, in *Dir. e giust.*, 2004, 44, 24; in questa *Rivista*, 2005, 713 ss., con nota di V. Bonaccorsi e in *Resp. civ. prev.*, 2005, 99.

(34) G. Ponzanelli, *Danno non patrimoniale, responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*, cit.

(35) Cass. 1° giugno 2004, n. 10482, in *Foro it.*, 2005, c. 132; in questa *Rivista*, 2004, 953, con nota di A.L. Bitetto.

(36) G. Afferni, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 862; Id., *Dolo, colpa e responsabilità oggettiva nel nuovo danno non patrimoniale*, in *Studium iuris*, 2007, 958; F. Garatti, *La riparazione del danno non patrimoniale nelle ipotesi di rovina di edificio*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2009, 757, 3.

(37) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 97, con commento di F.D. Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, e in questa *Rivista*, 2009, 19. Sul tema di veda Aa.Vv., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009; E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010. Si vedano inoltre, *ex pluribus*, G. Ponzanelli, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, 1, 134; C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in questa *Rivista*, 2009, 5.

Astreinte e ammonizione

Cumulo dei provvedimenti *ex* artt. 709-*ter* e 614-*bis* c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali

TRIBUNALE DI FIRENZE, 10 novembre 2011 - G.I. Paparo

Il disposto di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. è applicabile in sede di ricorso *ex* art. 709-*ter* c.p.c., dovendo comprendersi nella nozione di 'provvedimento di condanna' i provvedimenti provvisori in materia di frequentazione dei figli, che a loro volta risultano - in accordo con la giurisprudenza assolutamente prevalente - soggetti all'esecuzione nelle forme degli obblighi di fare infungibili.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	In astratto Trib. Salerno, 22 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 924, con nota di Vullo.
Difforme	Non risultano precedenti difformi.

In fatto e in diritto

… *Omissis* …

1. Sulla richiesta di provvedimento sanzionatori *ex* art. 709 *ter* c.p.c. avanzata dal resistente.

1.1. Rileva il Giudice Istruttore che alcuni dei comportamenti della madre, indicati espressamente dal padre nel ricorso *ex* art. 709 *ter* c.p.c., non sono stati smentiti da questa nelle sue difese: in particolare, quanto esposto alle pp. 14 e 15 (impedimento non giustificato alla frequentazione nei fine settimana 7/9 maggio e 4/6 giugno 2010; mancata iscrizione del figlio ai centri estivi con conseguente impossibilità per il padre di andarlo a prendere lì).

Sul punto si deve osservare che l'atteggiamento della madre di consentire che il figlio (all'epoca di dieci anni di età) non vada a scuola i giorni nei quali doveva essere il padre ad andarlo a prendere perché il figlio non vuole (questa è la spiegazione datane dalla M nella memoria 1° luglio 2010) non può essere ritenuto né commendevole né giustificato, non essendo affatto educativo un atteggiamento di così completo lassismo nei confronti di un bambino che frequenta ancora le scuole primarie.

E in questa stessa direzione deve essere segnalato il complessivo atteggiamento della madre in relazione alla frequentazione di F. col padre, come evidenziati dalla CTU: cioè della affermazione che 'di peso non può più prenderlo' (p. 49 CTU) per portarlo dal padre, significativa di un atteggiamento che da un lato dimostra scarsa responsabilità genitoriale (in generale non può ritenersi che per ottenere qualcosa da un bambino di 10 anni glielo si debba imporre con la forza) e dall'altro non è conforme a quanto disposto dall'art. 155 c.c. che prevede un vero e proprio diritto del minore al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo coi i genitori, e conseguentemente un dovere di ciascuno genitore di favorire il rapporto con l'altro.

Significativo è stato anche l'atteggiamento della madre in occasione della partita di calcio del 17 aprile (in corso di CTU) alla quale - come da provvedimento del Giudice Istruttore del precedente giorno 7 su suggerimento del CTU - F. doveva assistere assieme al padre, essendo accompagnato allo stadio dalla madre, cosa resa impossibile da un lato per l'acquisto (da parte di amici della madre) di un biglietto nominativo per il figlio e dall'altro dal recarsi di questa proprio in occasione della partita al Pronto Soccorso con l'altro figlio per una patologia (tosse) risalente a tre giorni, per cui il piccolo era stato visitato la mattina dal pediatra ed aveva comunque temperatura di 36,8° assolutamente non indicativa di uno stato febbrile in un bambino piccolo (cfr. doc. 1 produzioni P 5 luglio 2011).

Proprio perché la madre 'conserva un ascendente sul figlio che le permetterebbe ancora oggi di persuaderlo a seguire il padre, non prendendolo di peso, ma essendo forte e decisa come un adulto deve saper essere con un ragazzino' (p. 170 CTU), i suoi comportamenti, motivati chiaramente dalla permanenza del conflitto con l'ex coniuge, inducono a ritenere sussistenti le condizioni per il suo ammonimento a rispettare tutte le prescrizioni relative

alla frequentazione padre-figlio sin qui emanate e anche - per quanto possa sembrare una mera affermazione di principio, evidentemente non ulteriormente verificabile - ad adoperarsi attivamente perché F. veda il padre, incoraggiandolo in tal senso e magari anche minacciandolo di una qualche punizione in caso contrario, perché possa percepire che non è lui che a 11 anni può decidere in tutto e per tutto cosa fare e cosa no.
Ritiene il giudice sufficiente - allo stato - l'ammonimento, riservando le eventuali sanzioni al prosieguo, come disposto al punto 1.2.
1.2. Sulla richiesta del P di disporre a carico della M una sanzione *ex* art. 614 *bis* per ogni violazione futura del provvedimento relativo alla frequentazione padre-figlio nella misura di 200 euro per ogni 'giorno di ritardo o omessa consegna del figlio'.
Ritiene il giudicante applicabile anche in questa sede il disposto dell'art. 614 *bis* c.p.c., dovendo interpretarsi la nozione di 'provvedimento di condanna' ivi contenuta in senso ampio (e perciò comprensivo dei provvedimenti provvisori in materia di frequentazione dei figli) e considerato che detti provvedimenti sono da ritenersi - in accordo con la giurisprudenza assolutamente prevalente - soggetti all'esecuzione nelle forme degli obblighi di fare infungibili, in cui evidentemente obbligato è il genitore presso cui il minore si trova.
Deve rilevarsi che l'attuale posizione di F. di completo rifiuto della frequentazione col padre non rende accoglibile la richiesta del P. di prevedere una sanzione nel senso richiesto, ma solo per le ipotesi in cui F. non vada a scuola i giorni in cui dovrebbe esserne preso dal padre senza che risulti un impedimento attestato da "certificato redatto da pediatra individuato previamente di concerto dai due genitori" come disposto nei provvedimenti adottati in sede di ricorso *ex* art. 710 c.p.c. in data 9 aprile 2008 dal Tribunale di Firenze e confermati coi provvedimenti presidenziali in sede di divorzio.
Appare peraltro opportuno integrare il punto con la precisazione che - in caso di mancata individuazione del pediatra - esso sarà il pediatra 'di base'.
2. Quanto alla modifiche del regime di affidamento, domiciliazione e frequentazione di F. e comunque alle altre prescrizioni ai genitori.
2.1. Le relazioni del CTU e dell'ausiliario di questi (un neuropsichiatra infantile) - accurate ed ampiamente e convincentemente motivate - hanno evidenziato come F. si sia trovato nella necessità - nella strenua contrapposizione dei genitori - quale dei due 'scegliere' optando per la recisione (dolorosa) del padre e che egli non sia attualmente 'un bambino strumentalizzato e debole' (p. 112) e quindi non necessiti più di nessun intervento (p. 113).
L'unica possibile soluzione per questa difficile situazione consiste nel ripristino di un canale di comunicazione fra i genitori, per operare la quale non può che disporsi l'invito ai genitori a proseguire un percorso di sostegno alla genitorialità che li porti a stemperare il loro conflitto nell'interesse del figlio e, inoltre, il padre facendosi aiutare ad acquisire uno stile di attribuzione interno e a riconoscere, accettare e gestire le emozioni e gli affetti di F. e la madre a favorire la relazione di F. col padre non sottolineando gli aspetti negativi e rinforzando quelli positivi.
Non può invero non condividersi la relazione del CTU laddove espone che se la responsabilità nella recisione dei rapporti padre-figlio sia della madre, la responsabilità nel conflitto, che ha facilitato tale esito, è di entrambi i genitori.
E sul punto non può non rilevarsi come anche il padre debba modificare il suo atteggiamento nei confronti di F., comprendendo ed interiorizzando davvero quanto esposto dall'ausiliario del CTU sia circa suoi atteggiamenti che - non 'sbagliati' di per sé (ad es. il frugare nello zaino, lo stare a bordo campo durante le partite) - mettono però in crisi il già difficile rapporto col figlio, convincendolo che il padre non gli voglia bene perché non cambia atteggiamento nei suoi confronti; sia soprattutto circa la necessità che egli riconosca la sua parte di responsabilità nel rifiuto del figlio.
2.2. Ritiene il giudicante che la strada da praticarsi sia quella della previsione di un periodo ulteriore in cui, anche attraverso i provvedimenti sopra indicati e - come indicato dal CTU - l'aiuto di un esperto (dr. E.) verificare la capacità dei genitori di essere all'altezza della condivisione dell'affidamento e la possibilità di ripresa dei rapporti padre-figlio fissando sin d'ora una udienza per la verifica degli effetti e adottando le modifiche proposte dal CTU in punto di obbligo della madre di telefonare al padre ad un orario fisso quotidiano (che si indica nelle 20) per convenire circa le decisioni da prendere per il figlio e di astensione da parte della madre, del suo convivente e della nonna materna dall'accompagnare F. alle attività sportive e dall'assistervi, attività riservate ai soli membri della famiglia paterna.
2.3. All'esito eventualmente negativo di tale periodo non è però possibile adottare la soluzione proposta dal CTU (affidamento esclusivo al padre e domiciliazione presso la madre) posto che essa darebbe al padre un affidamento meramente teorico né tanto meno quella - richiesta in ipotesi dal P. - di domiciliare il figlio presso di lui, contrastante con tutto quanto sin qui esposto (si osservi che F. non ha di fatto mai convissuto col padre) e che verrebbe vissuto dal minore come un motivo di - forse definitiva - rottura col padre.
In caso di cattivo esito dell'esperimento, l'unica soluzione non potrebbe che essere quella dell'affidamento di F. ai servizi sociali con domiciliazione presso la madre, affinché sia garantito il ritorno a condizioni di "normalità" quanto alla ripresa di rapporti con il padre.
Ritiene invero il giudicante in proposito che l'affidamento ai Servizi Sociali, pur non espressamente previsto dalla nuova formulazione dell'art. 155 c.c., possa essere comunque disposto dal Tribunale in applicazione analogica dell'art. 6, 6 comma, l. n. 898/1970 in tema di divorzio, laddove è prevista la possibilità di adozione dell'affidamento familiare *ex* art. 2 l. n. 184/1983 in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori.

P.Q.M.

1) ammonisce M. a rispettare tutte le prescrizioni relative alla frequentazione padre-figlio sin qui emanate e ad adoperarsi attivamente perché F. veda il padre;

2) dispone, a carico di questa, una sanzione di 50 euro per ogni violazione della prescrizione secondo cui F. non vada a scuola i giorni in cui dovrebbe esserne preso dal padre senza che risulti un impedimento attestato da "certificato redatto da pediatra individuato previamente di concerto dai due genitori" con la precisazione che - in caso di mancata individuazione del pediatra - esso sarà il pediatra 'di base', integrando così i provvedimenti vigenti;
3) invita le parti a proseguire un percorso di sostegno alla genitorialità;
4) conferma l'affidamento condiviso di F., la sua domiciliazione presso la madre ed i calendari di frequentazione col padre come già disposti;
5) dispone che i genitori, con l'aiuto di un esperto (dr. E.) verifichino la possibilità di ripresa dei rapporti padre-figlio;
6) dispone l'obbligo della madre di telefonare al padre ad un orario fisso quotidiano (che si indica nelle 20) per convenire circa le decisioni da prendere per il figlio;
7) dispone che la madre, il suo convivente e la nonna materna non accompagnino F. alle attività sportive e non vi assistano e che solo membri della famiglia paterna ve lo accompagnino e vi assistano.
... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Denise Amram (*)

Viene analizzato uno dei primi provvedimenti di merito che vede cumulare due istituti di recente introduzione nel codice di rito, ovvero l'art. 709-*ter* c.p.c. e l'art. 614-*bis* c.p.c., e affrontata la questione relativa agli strumenti di attuazione dei doveri genitoriali durante la crisi familiare. In particolare, l'inosservanza da parte del genitore delle prescrizioni stabilite in ordine alle frequentazioni padre-figlio costituisce un fertile terreno di applicazione per la misura dell'*astreinte* nell'ordinamento francese e belga.

Il caso

La vicenda trae origine da un ricorso *ex* art. 709-*ter* c.p.c. presentato da un genitore che lamentava una continua frapposizione di ostacoli da parte della ex moglie nella frequentazione del figlio.
In istruttoria erano stati presentati alcuni episodi la cui gravità aveva permesso di accertare, da un lato, la sussistenza di un aspro conflitto tra le parti e, dall'altro, un irresponsabile atteggiamento della donna volto a indebolire, anziché a rafforzare, il già burrascoso rapporto padre-figlio.
In particolare, volendo assecondare gli atteggiamenti infantili del figlio, quale l'espressa volontà di non recarsi a scuola nei giorni in cui il padre avrebbe dovuto riaccompagnarlo a casa, o di giustificare come impedimento clinico una temperatura corporea di 36,8° C per evitare il contatto con l'altro genitore, la resistente ha, di fatto, più volte violato le disposizioni concernenti l'affidamento della prole disposte dal giudice.
Il Tribunale di Firenze ha così ritenuto di ammonire quest'ultima al corretto adempimento di dette prescrizioni, prevedendo altresì la condanna futura ad una *astreinte* per ogni giorno di mancata frequentazione del padre inficiante sulla presenza a scuola del minore, invitando altresì le parti a proseguire un percorso a sostegno della genitorialità.

I limiti delle misure *ex* art. 709-*ter* c.p.c. …

Il provvedimento in epigrafe risulta di particolare interesse nella parte in cui vede cumulare (1) i rimedi di cui all'art. 709-*ter* c.p.c., introdotto con la legge sull'affidamento condiviso, che ha dotato l'autorità giudiziaria del potere di emanare una gamma di provvedimenti volti a forzare l'adempimento del genitore nelle more della crisi familiare ai doveri e agli obblighi stabiliti nell'interesse della prole (2), e l'art. 614-*bis* c.p.c. (3), di carattere più generale, che

Note:

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

(1) In precedenza, il Tribunale di Salerno aveva ammesso in astratto la possibilità di cumulare i due strumenti, senza tuttavia procedere alla comminazione dell'*astreinte*, in quanto ritenuta "manifestamente iniqua", Trib. Salerno, 22 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 924, con nota di Vullo.

(2) Sull'art. 709-*ter* c.p.c., si vedano F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 909 ss.; F. Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-*ter *c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2010, 1057; 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*, 1193; M. Paladini, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2005.

(3) Il legislatore con D.Lgs. n. 69/2009 ha introdotto, sulla scia delle *astreintes* francesi, una misura coercitiva per cui il giudice,

(segue)

costituisce uno strumento di attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare alla stregua della c.d. *astreinte* di matrice francese.
Ambiti di applicazione solo in apparenza distanti giacché, come sottolineato dallo stesso giudice fiorentino, anche i provvedimenti concernenti la prole sarebbero soggetti all'esecuzione nelle forme degli obblighi di fare infungibili o di non fare (4). Sul punto, infatti, si registra un orientamento costante della giurisprudenza (5) che sin dagli anni ottanta aveva richiamato l'attenzione del panorama scientifico (6) in ordine alla scarsa idoneità degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, fino l'introduzione dell'art. 709-*ter* c.p.c. (7), ad attuare gli obblighi genitoriali durante la separazione e il divorzio.
Come è noto, quest'ultimo istituto ha avuto il pregio di inserirsi nella disciplina della crisi familiare come strumento volto a responsabilizzare i genitori al rispetto delle modalità di affidamento predisposte nell'interesse della prole.
Tuttavia, uno dei maggiori limiti emersi dalla sua prassi applicativa consiste nell'impossibilità di reagire alla reiterazione del comportamento inadempiente da parte del familiare, se non attraverso la proposizione di un secondo ricorso *ex* art. 709-*ter* c.p.c., azione che, di fatto, sancisce il fallimento dell'intento dichiarato in rubrica di risolvere le controversie sull'affidamento della prole insorte durante i procedimenti di separazione e divorzio (8).
Pertanto, di fronte ad una probabile futura condotta illecita del genitore, come parrebbe emergere dal caso di specie, l'organo giudicante può disporre di molteplici strumenti per rendere consapevoli i genitori della gravità delle proprie azioni per il benessere della prole, come invitare le parti ad intraprendere un percorso di mediazione volto a stemperare il conflitto e a far trovare alle stesse una soluzione alla controversia che ha dato origine al comportamento pregiudizievole con l'aiuto di un mediatore, nonché utilizzare in maniera "duttile" (9) le forme di coercizione mese a disposizione dal nostro ordinamento.

.. e il possibile supporto dell'*astreinte*: qualche spunto di diritto comparato

Il provvedimento del Tribunale di Firenze parrebbe autorizzare il giudice alla comminazione di un'*astreinte* sulla base dell'art. 614-*bis* c.p.c., non tanto quale misura successiva all'art. 709-*ter* c.p.c. da applicare all'ammonito, al condannato al risarcimento o ad una sanzione pecuniaria per dissuadere l'inosservanza di quest'ultime disposizioni, bensì come ulteriore forma di tutela, di cui il genitore non inadempiente può disporre al fine di coercire l'altro

Note:

(continua nota 3)
a fronte di un obbligo di fare infungibile o di non fare, fissa la somma dovuta all'avente diritto per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Per un approfondimento, S. Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614* bis *c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, 3; I. Pagni, *La "riforma" del processo civile:la dialettica tra il giudice e le pari (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, 1319; A. Saletti, sub *art. 614* bis *c.p.c.*, in A. Saletti-B. Sassani (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (L. 18.6.2009, n. 69)*, Torino, 2009, 194; F. Godio, *L'*astreinte *e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi*, in *Corr. giur.*, 2011, 1119; M.A. Iuorio-G. Fanelli, *La penalità di mora nel diritto italiano*, in B. Capponi (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, 104 ss.

(4) E. Vullo, *Ancora sull'attuazione coattiva dei provvedimenti di affidamento dei minori*, in *Fam. e dir.*, 1996, 270 ss.; Id., *L'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole*, in *Lo scioglimento del matrimonio. Art. 149 e L. 1° dicembre 1970, n. 898*, a cura di G. Bonilini-F. Tommaseo, Milano, 2010, 867 ss.

(5) *Ex multis*, Cass. 7 ottobre 1980, n. 5374, in *Foro it.*, 1980, I, 2707, con osservazioni di Proto Pisani; Cass. 3 novembre 2000, n. 14360, in *Fam. dir.*, 2001, 38, con nota di Tommaseo; Cass. 3 maggio 1986, n. 3013, in *Dir. fam.*, 1986, 542; Cass. 13 dicembre 1985, n. 6306, in *Dir. fam.*, 1986, 474; Cass. 12 novembre 1984, n. 5696, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Competenza civile*, n. 14; Cass. 15 dicembre 1982, n. 6912, *ibidem*, voce *Competenza civile*, n. 14.

(6) Sulle difficoltà nell'attuare le obbligazioni contenute nei provvedimenti di affidamento della prole prima del 2006, S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato dir. privato*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino, 1985, 284; L. Ferri, *Della potestà dei genitori. Commentario codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 169; A. Graziosi, *L'esecuzione forzata*, in Aa.Vv., *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2008, 226; F. Danovi, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 604; F. Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento*, cit., 1062.

(7) Cfr. A. Graziosi, *I processi di separazione e di divorzio*, cit., 234 ss.; F. Danovi, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento*, cit., 611; G. Facci, *L'art. 709* ter *c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. dir.*, 2011, 1033; F. Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709*-ter, cit.; I. Zingales, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709*-ter *c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 406.

(8) Ad esempio la decisione di Trib. Pisa, 13 agosto 2009, *inedita* è frutto di un duplice ricorso *ex* art. 709-*ter* c.p.c. Il caso concerneva la sottoposizione della figlia di 4 anni ad una visita ginecologica invasiva, nonostante l'invito - mediante precedente ammonizione sempre nell'ambito di un procedimento ex art. 709-*ter* c.p.c. - a non effettuarla. In seconda istanza, il giudice ha condannato il genitore al pagamento di una pena pecuniaria significativa, pari ad euro 1500; nell'altro caso App. Napoli, 17 ottobre 2008, in *Foro it*, 2009, I, 836, invece, la misura dell'ammonizione, disposta in prima istanza, è stata confermata anche nel secondo ricorso in un caso di frapposizione di ostacoli nei rapporti genitore-figli.

(9) «Altro obiettivo di prassi virtuose è quello di ricorrere a misure idonee a garantire l'effettività e l'attuazione delle decisioni»: così con riferimento proprio all'art. 709-*ter* e 614-*bis* c.p.c. M. Paladini, *Rapporti tra giudice della separazione, giudice tutelare e tribunale per i minorenni*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 346.

all'osservanza delle originarie prescrizioni in materia di affidamento della prole (10).
In altre parole, l'art. 614-*bis* c.p.c. parrebbe essere applicato al fine di evitare la riproposizione di un nuovo ricorso *ex* art. 709-*ter* c.p.c. nella misura in cui il provvedimento disposto ai sensi del secondo comma di quest'ultimo non sia recepito in funzione special-preventiva e dunque l'*astreinte* non solo non risulti manifestamente iniqua, ma sia ritenuta il mezzo più efficace per perseguire l'interesse del fanciullo.
L'opportunità di applicare tale rimedio alle dispute familiari non può certamente definirsi una prassi di origine italiana (11).
La giurisprudenza francese, ad esempio, ha interpretato l'art. 33 della legge sulla riforma del processo di esecuzione francese del 1991 (12) nel senso di poter applicare detto strumento - ivi descritto come potere esercitabile anche d'ufficio al fine di assicurare l'esecuzione di una decisione giudiziale - anche alle controversie familiari al fine di indurre i genitori al corretto adempimento delle disposizioni concernenti le modalità di affidamento e di visita dei propri figli. La più recente casistica include, in particolare, condanne del genitore che abbia frapposto ostacoli all'esercizio del diritto di visita tanto dell'altro genitore (13), quanto degli avi (14).
In una prospettiva *de iure condendo*, inoltre, proprio al fine di facilitare l'uso di tale misura per assicurare l'attuazione dei doveri genitoriali, l'*Avant Projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers* (15) propone di introdurre nel codice civile francese all'art. 373-2-6 la possibilità che sia direttamente il giudice *aux affaires familiales* a liquidare l'*astreinte*, senza dover passare dal giudice dell'esecuzione (16).
Anche l'ordinamento belga registra una copiosa casistica applicativa dell'*astreinte* per sollecitare l'adempimento nelle relazioni genitore-figlio (17): in alcune decisioni la condanna a tale sanzione riguarda le scelte di vita del minore - come l'obbligo di iscrizione tempestiva del figlio alla scuola ritenuta più idonea alle esigenze educative emerse in giudizio, o la necessità di preservare la prole dalle scelte religiose e filosofiche del genitore - (18), oppure si riferisce alle controversie insorte in seguito alla frapposizione di ostacoli alla frequentazione del genitore non collocatario (19) o, viceversa, a causa del disinteresse da parte di quest'ultimo all'esercizio del diritto di visita (20).
Leggendo le pronunce francesi e belghe non può che notarsi una certa affinità di tipologie di inadempimento con la casistica coperta nel nostro ordinamento dall'art. 709-*ter* c.p.c. (21).
A tal proposito, parte della dottrina italiana ha sollevato alcuni dubbi in ordine alla possibilità di applicare l'*astreinte* in presenza di una misura coercitiva indiretta (22), quale è l'art. 709-*ter* c.p.c., assumendo che il giudice già sarebbe legittimato ad esercitare il potere di sanzionare l'inadempimento attra-

Note:

(10) M. Paladini, *Rapporti tra giudice della separazione, giudice tutelare e tribunale per i minorenni*, cit.; D. Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2010, I, 348; contra 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.

(11) M. Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 142 ss.

(12) Loi n. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

(13) Tribunal de Grande Instance de Grenoble, JEX, 31 mars 2009, JurisData n. 2009-003635, secondo cui le richiamate disposizioni «*ne posent pas au recours à l'astreinte de conditions relatives à la nature du litige ou de l'obligation de faire en jeu. Dès lors, l'exécution de l'obligation de présenter un enfant à son parent titulaire d'un droit de visite peut être assortie d'une astreinte*». In dottrina, P. Murat, *Le recours au juge de l'exécution pour faire exercer le droit de visite*, *Droit de la famille*, n. 6, Juin 2009, comm. 76; Juge aux Affairer Familiales de Laval, 8 février 2008, in www.lplm.fr; Cour d'Appel de Lyon, 31 janvier 2011, in *Dalloz*.

(14) Da ultimo, Cour d'Appel de Bordeaux, 3 janvier 2006, Cour d'Appel de Toulouse, 8 juin 2004, entrambe reperibili in *Dalloz*.

(15) La versione consolidata del progetto di riforma del codice civile è reperibile in D. Amram-A. D'Angelo (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, 2011,159 ss.

(16) A. D'Angelo, *La famiglia nel ventunesimo secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in D. Amram-A. D'Angelo (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, cit., 35.

(17) B. Compaginion-A.F. Saudoyez, *L'astreinte et le droit de la famille*, *Divorce*, 2005/6, 69 ss.

(18) Civ. Mons (réf.), 15 sept. 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, 698; Civ. Bruxelles (réf.), 19 sept. 1995, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 431; J.P. Huy, 20 déc. 1996, *Jurispr. Liege Mons Bruxelles*, 1997, 1054; Liège, 17 oct. 2000, *Jurispr. Liege Mons Bruxelles*, 2001, 946.

(19) Mons, 5 nov. 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, 216. 29; Mons, 14 nov. 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, 121. 30; Trib. Jeun. Bruxelles, 30 oct. 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, 239.

(20) Civ. Liège (réf.), 30 mai 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 418; Anvers, 24 mars 2004, *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2004, Livre 85, 1100.

(21) Sul punto sia concesso rinviare a D. Amram, *L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art. 709-ter c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e del dialogo sanzione-mediazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 533 ss.

(22) E. Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in Aa.Vv., *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, I, Padova, 2009, 523 ss.

verso il provvedimento di cui al numero 4), del secondo comma del medesimo articolo (23).
L'assenza di una normativa di raccordo tra le due disposizioni, tuttavia, non può che lasciare all'interprete il compito di valutare l'opportunità o meno di utilizzare il più recente rimedio in ambito familiare (24).
Nel caso di specie, occorre osservare come l'organo giudicante abbia valutato opportuno applicare l'art. 614-*bis* c.p.c. a supporto dell'ammonizione, al fine di impedire che nella più ampia vicenda della crisi familiare il conflitto fra le parti vada ad inficiare sulla frequenza scolastica - e dunque sull'istruzione e sull'educazione - del figlio.
Pertanto, il rafforzamento dell'apparato coercitivo parrebbe essere giustificato dall'idea che il singolo episodio, seppur accertato, di per sé non avrebbe potuto dare luogo ad una condanna a una sanzione in favore della cassa delle ammende o ad un risarcimento, provvedimenti che, come noto, ricorrono in presenza di condotte più gravi e il più delle volte poste in essere con la consapevolezza e l'intento di arrecare pregiudizio alla prole (25); mentre dall'istruttoria parrebbe essere emersa come prioritaria la necessità di ricostruire un rapporto padre-figlio, deteriorato già prima del comportamento ostruzionistico della madre.
Dal momento che l'ammonimento svolge essenzialmente la funzione di dare contezza al genitore stesso della riprovevolezza del comportamento posto in essere, lo strumento dell'*astreinte* parrebbe, invece, particolarmente adatto ad ovviare al rischio che la condotta "illecita" sia reiterata determinando a cascata conseguenze pregiudizievoli per la prole.

L'*enforcement* oltre il singolo inadempimento e gli *adattamenti* nell'interesse della prole

La predisposizione da parte degli ordinamenti di strumenti volti ad impedire l'inadempimento delle obbligazioni verso i familiari ha accompagnato negli ultimi anni un processo di responsabilizzazione dei membri del nucleo familiare, intervenendo, in particolare, nelle situazioni patologiche dei rapporti domestici.
Il perseguimento di tali obiettivi ha tuttavia comportato la necessità di *adattare* (26) gli istituti mutuati negli altri domini del diritto alle esigenze caratterizzanti i rapporti genitoriali.
Lo stesso provvedimento in epigrafe, come accennato, nell'interpretare le disposizioni del codice di rito, contiene alcuni *adattamenti*/forzature applicative, senza i quali l'efficacia delle misure di attuazione verrebbe vanificata.
In primo luogo, è necessario riflettere sui motivi per cui l'art. 614-*bis* c.p.c. non sarebbe adottabile nelle dispute familiari, nonostante il legislatore non abbia escluso quest'ultime dall'ambito di applicazione dell'*astreinte*: l'obiezione secondo cui sussisterebbe un'antinomia con l'art. 709-*ter* c.p.c., risolvibile sulla base del criterio della specialità, in favore di quest'ultimo non giustificherebbe, infatti, la rinuncia alle conseguenze benefiche di ordine pratico relative al perseguimento dell'interesse superiore della prole che l'*astreinte* in tali sedi potrebbe dispiegare (27).
In secondo luogo, occorre soffermarsi sull'importanza del cumulo di provvedimenti coercitivi con le sollecitazioni volte a far intraprendere percorsi di mediazione alle parti, di modo da far prendere loro coscienza del fatto che, al di là della rottura del rapporto coniugale, sopravvivono le responsabilità verso la prole, il cui interesse deve essere perseguito in via prioritaria su tutte le altre questioni da affrontare in seguito alla crisi della famiglia (28).
Infine, una particolare attenzione deve essere prestata al caso concreto e alle dinamiche relazionali tra le parti: a fronte della medesima condotta inadempiente, parrebbe necessario individuare il mezzo più efficace in quella particolare circostanza a far cessare l'illecito e a consentire il miglior sviluppo psicofisico del fanciullo.

Note:

(23) Così, 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, cit.

(24) G. Spoto, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam.*, 2010, 910.

(25) Per uno studio della giurisprudenza *ex* art. 709-*ter* c.p.c. sia concesso rinviare a D. Amram, *L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art. 709*-ter *c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e del dialogo sanzione-mediazione*, cit.

(26) L'efficace espressione riferita all'art. 129-*bis* c.p.c. è di F. Giardina, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia. L'art. 129*-bis *del codice civile*, Pisa, 1999.

(27) Ne discutono, in particolare: 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, cit.; A. Chizzini, *Commento all'art. 6144*-bis *c.p.c.*, in Balena-Caponi-Chizzini-Menchni, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 15; F. Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709*-ter *c.p.c.*, cit.; G. Spoto, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, cit.

(28) A conferma della prospettiva puerocentrica del diritto della crisi familiare, si vedano gli esempi riportati da G. Ferrando, *I diritti dei minori della famiglia in difficoltà*, in *Fam. dir.*, 2010, 1174; V. Pocar, *Mutamenti sociali, relazione coniugale e funzione genitoriale*, in M. Sesta (a cura di), *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa*, Milano, 2000, 33 ss.; F. Ruscello, *Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 395 ss.

Nel caso in epigrafe, il giudice parrebbe essersi strettamente attenuto alla delicatezza delle circostanze emerse in istruttoria, decidendo nel senso di ammonire la resistente - e dunque di emettere il provvedimento meno invasivo tra quelli previsti dal legislatore nel 2006 - accogliendo solo in parte la richiesta del padre a sanzionare sin da ora ogni inadempimento futuro: la condanna all'*astreinte* è, infatti, circoscritta all'ipotesi in cui la frapposizione di ostacoli alle frequentazioni genitore-figlio si concretizzi in assenze ingiustificate di quest'ultimo a scuola.
Proprio riconoscendo il limite di detti strumenti di *enforcement* a risolvere un'intera situazione di conflitto familiare, la decisione fiorentina rivolge altresì un invito alle parti alla prosecuzione del percorso di genitorialità, disponendo l'attivazione di diversi canali di comunicazione: l'obbligo di rendere partecipe il padre alla vita del figlio attraverso un aggiornamento telefonico quotidiano, la consultazione di un esperto per facilitare la ricostruzione del rapporto padre-figlio, nonché il coinvolgimento del primo (e dei parenti del ramo paterno) nelle attività sportive di quest'ultimo.
Le condotte inadempienti e i relativi rimedi devono, infatti, essere graduati sulla base dell'incidenza degli stessi nella sfera personale dell'agente (o dell'inerte), in ragione della previa ed autonoma presa di coscienza delle responsabilità verso il nucleo e, in particolare, verso la prole, nonostante l'attraversamento della fase patologica del rapporto di coppia.
In tale prospettiva, la situazione ideale per un'efficace ed effettiva responsabilizzazione dei ruoli genitoriali potrebbe essere vista nell'applicazione di forme di coercizione all'interno di accordi tra i genitori, il che garantirebbe, non più (e non solo) verticalmente, la persistenza dei vincoli di solidarietà e collaborazione tra i membri dell'originario nucleo familiare, ma una vera e propria presa di coscienza delle responsabilità genitoriali.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Processo civile – formulario commentato

I procedimenti speciali – II ed.

con CD-Rom

Diretto da Claudio Consolo e Vincenzo Mariconda

Il volume, inserito all'interno della Collana "Commentari", contiene tutte le **formule** relative ai **procedimenti speciali** del processo civile:
– il procedimento di **ingiunzione**
– il procedimento per **convalida di sfratto**
– i procedimenti **cautelari** e **possessori**
– i procedimenti in materia di **famiglia** e di **stato delle persone**
– la **copia** e la **collazione** di atti pubblici
– i procedimenti relativi all'**apertura delle successioni**
– lo **scioglimento di comunioni**
– il processo di **liberazione** degli **immobili** dalle **ipoteche**
– l'**arbitrato**

Particolare attenzione è dedicata alle **novità** introdotte **dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150**, in materia di **riduzione** e **semplificazione** dei procedimenti civili di cognizione.

Ogni articolo di riferimento è strutturato in quattro "moduli": un **inquadramento funzionale** che rappresenta un ampio e utile commento d'autore; un breve paragrafo che suggerisce gli **errori da evitare**; la **formula** in senso stretto; una **rassegna della giurisprudenza** più significativa, di legittimità e di merito.

Il **Cd-Rom** allegato contiene oltre **300 formule**, utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura ed **adattabili al caso specifico**.

Ipsoa 2012, pagg. 2100, Euro 145,00

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***

Uso illecito di marchio registrato e quantificazione del danno

Retroversione degli utili da uso illecito di marchio registrato: come si applica, come si quantifica

TRIBUNALE DI GENOVA, 23 febbraio 2011 - Pres. Costanzo - De. As. Sp.A. Fi.Fu. S.p.A. c. Fi.Fa.

In caso di uso illegittimo di marchio registrato, la condanna del responsabile alla retroversione degli utili si colloca su di un piano diverso rispetto al risarcimento del danno (sia perché non è ravvisabile un rapporto di correlazione necessaria tra vendite del contraffattore e mancate vendite del titolare, sia perché il riconoscimento del diritto è ispirato alla necessità di evitare che la violazione della privativa sia occasione di arricchimento per il suo autore tutte le volte che il guadagno realizzato superi la perdita patita dal titolare) e non è condizionata dalla prova dell'esistenza di un danno risarcibile, bensì dalla verifica degli utili conseguiti e della relazione causale tra violazione e profitto conseguito.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Trib. Milano 17 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2009, 1165; Trib. Milano 24 novembre 2007, *id.*, 2008, 919; App. Milano 24 settembre 2007, in *Giur. dir. ind.*, 2007, 1003.
Difforme	Trib. Milano 30 luglio 2008, in *Giur. dir. ind.*, 2008, 1027; Trib. Roma 29 febbraio 2008, *ibid.*, 2008, 773; Trib. Roma 22 gennaio 2008, *ibid.*, 656.

Svolgimento del processo e motivi della decisione

La De.As. S.p.A. e la Fi.Fu. S.p.A. società appartenenti al Gr.De., attive nella produzione e distribuzione di prodotti bancari, finanziari ed assicurativi e di servizi di investimento, utilizzatoci, fin dal 1987, dell'espressione "Fi.Fu." in funzione di denominazione sociale e titolari di diversi marchi, registrati tra il 1987 ed il 1999, contenenti la medesima espressione o l'acronimo F.F. o entrambi tali elementi, hanno agito in giudizio nei confronti di Fi.Fa., titolare della ditta individuale "Fi.Fu.", con sede in Carrara, attiva nel settore dell'intermediazione finanziaria, al quale hanno ascritto l'uso indebito, sia come ditta che come insegna - e conseguentemente nella promozione presso il pubblico dei propri servizi -, della denominazione "Fi.Fu." e dell'acronimo F., chiedendo che tale uso fosse inibito e che il convenuto fosse condannato al risarcimento del danno ed alla restituzione degli utili illegittimamente conseguiti.

A sostegno della propria prospettazione le società attrici hanno prodotto numerosi documenti dai quali si evince l'utilizzo nel tempo delle sopra menzionate espressioni come elementi costitutivi delle proprie denominazioni sociali, nonché dei marchi registrati elencati nell'atto introduttivo del giudizio. Hanno inoltre prodotto una visura della Camera di Commercio di Massa Carrara dalla quale risulta l'iscrizione, nel 2007, della ditta individuale "Fi.Fu." ed altri documenti attestanti l'utilizzo, da parte del Fi., delle predette espressioni come insegna e per fini pubblicitari.

Ritiene il Tribunale che dalla documentazione prodotta emerga in modo inconfutabile il diritto esclusivo delle attrici di utilizzare l'espressione "Fi.Fu." e l'acronimo F.F. per contraddistinguere la propria attività di intermediazione finanziaria, sia per l'anteriorità dell'uso, sia, soprattutto, per la titolarità dei marchi registrati di cui detti elementi costituiscono il nucleo fondamentale.

L'art. 20 del D.Lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, comma 1, lettera a) conferisce al titolare del marchio d'impresa registrato il diritto di vietare ai terzi di usare nella loro attività economica un segno identico al marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato, subordinando invece tale diritto, nell'ipotesi di somiglianza tra i segni o affinità tra i prodotti, all'accertamento di un rischio di confusione o alla possibilità che il contraffattore tragga indebito vantaggio dalla rinomanza del marchio registrato.

Nella fattispecie ricorre l'ipotesi dell'identità tra i segni distintivi, riscontrabile sulla base di una semplice compa-

razione, e della quanto meno parziale identità tra i prodotti o servizi, occupandosi entrambe le parti di finanziamenti e mutui. Ne consegue l'illegittimità dell'uso dei predetti segni distintivi, da parte del convenuto, per contraddistinguere i propri servizi.
L'art. 22 del D.Lgs. citato vieta di adottare come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio aziendale, un segno uguale o simile all'altrui marchio se, a causa dell'identità o dell'affinità tra l'attività di impresa dei titolari di quei segni ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è adottato, possa determinarsi un rischio di confusione. Anche detta norma, che si fonda sui medesimi presupposti, già accertati, trova applicazione nella fattispecie.
Il risarcimento del danno conseguente alla violazione dei diritti di proprietà industriale è disciplinato dall'art. 125 del D.Lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, come modificato dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140, emesso in attuazione dell'art. 3 della direttiva 2004/48/CE.
La norma richiama, nel primo comma, principi e criteri già stabiliti, in materia di risarcimento del danno, dal Codice civile, facendo in particolare riferimento all'art. 1223, il quale prevede che il risarcimento deve comprendere sia il danno emergente che il lucro cessante, all'art. 1226, che stabilisce i presupposti ed i criteri per la liquidazione del danno in via equitativa, all'art. 1227, che disciplina il concorso del fatto colposo del creditore. Stabilisce poi che si tenga conto, nella liquidazione, sia delle conseguenze economiche negative per il titolare del diritto leso, sia dei benefici realizzati dall'autore della violazione, nonché, ricorrendone i presupposti, del danno morale. Il secondo comma prevede la possibilità che il danno, su istanza di parte, sia liquidato "in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano", determinando in ogni caso il lucro cessante in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. La disposizione a prima vista non introduce alcuna deroga ai principi generali, almeno per quanto concerne i presupposti della liquidazione del danno, in quanto fa riferimento ad un istituto, quello delle presunzioni semplici, che trova la propria disciplina nell'art. 2729 c.c. Volendo tuttavia attribuire autonoma rilevanza alla possibilità, ivi prevista, che il danno sia liquidato in una "somma globale", la norma deve essere interpretata come una indicazione per una liquidazione equitativa del danno non vincolata rigidamente alla accertata impossibilità di fornire una prova puntuale ed analitica del pregiudizio. Va tuttavia evidenziato che la disciplina in esame concerne esclusivamente i criteri di liquidazione del danno e quindi non deroga, per quanto riguarda l'accertamento della sua esistenza, ai principi che regolano l'onere della prova (art. 2697 c.c.). In tali termini si è espressa la giurisprudenza in relazione al previgente art. 66 del Regio decreto n. 21 giugno 1942, n. 929, che conteneva una disposizione poi riprodotta testualmente nel secondo comma dell'art. 125 Cpi; la Corte Suprema, nella sentenza 19 giugno 2008, n. 16647 ha evidenziato che "per l'operatività di una simile disposizione occorre che si sia comunque raggiunta la prova dell'esistenza di un danno e che si sia quindi già nella fase successiva di liquidazione del risarcimento".
Il principio fonda la propria validità sulla insussistenza di un rapporto di correlazione necessaria tra la violazione del diritto e l'esistenza di un danno risarcibile. Sebbene, infatti, in alcune ipotesi di violazione dei diritti di privativa sia ravvisabile una immediata relazione tra l'illecito perpetrato ed il pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, la diversa natura dei diritti tutelati dal Codice, a fronte di una disciplina unitaria, non è priva di conseguenze sulle modalità di accertamento e liquidazione dei danni conseguenti alla loro violazione.
In caso di uso illegittimo di un marchio registrato il danno può derivare al suo titolare dalla perdita di quote di mercato, sotto il profilo della diminuzione del fatturato o di un suo minore incremento, ovvero dal discredito cagionato dalla commercializzazione - con il marchio contraffatto - di prodotti di qualità scadente. Tali effetti devono essere allegati e provati dal titolare del diritto leso. Nella fattispecie parte attrice non ha neppure prospettato il pregiudizio che le sarebbe derivato in concreto dalla condotta del convenuto; trattando, nelle proprie difese, della "pluralità dei parametri di valutazione ragionevolmente ipotizzabili per pervenire ad una verosimile quantificazione del danno" non ha fatto altro che richiamare ed illustrare i diversi criteri di liquidazione fissati in astratto dalla legge, omettendo di ancorarli, anche a livello di mera allegazione, a circostanze di fatto idonee a giustificarne l'adozione.
Accogliendo un'istanza delle attrici il giudice istruttore ha ordinato al convenuto l'esibizione di alcune scritture contabili. Non avendo il convenuto ottemperato le attrici hanno chiesto che da tale condotta fossero tratti argomenti di prova anche ai fini della liquidazione equitativa del danno. Osserva il Collegio che la possibilità di trarre argomenti di prova dal comportamento di una parte dipende dalla natura e dalla consistenza del materiale probatorio già disponibile. Il mancato adempimento di un ordine del giudice può ad esempio essere utilizzato come conferma di una circostanza che sia stata oggetto di parziale dimostrazione o quanto meno di ragionevole allegazione ad opera della controparte; non può invece servire per fissare arbitrariamente, a meri fini sanzionatori, un dato o una grandezza la cui determinazione non trovi sostegno in alcun elemento disponibile, anche solo presuntivo.
Per il disposto del III comma dell'art. 125 Cpi., "in ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento".
La norma è suscettibile di diverse interpretazioni. Se da un lato infatti è ipotizzabile che il legislatore abbia inteso individuare una mera modalità di liquidazione del danno, dall'altro si è sostenuto, soprattutto in dottrina, che il diritto alla restituzione degli utili si collocherebbe su un piano diverso rispetto al risarcimento del danno,

sia perché non sarebbe ravvisabile un rapporto di correlazione necessaria tra vendite del contraffattore e mancate vendite del titolare, sia perché il riconoscimento del diritto sarebbe ispirato alla necessità di evitare che la violazione della privativa sia occasione di arricchimento per il suo autore tutte le volte in cui il guadagno realizzato superi la perdita effettiva del titolare del diritto leso. Quest'ultima interpretazione appare al Collegio preferibile in quanto aderente al testo della norma, la quale, dopo avere enumerato in modo esaustivo le voci di danno risarcibili ed i criteri di risarcimento, precisa che "in ogni caso" il danneggiato può chiedere la restituzione degli utili realizzati dal contraffattore. È inoltre significativo che la disposizione contrapponga il diritto agli utili realizzati al diritto al risarcimento del lucro cessante, prevedendone l'esercizio in via alternativa - quanto meno fino alla concorrenza dell'importo del risarcimento - in quanto tale contrapposizione induce una differenziazione ontologica tra i due diritti, che finirebbero invece per sovrapporsi se partecipassero della medesima natura risarcitoria. La differenziazione tra risarcimento del danno e restituzione degli utili compare oltretutto anche nella rubrica dell'art. 125.
La condanna del responsabile alla restituzione degli utili non è quindi condizionata alla prova dell'esistenza di un danno risarcibile. L'applicabilità della disposizione nel caso concreto richiede tuttavia la verifica di due presupposti. In primo luogo è necessario l'accertamento degli utili conseguiti. In secondo luogo, giacché la disposizione attribuisce al titolare del diritto leso gli utili realizzati attraverso una condotta vietata dalla normativa sulla proprietà industriale, è necessaria una relazione causale tra la violazione e il profitto conseguito; in caso di contraffazione di un marchio è quindi necessario che il profitto sia imputabile esclusivamente o prevalentemente all'uso dell'altrui segno distintivo.
Nel caso in esame manca la prova degli utili di cui è stata chiesta la restituzione, non potendo essere utilizzato, per i motivi già sopra esposti, il criterio di cui all'art. 116 c.p.c. Le domande di risarcimento del danno e di restituzione degli utili devono pertanto essere respinte.
Al fine di assicurare l'osservanza della presente pronuncia è opportuno prevedere una penale di euro 1.000,00 per ogni violazione dell'inibitoria; va altresì disposta la pubblicazione del solo dispositivo della sentenza, per una volta, con adeguato rilievo, sul quotidiano indicato dalle attrici.
Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano d'ufficio, in mancanza di nota, come in dispositivo.
... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Paolo Pardolesi

Il provvedimento genovese offre il destro per una succinta ricostruzione della genesi della retroversione degli utili *ex* art. 125 C.P.I., autentica *new entry* nel panorama degli strumenti rimediali, al fine di verificarne i punti di contatto con i *disgorgement damages* e di divisare una prima analisi delle problematiche sottese ai profili di commisurazione del risarcimento.

Alle prese con una novità

Sentenza senza fronzoli, ma di rimarchevole interesse. Il tribunale genevose, pronunciandosi sul tema dell'uso indebito di marchio registrato, s'interroga sulla concreta praticabilità - in un'accezione parasanzionatoria, capace di ricalcare le orme dello strumento punitivo, o quasi, dei *disgorgement damages* (1) - della re-

Nota:

(1) Per inciso, i *disgorgement damages* costituiscono un'articolazione rimediale di *common law* che, rispondendo alla necessità di impedire a chicchessia di trarre profitto dal compimento di una condotta illecita, prevede come diretta conseguenza lo 'spoglio' del guadagno realizzato illegittimamente dall'autore dell'illecito. Più nello specifico, in virtù di tale rimedio si accorda alla vittima uno strumento in grado di colpire con vigore l'autore dell'illecito esponendolo al rischio di dover riversare l'intero guadagno derivante dalla sua attività *contra legem*. Per un'analisi approfondita dell'istituto in oggetto v., orientativamente, S. Thel-P. Siegelman, *You do have to keep your promises: a disgorgement theory of contract remedies*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* 1181 (2011); M.L. Engler-S.B. Heyman, *The missing elements of contract damages*, disponibile su http:ssrn. com/abstract=1931752; C.L. Roberts, *Restitutionary disgorgement for opportunistic breach of contract and mitigation of damages*, disponibile su http:ssrn. com/abstract=1152303; nonché, *Restitutionary disgorgement as a moral compass for breach of contract*, 77 *U. Cin. Law. Rev.* 991; ID., *A commonwealth of perspective on restitutionary disgorgement for breach of contract*, 65 *Wash. & Lee L. Rev.* 945 (2008); M. A. Eisenberg, *The disgorgement interest in contract law*, 105 *Mich. L. Rev.* 599 (2006); R. R.W. Brooks, *The efficient performance hypothesis*, 116 *Yale L.J.* 568 (2006); M. Siems, *Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis*, 7 *Edin. L. Rev.* 27 (2004); E. J. Weinrib, *op. cit.* 55ss.; J. D. Mc Camus, *Disgorgement for breach of contract: a comparative prospective*, 36 *Loy. L. A. L. Rev.* 943 (2003); J. Edelman, *Gain-based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, Oxford e a., 2002; N. R. Whitty, *Rationality, nationality and taxonomy of unjustified enrichment*, in *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, a cura di D. Johnoston-R. Zimmermann, Cambridge University Press, 2002, 658, 678 ss.; A. Kull, *Disgorgement for breach, the "restitution interest", and the Restatement of contracts*, 79 *Tex. L. Rev.* 2021 (2001); P. Jaffey, *The nature and scope of restitution*, Oxford-Portland, 2000, 363 ss.; L.

(segue)

troversione degli utili (*ex* art. 125 C.P.I.), nonché sulle difficoltà sottese alla sua commisurazione.
Prima di procedere all'analisi del provvedimento maturato a ridosso della controversia in esame, appare opportuno tracciare una succinta ricostruzione dei passaggi che hanno scandito l'introduzione del nuovo indice normativo.

La lunga marcia verso la retroversione degli utili *ex* art. 125 C.P.I.

L'esigenza di provvedere al riconoscimento di uno strumento rimediale dalla marcata inclinazione parasanzionatoria affonda le radici nella consapevolezza che, in talune ipotesi (mi riferisco a quelle di arricchimento da fatto illecito, in cui a rilevare non è tanto la perdita subita dal titolare del diritto, quanto il vantaggio economico frutto della condotta illecita posta in essere da chi, violando il diritto altrui, abbia conseguito un risultato di gran lunga più vantaggioso - in termini di profitto - di quanto non sia il detrimento patito dal titolare del diritto) (2), la tradizionale impostazione del risarcimento del danno (articolata sulle voci del lucro cessante e del danno emergente) non è in grado di risolvere completamente, meno che mai di esaurire senza residui, le questioni relative alla lesione subita dalla vittima della condotta illecita. Da ciò l'opportunità di verificare se non sia necessario provvedere alla restituzione, in pro del titolare del diritto, della maggior somma fra il danno e il profitto realizzato in virtù della condotta illecita (3).
Non sorprende, quindi, che la ricerca di una soluzione appropriata a siffatta problematica abbia prodotto, di recente, un rimarchevole fenomeno di convergenza tra i formanti giurisprudenziale (4), dottrinale (in questo senso si collocano le riflessioni riguardanti gli istituti dell'arricchimento ingiustificato (5), della gestione d'affari altrui (6), della restituzione dei frutti (7) e - versione estrema della precedente - dei modi d'acquisto della proprietà a titolo originario (8)) e legislativo (9), sulla necessità di prevedere uno strumento innovativo che, liberan-

Note:

(continua nota 1)

Smith, *Disgorgement of the profit of breach of contract: Property, contract and efficient breach*, 24 *Can. Bus. L. T.* 121 (1995); S. F. Barkholz, *Insider trading, the contemporaneous trader, and the corporate acquirer: entitlement to profits disgorged by the SEC*, 40 *Emory L. J.* 537 (1991), 540 ss.; E. A. Farnsworth, *Your loss or my gain? The dilemma of the disgorgement principle in breach of contract*, 94 *Yale L. J.* 1339 (1985).
Nella letteratura italiana v. P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali.* Disgorgement v. punitive damages, Bari, 2012, 53 ss., nonché, *Vorrei, ma… Sviluppi in tema di* disgorgement, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. Pardolesi, Bari, 2011, 15; Id., voce Disgorgement, in *Enc. giur. it.* (sez. Agg.), vol. XIV, Roma, 2006, 1; Id., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; nonché *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il* disgorgement*?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 717.

(2) Per un'incisiva riflessione sulle problematiche sottese alla restituzione dell'arricchimento nel diritto italiano si rinvia a P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 104 ss. Sull'arricchimento da fatto illecito v., orientativamente, P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali* cit., 129 ss.; nonché, *Arricchimento da fatto illecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 523; Id., *Rimedi all'inadempimento contrattuale* cit., 713 ss.; P. Trimarchi, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 1147.

(3) «Ogniqualvolta il danno sia effetto di un conflitto di attribuzione, la liquidazione può certamente avvenire anche in deroga ai limiti della tradizionale funzione compensativa in forza della quale, in linea di principio, chi agisce per il risarcimento non può venire a trovarsi in una posizione migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso. Questo principio non può porsi come limite esterno al sistema delle azioni risarcitorie esperibili nel diritto industriale, ed è incompatibile con l'attribuzione normativa, a titolo di proprietà intellettuale ed industriale, di una risorsa la cui utilizzazione non può non esporre chi lo compie alla conseguenza di restituire tutte le utilità che ha tratto dall'abuso e più in generale dall'altrui risorsa competitiva»: così, F. Floridia, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2012, 5, 7.

(4) Per una ricognizione del quale v., orientativamente, M. Guerinelli, *La retroversione degli utili fra rischio di* overcompensation *ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 213; P. Pardolesi, *Arricchimento da fatto illecito*, cit., 523.

(5) Sul punto v. P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 54; O. Troiano, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, in *AIDA*, 2000, 207; C. Castronovo, *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7, 15 s., secondo cui «la soluzione sta nel cumulo tra responsabilità e arricchimento, ciascuno per l'oggetto che propriamente lo riguarda: il danno per l'una l'incremento patrimoniale per l'altro». Secondo l'A., pertanto, «nel caso della lesione di proprietà intellettuale si tratterà allora di determinare, (…), quanta parte dell'arricchimento sia da attribuire al titolare del diritto aggredito e quanta sia dovuta all'opera dell'usurpatore o del contraffattore, senza più lasciarsi cogliere dall'equivoco che tutto il danno che deriva dal fatto illecito va risarcito: perché il danno va bensì risarcito, ma ciò che va oltre il danno, ciò che sia puro e semplice incremento patrimoniale non risponde alla logica della responsabilità ma a quella dell'appartenenza, è ciò che spetta al titolare del diritto quando pure altri ne faccia esercizio».

(6) Per un approfondimento di questi profili si rinvia a P. Sirena, *La gestione di affari altrui - Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 2000; G. Guglielmetti, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, in *AIDA*, 2000, 174; R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 114 ss.

(7) In tal senso v. P. Barcellona, *Frutti e profitto d'impresa*, Milano, 1970, 80; G. Gitti, *Il "possesso di beni immateriali" e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, 152.

(8) In proposito si rinvia a P. Barcellona, *La lesione della proprietà intellettuale come conflitto non aquiliano*, relazione tenuta a Palermo, il giorno 7 febbraio 2002, nell'ambito del corso di diritto privato generale.

(9) V., *infra*, ciò che diremo a proposito dello strumento della retroversione degli utili introdotto con l'art. 125 del C.P.I.

dosi dalla rigidità strutturale dell'apparato rimediale nostrano, fosse in grado di svolgere una funzione tanto deterrente quanto sanzionatoria.

L'occasione per il tanto invocato cambio di rotta (anche e, soprattutto, a livello legislativo) si è concretizzata con l'elaborazione del nuovo Codice di Proprietà Industriale, finalizzato a semplificare e riordinare le molte leggi in vigore (di derivazione nazionale, internazionale e comunitaria), divenute di interpretazione sempre più oscura non solo per la diversità dei linguaggi adoperati, ma soprattutto a causa dello sfilacciamento dei nessi sistematici e della necessaria coerenza delle singole disposizioni (10).

Più nello specifico: nella prima stesura del 22 luglio 2003, il testo provvisorio del C.P.I. dedicava alla disciplina del risarcimento del danno l'art. 134, con il quale non solo si assicurava una indispensabile continuità con i principi guida in materia di risarcimento dei danni (11), ma, rispondendo alle cennate pressioni provenienti da dottrina e giurisprudenza, si concedeva al titolare del diritto di proprietà industriale la concreta possibilità di chiedere "altresì" che gli venissero attribuiti gli utili realizzati dal contraffattore (12).

Tuttavia la "genesi" dell'innovativo strumento rimediale della retroversione degli utili era appena all'inizio (13). Non a caso, sia nel dicembre dello stesso anno (14), sia nella successiva stesura del 10 settembre 2004, il legislatore mise nuovamente mano alla norma in questione (nel frattempo rinumerata come art. 125), statuendo che, in virtù del compattamento della chiusa del primo comma e del secondo comma dell'originario art. 125, all'iniziale impostazione (secondo cui «il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile») si aggiungesse la direttiva in forza della quale il lucro cessante sia valutato dal giudice «anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto». Ben presto, però, la disposizione subì un ulteriore intervento modificativo, che ha sollevato non poche critiche, ascrivibili al progressivo abbandono dell'obiettivo di colmare la vistosa lacuna legislativa in tema di arricchimento da fatto illecito (15): in breve, con la stesura definitiva del C.P.I. (D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) (16), il legislatore delegato - dopo

Note:

(10) A tale proposito mette conto rimarcare come, con delega prevista dall'art. 15 della l. 12 dicembre 2002 n. 27, il Governo avesse affidato ad una apposita commissione interministeriale il compito di redigere il nuovo Codice di Proprietà Industriale. Per un'attenta analisi degli artt. 5-18 della l. n. 273/2002 si rinvia a G. Floridia, *Il riordino della proprietà industriale (Legge 12 dicembre 2002, n. 273)*, in *Dir. ind.*, 2003, 22 ss.

(11) Non a caso, la Commissione di esperti aveva provveduto a suddividere il primo comma in maniera tale che vi fosse un rinvio tanto alle imprescindibili disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. quanto al potere del giudice di valutare il lucro cessante «con equo apprezzamento delle circostanze».

(12) Per questa via, quindi, il legislatore 'apriva' ad una soluzione rimediale innovativa in virtù della quale la vittima della condotta illecita avrebbe potuto ottenere un risarcimento basato sul profitto realizzato dal contraffattore piuttosto che sulla perdita subita in virtù della condotta illecita. A tale proposito v. P. Pardolesi, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, 37, 41 ss. La portata innovativa di questo strumento rimediale viene rimarcata da M. Barbuto, *La retroversione degli utili*, 3 ss., relazione tenuta a Catania (30 settembre-1° ottobre 2005), disponibile sul sito http://appinter.csm.it/incontri/relaz/12282.pdf, che non manca di evidenziare come tale criterio sia stato adottato in passato da qualche coraggiosa sentenza di merito: «quando una nuova norma fa conseguire un risultato che prima veniva ugualmente raggiunto in sede di interpretazione giurisprudenziale non è corretto affermare che la norma 'non è innovativa' solo perché i giudici 'quel risultato lo avevano già raggiunto prima". L'affermazione, commenta l'A., è corretta solo quando la cd. 'norma nuova' abbia valore di interpretazione autentica di una preesistente disposizione d'incerta formulazione. Non è il nostro caso, perché non si conosce alcuna norma antecedente all'art. 125 C.P.I. (a parte la vaghezza dell'art. 1226 c.c. in tema di valutazione equitativa) che consentisse al giudice di risarcire il danno da contraffazione di privativa utilizzando - *de plano* e in ogni occasione - la tecnica del riversamento o della retroversione degli utili». Quanto al testo dell'art. 134 nella primigenia versione del C.P.I.: il primo comma disponeva che «il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze». Nel secondo, invece, si prevedeva che: «il titolare del diritto può altresì chiedere che gli vengano attribuiti gli utili realizzati dal contraffattore».

(13) G. Floridia, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili*, cit., 7 ss.

(14) Più in chiaro, con l'intervento del dicembre 2003, il legislatore delegato prevedeva tanto una modifica di carattere formale (in forza della quale l'espressione "utili realizzati dal contraffattore", nel secondo comma dell'art. 125, veniva sostituito dalla formulazione "utili realizzati in violazione del diritto") quanto la novità di un terzo comma (di minore rilievo ai fini della nostra riflessione): «la sentenza o la decisione arbitrale che dichiara la illegittimità di una registrazione a dominio ai sensi dell'art. 22, se accertata altresì la malafede del registrante, condanna quest'ultimo al pagamento a favore del soggetto i cui diritti sono stati lesi dall'illecita registrazione di una sanzione pecuniaria da fissare, valutata ogni circostanza, da un minimo di euro 5.000,00 ad un massimo di euro 25.000,00, salvo il risarcimento del maggior danno».

(15) Nel paragrafo 14 della Relazione illustrativa del "Codice dei diritti di proprietà industriale", infatti, la Commissione ministeriale non manca di sottolineare come «sfortunatamente in sede di concerto la norma (sia) stata 'stravolta' con una formula che prescrive che nel valutare il danno risarcibile si possa tenere conto dell'utile del contraffattore».

(16) Il testo dell'art. 125 (nella versione prevista nel D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) prevede che: «il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice anche tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto e dei compensi che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto licenza dal titolare del diritto». Appare appena il caso di evidenziare come nel secondo comma (dello stesso articolo) si stabilisce che «la sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne, ad istanza di par-

(segue)

aver disposto, da un lato, che il mancato guadagno venga determinato dal giudice tenendo conto anche degli utili realizzati in violazione del diritto e, dall'altro, che tale voce debba contemplare anche il cd. prezzo del consenso (ossia i costi 'schivati' in virtù della condotta *contra legem*) - si sarebbe esposto al rischio di 'derubricare' l'innovativo strumento rimediale in oggetto ad «una misura funzionale al recupero degli utili ma congegnata in termini risarcitori (…) piuttosto che una misura 'oggettiva' sul modello dei Trips» (17).

Infine - con il D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140, recante il recepimento della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (d'ora innanzi D.Lgs. *enforcement*) -, va in scena l'ultimo (almeno per il momento, vista la necessità «che la legge [venga] resa meno insicura, con qualche piccola aggiunta») *restyling* dell'articolo in oggetto (18). La riformulazione ha comportato tre rilevanti novità: in primo luogo, si preannuncia - già nella rubrica dell'articolo in questione - una decisa separazione degli strumenti rimediali del "risarcimento del danno" e della "restituzione dei profitti"; secondo, si prevede un limite minimo alla liquidazione globale corrispondente al prezzo del consenso allo sfruttamento della creazione intellettuale protetta; infine, si configura la possibilità che la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione possa essere chiesta in alternativa rispetto al risarcimento del danno oppure - solo qualora gli utili da restituire eccedano la somma dovuta a titolo di risarcimento - in cumulo con i *lost profits* (19).

Note:

(continua nota 16)

te, la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano». In dottrina, v. M. Franzosi, *Il risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2006, 205 (che analizza l'articolo in questione ponendo l'accento sulla rilevanza dei fattori DAMP) e C. Mangiafico, *Macchina brevettata, prodotti complementari e danno risarcibile*, *ibidem*, 210 (che, in relazione al danno da contraffazione, analizza l'incidenza della categoria dei danni ancillari e, all'interno di questa, delle cd. *convoyed sales,* ovvero dei danni derivanti dalle mancate vendite di prodotti accessori o complementari al prodotto brevettato).

(17) A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 144 s. In particolare, l'A., prendendo le mosse dalla considerazione che l'art. 13 della direttiva 2004/48/CE non costituisce altro che l'espressione di «una sciatta trasposizione della norma internazionale (art. 45 TRIPs)», mette in risalto come tale norma - nel prevedere il rimedio della retroversione degli utili nei soli casi in cui in cui «l'autore della violazione è stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo» - esprima l'irrilevanza del dolo e della colpa rispetto all'esperibilità dell'azione restitutoria. Per questa via, quindi, la particolarità dell'art. 13 della direttiva 2004/48/CE dovrebbe individuarsi nel suo secondo comma, a tenore del quale è attribuita agli Stati membri la facoltà di prevedere che sia disposta a favore del titolare del diritto il recupero dei profitti, a prescindere dal fatto che il violatore abbia agito (o non) in mala fede. Nel testo definitivo della direttiva, pertanto, il rimedio della restituzione dei profitti assume il rango di una misura autonoma rispetto al risarcimento del danno e, data l'irrilevanza dell'elemento soggettivo, riconducibile senz'altro nell'ambito dei rimedi reali. Ecco, allora, che sulla scorta di tali osservazioni, la stessa autorevole dottrina rimarca come si tratterebbe di un'occasione persa: il legislatore delegato, piuttosto che recepire uno strumento autonomo (la retroversione degli utili) che - seguendo le orme della normativa internazionale e della più claudicante normativa comunitaria - sia in grado di prescindere dall'elemento soggettivo, avrebbe preferito annoverarlo tra le possibili voci del risarcimento del danno.

A ben vedere, però, tali osservazioni (per quanto plausibili) prescindono del tutto dalla possibilità di intravedere, nella soluzione adottata dal legislatore nostrano, un viatico per garantire all'organo giudicante un ventaglio di soluzioni che - provvedendo a colmare le inevitabili lacune di un sistema rimediale incentrato esclusivamente sulla perdita subita - consentano di pervenire alla migliore tutela possibile in favore della vittima della condotta illecita: affermare che il giudice debba considerare 'sistematicamente' nella determinazione del danno (oltre al danno emergente, al lucro cessante e salva sempre la valutazione equitativa del danno) la retroversione degli utili significa, da un lato, garantire alla parte lesa un sicuro impiego di tale vantaggiosa voce rimediale (non più rimessa alla scelta soggettiva del titolare del diritto violato, ma inserita nel processo logico di liquidazione del danno posto in essere dal giudice) e, dall'altro, riconoscere allo stesso giudice una voce ulteriore che - aggiungendosi a quelle tradizionalmente contemplate nella nostra realtà giuridica - consente l'adozione di soluzioni comunque più articolate. Su tali aspetti v. P. Pardolesi, *La retroversione degli utili*, cit., 41 ss. Esprime un diverso avviso A. Vanzetti, *La "restituzione degli utili" di cui all'art. 125, n. 3, C.P.I. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 2006, 323, 325. L'A., infatti, osserva come una soluzione auspicabile sarebbe quella di «tramutare l'obbligo del Giudice di disporre su domanda di parte "la restituzione degli utili" in una facoltà, adeguandosi così alla Direttiva che appunto al Giudice impone di tener conto di tutti gli elementi pertinenti, e più in generale limita la sanzione ai "danni adeguati al pregiudizio effettivo"».

(18) A. Vanzetti, *op. cit.*, 325. Del resto, già all'indomani della loro attuazione, è parso possibile pervenire a due interpretazioni alternative. Per un verso, quella che - prendendo le mosse dalla lettura congiunta del primo e del terzo comma dell'articolo in commento ed inserendosi in un'ottica risolutamente risarcitoria - sembrerebbe implementare nel nostro apparato rimediale una figura giuridica innovativa capace di imprimere una curvatura sanzionatoria e deterrente ad un sistema risarcitorio fondato, nella sostanza, sulla sola perdita subita dalla vittima della condotta illecita. Per l'altro, quella che - tenendo conto della modifica della rubrica, dalle indicazioni dei *consideranda* del decreto *enforcement* e della la locuzione "in ogni caso" posta all'*incipit* del terzo comma dell'art. 125 -, parrebbe prospettare una nuova azione (il cui ambito di applicazione dovrebbe essere 'paradossalmente' limitato alle sole ipotesi di 'contraffazione incolpevole' escludendo di fatto l'applicazione delle norme in tema di risarcimento dei danni), le cui incongruenze concettuali necessitano di un ulteriore intervento chiarificatorio da parte del nostro legislatore. Per un approfondimento delle problematiche individuabili nelle pieghe delle modifiche apportate all'art. 125 C.P.I. dal decreto *enforcement* si rinvia a M. Guernelli, *op. cit.*, 213 ss.; M. Barbuto, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili* in *Riv. dir. ind*, 2007, 172; G. Savorani, *Rimedi civilistici dopo la direttiva* enforcement, in questa *Rivista*, 2007, 500.G. Bonelli, *L'attuazione della direttiva enforcement nel diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2007, 195; P. Pardolesi, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125*, in *Corr. giur.*, 2006, 1605.

(19) Così la lettera dell'art. 125, come modificato dall'art. 17 D.Lgs *enforcement*: «. Il risarcimento dovuto al danneggiato è li-

(segue)

La logica (risarcitoria e/o)sanzionatoria sottesa alla retroversione degli utili

Di fronte alla tormentata emersione della norma, la pronuncia in commento - interrogandosi sulla spettanza di un profitto legato allo sfruttamento illecito del bene immateriale altrui (nello specifico, di un marchio registrato) - esplora, innanzi tutto, i complessi profili sottesi al rapporto tra violazione della proprietà intellettuale e risarcimento del danno. A ben vedere, infatti, nonostante la vasta gamma di tutele che la legge appronta per la proprietà intellettuale (20) - l'imbarazzo, al momento di qualificare il danno che la riguarda, ha spinto dottrina e giurisprudenza verso la soluzione più ovvia, ovvero il risarcimento del danno da illecito civile (21). Tuttavia, come cennato in precedenza, tale soluzione mostra i suoi limiti nel momento in cui si presti attenzione ad ipotesi di violazione della proprietà intellettuale in cui rilevi non già il danno subito dal titolare del diritto, quanto il profitto economico realizzato «da chi arbitrariamente, illecitamente, violando il diritto altrui ha realizzato un esito di gran lunga più favorevole al proprio patrimonio di quanto non sia il detrimento subito dal titolare del diritto violato» (22): più prosaicamente, quando l'autore dell'illecito realizzi un profitto maggiore del danno subito dalla vittima della sua condotta illecita.

Per questa via (ossia nell'ambito di un auspicato rinnovamento strutturale ancor prima che strumentale) la retroversione degli utili *ex* art. 125 C.P.I. (nella versione introdotta con il decreto *enforcement*) gioca un ruolo di assoluto rilievo, compiendo un passo decisivo nel senso di colmare le lacune congenite al nostro ordinamento. Prova ne sia il fatto che nel terzo comma dell'articolo in rassegna viene prevista la possibilità, per il titolare del diritto leso, di chiedere «la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento», a prescindere dalla circostanza che questi abbia agito in buona fede o meno: nella norma in oggetto «[nessun] elemento psicologico è previsto ai fini della retroversione degli utili e perciò questa è dovuta anche nel caso in cui lo sfruttamento dell'altrui risorsa immateriale sia avvenuto inconsapevolmente» (23). Ecco, allora, farsi largo l'implementazione dianzi prospettata. Mi spiego. Il presupposto è che, nelle pieghe della retroversione degli utili - potendo essere richiesta (quest'ultima) sia in alternativa al risarcimento del lucro cessante che nella misura in cui gli utili eccedano tale risarcimento -, la logica risarcitorio/compensatoria (ovvero quella fondata sulla necessità di provvedere alla riparazione di un danno subito) viene 'soppiantata'

Note:

(continua nota 19)

quidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto della violazione. 2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. 3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento». Per una riflessione densa di spunti critici sulle modifiche apportate all'art. 125 dal decreto *enforcement* v. A. Vanzetti, *op. cit.*, 323 ss.

(20) Su tale punto si rinvia a L. Nivarra, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2000, 325, a cui avviso la serie di tutele prevista per la proprietà intellettuale costituisce, senz'ombra di dubbio, la più ricca che il diritto privato metta a disposizione di situazioni soggettive.

(21) In senso conforme v. C. Castronovo, *op cit.*, 10; G. Guglielmetti, *op. cit.*, 175 s., secondo il quale «il tema della responsabilità per l'arricchimento raramente è affrontato in termini espliciti e spesso è confuso con la distinta questione della responsabilità per i danni».

(22) V. C. Castronovo, *op. cit.*, 10 nonché. A. Plaia, *op. cit.*, *passim*; e G. Guglielmetti, *op. cit.*, 175 s., a cui dire «in realtà, non è difficile immaginare situazioni in cui l'utile del contraffattore sicuramente eccede il danno provocato». La stessa voce dottrinale rimarca come, in linea generale, sia possibile affermare che, ogni qual volta «le capacità e i mezzi del contraffattore sono superiori a quelli che il titolare è in grado di mettere in campo - e non esiste alcuna valida ragione per escludere a priori una simile eventualità -, l'utilizzatore abusivo potrà realizzare profitti maggiori rispetto al guadagno che il titolare avrebbe conseguito in assenza della contraffazione. Lo stesso può dirsi nel caso in cui il contraffattore sia più efficiente sul piano dei costi, e quindi, a parità di volume di vendite e di prezzi praticati, riesca a trarre da ciascun esemplare contraffatto un margine di utile superiore a quello che potrebbe ricavare il titolare».

(23) Così G. Floridia, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili* cit., 11, a cui dire «[i]l risarcimento del danno postula che il danneggiante sia quanto meno in colpa mentre la restituzione è dovuta sulla base oggettiva della violazione del diritto». Tuttavia, la stessa autorevole dottrina pone l'accento sul fatto che una differenza di tal fatta sia stata «sostanzialmente annullata dall'orientamento che, parificando la colpa all'ignoranza colpevole di ledere l'altrui diritto di proprietà industriale, giunge alla conclusione che l'ignoranza è sempre colpevole perché è ingiustificata a fronte del sistema di pubblicità legale che concerne la brevettazione e la registrazione dei diritti di proprietà industriale. Ove la finzione secondo la quale l'ignoranza di ledere l'altrui diritto di proprietà industriale sia sempre colpevole venisse meno, dando luogo ad un accertamento della colpevolezza non ricondotto in astratto alla rilevanza del sistema legale di pubblicità dei titoli di proprietà industriale, allora l'azione di arricchimento acquisterebbe un ruolo particolarmente significativo perché consentirebbe al titolare del diritto di recuperare gli utili anche da parte di chi non fosse consapevole di commettere un illecito».

da quella restitutorio/sanzionatoria (volta piuttosto a spogliare l'autore della condotta illecita dei profitti realizzati attraverso l'abuso di un diritto altrui e, di conseguenza, a disincentivare la reiterazione o comunque il compimento di illeciti futuri) (24). Dato questo presupposto, vien fatto di chiedersi se il legislatore abbia compiuto un più che significativo passo nella direzione di riconoscere allo strumento rimediale in parola quel ruolo di *legal response* (avverso le ipotesi di arricchimento da fatto illecito) che i *disgorgement damages* occupano nei sistemi di *common law* (25). D'altronde, occorre evidenziare che, una volta accertata la contraffazione e richiesta la retroversione degli utili, non rileva la circostanza che il titolare abbia subito un danno, né l'entità del danno stesso, perché la misura in parola guarda unicamente al profitto realizzato illecitamente dall'autore della violazione: «[q]uest'ultima interpretazione appare al Collegio preferibile in quanto aderente al testo della norma, la quale, dopo avere enumerato in modo esaustivo le voci di danno risarcibili e i criteri di risarcimento, precisa che 'in ogni caso' il danneggiato può chiedere la restituzione degli utili del contraffattore. È inoltre significativo che la disposizione contrapponga il diritto agli utili realizzati al diritto al risarcimento del lucro cessante, prevedendone l'esercizio in via alternativa - quantomeno fino alla concorrenza dell'importo del risarcimento - in quanto tale contrapposizione induce una differenziazione ontologica tra i due diritti, che finirebbero invece per sovrapporsi se partecipassero della medesima natura risarcitoria» (26).

Le problematiche connesse alla quantificazione della retroversione degli utili

L'impatto garantito dall'adozione dello strumento è di tutta evidenza: «[c]on l'azione di restituzione dei profitti giunge a compimento la tutela reale della proprietà industriale perché la restituzione non è preordinata direttamente soltanto a produrre un effetto deterrente bensì a garantire al titolare del diritto leso il pacifico godimento del vantaggio competitivo che gli deriva dal diritto esclusivo» (27).
Nondimeno, a dispetto dell'apparente linearità concettuale, proprio la quantificazione della retroversione degli utili rappresenta una tematica alquanto controversa: «i profitti devono essere restituiti ma non certo necessariamente nell'entità che risulta dai registri dell'autore della violazione perché il risultato contabile può porsi in considerazione non soltanto con il vantaggio competitivo derivante dal diritto esclusivo violato bensì anche con molti o pochi altri fattori che non hanno nulla a che vedere con il vantaggio competitivo suddetto» (28). La traiettoria si fa, per conseguenza, assai complessa. Va messo nel conto, innanzi tutto, che qualsivoglia forma di commisurazione innesca criticità assai delicate; nel caso di specie, oltre alle difficoltà probatorie per ciò che concerne le voci del risarcimento del danno (29), l'applicabilità della retroversione degli utili viene esclusa dall'organo giudicante sulla scorta della mancanza di due presupposti imprescindibili: 1) «l'accertamento degli utili conseguiti» e 2) la «necessaria relazione causale tra la violazione e il profitto conseguito» (30). Inoltre, occorre chiarire che cosa debba intendersi (e quali siano, dunque, i profili strutturali da prendere in considerazione) per profitto realizzato dall'autore della violazione, onde evi-

Note:

(24) A tale proposito G. Floridia, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili* cit., 9 s. osserva come «[s]tando a ciò che è avvenuto nel passaggio fra la stesura scaturita dall'attuazione della direttiva *Enforcement*, non c'è dubbio che è stata accantonata la soluzione polarizzata unicamente sulla tutela compensativa». Sicché, «[c]onfermare la funzione risarcitoria della restituzione degli utili è una contraddizione in termini perché - (...) - vi sono casi in cui agli utili dell'autore della violazione non corrisponde il mancato guadagno del titolare del diritto, e perciò una correlazione quantitativa risulta fenomeno logicamente impraticabile».

(25) Più in chiaro, la retroversione degli utili - conferendo alla vittima la possibilità di ottenere un risarcimento basato non già sulla perdita subita, ma sul profitto realizzato dall'autore dell'illecito - sembrerebbe realizzare una duplice fondamentale funzione: per un verso, quella deterrente (volta ad impedire che altri siano incentivati a compiere tali *bad behaviours*) e, per l'altro, quella punitivo/sanzionatoria (diretta a colpire l'autore della condotta illecita proprio lì dove sperava di 'farla franca', privandolo dell'intero profitto realizzato illecitamente).

(26) Così, Trib. Genova 23 febbraio 2011 in epigrafe.

(27) G. Floridia, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili*, cit., 10.

(28) Così, G. Floridia, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili*, cit., 10.

(29) Prova ne sia il fatto che l'organo giudicante rimarca con vigore come gli effetti del danno derivanti dall'uso illegittimo di un marchio registrato (ossia «la perdita di quote di mercato, sotto il profilo della diminuzione del fatturato o di un suo minore incremento», nonché il «discredito cagionato dalla commercializzazione - con il marchio contraffatto - di prodotti di qualità scadente») debbano essere «allegati e provati dal titolare del diritto leso». In particolare, «[n]ella fattispecie parte attrice non ha neppure prospettato il pregiudizio che le sarebbe derivato in concreto dalla condotta del convenuto; trattando nelle proprie difese, della pluralità dei parametri di valutazione ragionevolmente ipotizzabili per pervenire ad una verosimile quantificazione del danno, non ha fatto altro che richiamare ed illustrare i diversi criteri di liquidazione fissati in astratto dalla legge, omettendo di ancorarli, anche a livello di mera allegazione, a circostanze di fatto idonee a giustificarne l'adozione» (così Trib. Genova 23 febbraio 2011 in epigrafe).

(30) Trib. Genova 23 febbraio 2011 in epigrafe.

tare il rischio di un preoccupante *overpunishment* nei confronti del contraffattore. Non a caso, come rimarcato da attenta dottrina, mentre «la contraffazione di un brevetto che abbia per oggetto un farmaco unico ed insostituibile ai fini della terapia, dà luogo a profitti interamente restituibili proprio perché sono tutti espressione del vantaggio competitivo indebitamente sfruttato dal contraffattore», la vicenda si fa limacciosa quando «la violazione abbia per oggetto il diritto di marchio e non sia costituita dall'abusiva apposizione del marchio sugli stessi prodotti commercializzati dal titolare bensì dall'utilizzazione del marchio stesso su prodotti affini; oppure quando il marchio contraffatto goda di rinomanza e sia abusivamente utilizzato in un'operazione di *merchandising*, di guisa che non vi sia neppure una relazione di affinità fra i prodotti contraddistinti dal contraffattore e quelli del titolare» (31).

Alla luce di tali interrogativi occorre domandarsi se un utile contributo di chiarezza possa pervenire dall'analisi di un'esperienza molto più pragmatica, quale quella di *common law*, e, più in particolare, dalle riflessioni prospettate da Allan E. Farnsworth in relazione alla quantificazione dei *disgorgement damages*. Più nello specifico, l'A. - prendendo le mosse dalla constatazione che all'interno della categoria concettuale del *profit* (cioè del vantaggio economico conseguito dall'autore dell'atto illecito come conseguenza del suo comportamento *contra ius*) è possibile individuare almeno due voci di imprescindibile rilevanza [mi riferisco: 1) all'*actual gain* (ovvero all'effettivo guadagno realizzato) e 2) alle *expense saved* (ossia le spese risparmiate in virtù della condotta illecita)] (32) -, rimarca come la commisurazione dei *disgorgement damages* (o, meglio, del profitto realizzato dal convenuto in forza del suo comportamento illecito) non possa prescindere dalla configurabilità di scenari differenti, nelle cui sfumature l'*actual gain* realizzato dall'autore dell'illecito potrebbe accompagnarsi (o non) con la *exepense saved*. Per questa via, infatti, appare possibile individuare (almeno) tre differenti quantificazioni dello strumento rimediale in oggetto: I) il caso in cui la condotta illecita del *defendant* dia luogo solo ad un *actual gain* (piuttosto che ad un risparmio delle spese); II) quello in cui a farla da padrone sia solo la voce dell'*expense saved*; e, infine, III) l'ipotesi in cui tali voci siano entrambe presenti e, pertanto, finiscano per concorrere o, meglio, per entrare in conflitto tra di loro (33).

Ebbene, se per le prime due non parrebbero porsi eccessivi problemi (del resto: mentre nel primo caso, l'assenza dell'*expense saved* consente di identificare l'intero profitto con la somma corrispondente all'effettivo guadagno realizzato dall'autore del comportamento illecito; nel secondo, invece, si è assistito ad una convergenza di più formanti nella direzione del rigetto della possibilità che - in assenza di *actual gain* - l'unico riferimento per quantificare il profitto sembrerebbe appunto essere quello del risparmio di spesa) (34), il quadro si complica notevolmente in relazione alla terza tipologia di quantificazione dei *disgorgement damages* (quella in cui sarebbero prospettabili entrambi le voci del profitto finora menzionate), rispetto alla quale si delinea un'alternativa: o si propende per la somma corrispondente all'*expense saved* dall'autore dell'illecito oppure si guarda l'*actual gain* da lui realizzato dallo stesso produttore.

La soluzione proviene, ancora una volta, dalla decisa presa di posizione delle corti di *common law* nell'escludere l'applicabilità dell'*expense saved method*. In tal senso assoluto rilievo assumono le obiezioni sollevate dal giudice Laddie [nel caso *Celanese International Corpn v. BP Chemicals Ltd*, (1999) *RPC* 203] riguardo alla soluzione in forza della quale il risarcimento - espressione dei *disgorgemet damages* - si sarebbe dovuto determinare sulla base del risparmio di spesa (piuttosto che sull'*actual gain* conseguito dall'autore del comportamento illecito). In breve, seguendo il prevalente orientamento giurisprudenziale (35), il giudice rigetta tale soluzione sulla base di una duplice considerazione critica: da un lato,

Note:

(31) G. Floridia, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili*, cit., 10.

(32) E. A. Farnsworth, *op. cit.*, 1339 ss. In senso conforme v. J. Edelman, *op. cit.*, 73 ss., che osserva come una delle più dibattute questioni riguardanti l'istituto dei *disgorgement damages* ruoti intorno alla possibilità che il profitto maturato dal convenuto (in virtù della condotta illecita) debba essere misurato «by expense saved or by actual profit made».

(33) Sul punto v., più approfonditamente, J. Edelman, *op. cit.*, 73 ss.

(34) A ben vedere, infatti, le corti di *common law* hanno rigettato, a più riprese, tale approccio: in un celebre caso giurisprudenziale [*Attorney General v. Blake*, 4 *All ER* 385 (2000), 388 ss.], Lord Nicholls, rimarcando come la voce del risparmio di spesa non rientri nell'ambito concettuale dell'*account of profits*, suggerisce, quale soluzione alternativa (di gran lunga più opportuna), l'impiego dei *compensatory damages*. Sulla stessa linea si pone parte della dottrina, col rilevare che «deterrence of wrondoing is not required where the defendant incurs a loss» (in tal senso v. J. Edelamn, *op. cit.*, 74). Ad ulteriore conferma dell'orientamento di segno negativo verso tale soluzione si deve ricordare che anche la *Law Commssion* - esaminando la problematica sotto un profilo strettamente pragmatico - ha sottolineato come proprio l'individuazione del *quantum* nell'*actual gain* realizzato dal convenuto garantirebbe all'istituto un innegabile miglioramento sotto il profilo della chiarezza e della certezza (v. *Law Commission* 1997 4.18).

(35) *Potton Ltd v. Yorkclose Ltd*, (1990) *FSR* 11; *Peter Pan Manufacturing Corporation v. Corsets Silhouette Ltd*, (1964) 1 *WLR 96*; *Siddell v. Vickers*, (1888) 16 *RPC* 416.

l'*expense saved method* non solo dipende da circostanze fortuite, ma, in punto di fatto, non adempie al fine inibitorio a base dell'istituto dei *disgorgement damages*; dall'altro, come sottolineato da autorevole dottrina, l'attore non può incrementare il risarcimento, «which focuses upon gain accruing to a defendant, by saying that the defendant could and should have generated higher profits» (36).

A mo' di conclusione

Tirando le fila del discorso, appare evidente che all'efficacia dello strumento parasanzionatorio della retroversione degli utili (che si raccomanda come provvida per fronteggiare le ipotesi di arricchimento da fatto illecito) possono fare da contraltare eventuali difficoltà di commisurazione del ristoro in relazione alle peculiarità del caso di specie. Come cennato in precedenza, un conto è individuare i profitti al cospetto di un brevetto unico ed insostituibile; altra cosa, invece, seguire questa traiettoria quando - come nella circostanza in esame - la violazione abbia per oggetto il diritto di marchio e, più nello specifico, la sua abusiva apposizione a prodotti affini. In buona sostanza, il gioco potrebbe non valere la celebre candela.

Ancora una volta, un prezioso suggerimento potrebbe rinvenire dall'esperienza di *common law*, ove le corti sono messe nelle condizioni di adottare una fra le tecniche disponibili di quantificazione del danno (*restitutory*, *reliance*, *expectation* e *disgorgement damages*), scegliendo di volta in volta quella che ritengono più appropriata alla luce delle circostanze, della convenienza e delle oggettive difficoltà di calcolo. Più in chiaro, in presenza di grave rischio di *under-compensation* per la vittima della violazione (dovuto, supponiamo, ad un *abuse of contract* in cui l'*injured party* venga lasciata con una prestazione difettosa, senza possibilità alcuna di recuperare i danni basati sulla perdita effettivamente subita) (37), il risarcimento verrà articolato sulla scorta di uno strumento, i *disgorgement damages*, che consente al promissario deluso di 'recuperare' l'intero utile realizzato dalla parte. Tale soluzione, però, verrebbe completamente sovvertita qualora il danno patito dall'attore (che, mettiamo, corrisponde alla diminuzione del valore di mercato del bene) fosse molto maggiore rispetto ai profitti realizzati dall'autore della condotta illecita: la scelta della vittima cadrebbe sui danni da aspettativa proprio perché, nel contesto ipotizzato, tale strumento garantisce un risarcimento più congruo.

La decisione in epigrafe testimonia (una volta di più) come, nonostante i rilevanti passi in avanti compiuti dal nostro legislatore in materia di risarcimento del danno, la strada da percorrere sia ancora molto lunga.

Note:

(36) A supporto di tali obiezioni, se ne aggiunge una terza, articolata sulle insidie e sulle difficoltà legate alla determinazione dell'*expense saved* «if the alternative method of making the profit were adopted» (v. J. Edelman, *op. cit.*, 76 s.). In particolare, sono chiamati in causa i profili della complessa problematica relativa ai cd. costi opportunità, la cui determinazione è, da sempre, apparsa estremamente difficile [in tal senso grande rilievo assume la posizione adottata da Mc Hugh nel caso *Dart Industries Inc v. Décor Corp Pty Ltd*, 179 *CLR* 101 (1993), 398: «in a litigious world of unlimited time and resources, the best approach for determining the profit derived from the infringement might be to estimate profit of the product after allowing a proportion of the overheads and then deduct the opportunity cost of producing the infringing product. This would show the true gain of the infringer from producing or distributing the infringing product instead of the next best alternative (...). But to adopt any of these methods would make an often complex subject more complex than it already is (...) the person taking the accounts would have to estimate one or more of the following figures: the gross revenue from the alternative, the direct costs of the alternative and the proportion of overhead attributable to the alternative». In senso conforme v., anche, E.A. Farnsworth, *op. cit.*, 1391].

(37) Si pensi al caso in cui un costruttore - dopo aver stipulato con un cliente un contratto per la costruzione di un immobile fissando un prezzo elevato in ragione dell'impiego di un materiale di qualità particolarmente pregiata - decida di sostituirlo con uno di qualità assai più scadente (realizzando, perciò, un rilevante risparmio di spesa), senza peraltro ridurre l'ammontare inizialmente pattuito. In un quadro di tal fatta i problemi sorgono quando l'acquirente, all'atto di rivendere l'immobile, venga a sapere che non solo il prezzo di mercato - a causa dell'impiego del materiale alternativo 'furbescamente' scelto dal costruttore - ha subito una sostanziosa riduzione, ma anche che un eventuale ripristino del materiale originario richiederebbe (a causa dei costi necessari per la parziale demolizione e ricostruzione dell'immobile) una somma pari alla metà del valore dello stesso. Ecco che, come prospettato da E.A. Farnsworth, *op. cit.*, 1382, muovendo dal presupposto che l'organo giudicante (con ogni probabilità) provvederà a risarcire la somma corrispondente alla diminuzione del prezzo di mercato subito dall'immobile, l'attore correrebbe il serio rischio di ritrovarsi con una prestazione difettosa e nella pratica impossibilità alcuna di recuperare il pregiudizio.

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.

Y36DT LE

Osservatorio di legittimità

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

Danni cagionati da animali

Cose in custodia

Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7037 - Pres. Petti - Est. Chiarini

La responsabilità per cosa in custodia, di cui all'art. 2051 c.c., è esclusa dal caso fortuito (da intendersi nel senso più ampio, comprensivo anche del fatto del terzo), fattore che attiene non già ad un comportamento del custode (che è irrilevante) bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità; sicché, provata l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo, il custode, per liberarsi dalla sua responsabilità, deve provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale.

Il caso

Un automobilista, mentre percorre velocemente un'autostrada, vede pararsi innanzi due cani; frena bruscamente, sbanda ed urta contro il *guardrail*, con conseguenti lesioni alla sua persona ed all'autovettura.
Cita, allora, in giudizio risarcitorio la società che gestisce il tratto autostradale dove è avvenuto il sinistro, ma i giudici del merito respingono la domanda, ritenendo che dall'esperita istruttoria non era emerso alcuno squarcio nella recinzione stradale, piuttosto la polizia stradale ne aveva constatato l'integrità; sicché, la presenza degli animali sulla strada doveva ricondursi al caso fortuito (come, ad esempio, l'abbandono di essi nell'adiacente area di servizio), evento di cui la società di gestione non poteva rispondere, non potendosi esigere un onere di vigilanza nelle 24 ore dell'intero territorio autostradale.
Il danneggiato propone, allora, ricorso per cassazione, censurando la violazione dell'art. 2051 c.c. per non avere la società autostradale fornito la prova positiva del fortuito, ovvero dell'inadempimento contrattuale per causa non imputabile, potendosi il custode liberare soltanto dimostrando di non aver potuto impedire l'evento o di aver adottato tutte le cautele possibili.

La decisione

La S.C. respinge il ricorso, rilevando che la responsabilità per cosa in custodia è esclusa dal caso fortuito (da intendersi nel senso più ampio, comprensivo anche del fatto del terzo), fattore che attiene non già ad un comportamento del custode (che è irrilevante) bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità e pertanto, provata l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo, il custode, per liberarsi dalla sua responsabilità, deve provare l'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale.
Nella specie - secondo la S.C. - i giudici del merito hanno ravvisato il fortuito, in mancanza di prova di omessa manutenzione della recinzione stradale, nel probabile abbandono dei cani da parte di un terzo, desunto dalla presenza nelle adiacenze di un'area di servizio e dalla mancanza di una via di fuga per gli stessi, fatto imprevedibile ed inevitabile nel suo accadimento repentino, non potendosi pretendere un continuo controllo della sede autostradale onde impedirlo.

I precedenti

Secondo Cass. 19 maggio 2011, n. 11016, per le autostrade, destinate alla percorrenza veloce in condizioni di sicurezza, l'apprezzamento relativo all'effettiva possibilità del controllo induce a ravvisare la configurabilità, in genere, di un rapporto di custodia per gli effetti di cui all'art. 2051 c.c.; ove non sia applicabile la responsabilità di cui alla norma citata, per l'impossibilità in concreto dell'effettiva custodia del bene, l'ente proprietario risponde dei danni subiti dall'utente ai sensi dell'art. 2043 c.c., essendo in questo caso a carico del danneggiato l'onere di provare l'anomalia del bene, mentre spetta al gestore provare i fatti impeditivi della propria responsabilità, quali la possibilità, in cui l'utente si sia trovato, di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la predetta anomalia. Nella specie, applicando il riportato principio, in relazione ad un sinistro occorso a seguito della manovra necessitata dall'attraversamento di un animale in autostrada, la S.C. ha affermato che, dimostrata la presenza di un animale idoneo all'intralcio alla circolazione, non spetta all'attore in responsabilità, tanto nella tutela offerta dall'art. 2051 c.c. che in quella di cui all'art. 2043 c.c., provarne anche la specie, che semmai andrà dedotta e dimostrata dal convenuto, nel caso la società di gestione dell'autostrada, quale indice di ricorrenza di un caso fortuito.

La dottrina

R. Foffa, *Animale in autostrada e responsabilità del gestore*, in questa *Rivista*, 2012, 27.

Responsabilità precontrattuale

Violazione dell'obbligo di lealtà reciproca

Cassazione civile, sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526 - Pres. Felicetti - Est. Carrato

La responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 c.c. può derivare, oltre che dalla rottura ingiustificata delle trattative, anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca, il quale comporta un dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la

maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative finalizzate alla stipulazione del negozio.

Il caso

Il sig. F., dipendente di una compagnia assicuratrice, è contattato da un suo conoscente, il sig. M., il quale gli prospetta la possibilità di diventare entrambi agenti di un'altra compagnia, creando allo scopo una società alla quale questa seconda compagnia avrebbe conferito il mandato d'agenzia. Entrambi stipulano, allora, un "accordo preliminare" con questa assicuratrice ed il sig. F. si dimette dal proprio impiego, cominciando a collaborare in una agenzia provvisoriamente affidata al sig. M. Passa del tempo e, a causa del mutato atteggiamento di quest'ultimo, non è possibile costituire la nuova società tra i due; anzi, il sig. F. viene addirittura estromesso dall'agenzia affidata all'altro.
A questo punto, il sig. F. cita in giudizio il sig. M. per il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, conseguente alla perdita del posto di lavoro ed al lucro cessante per l'inattività lavorativa.
La domanda è respinta dai giudici del merito, i quali ritengono che nella specie non si configuri la prospettata responsabilità precontrattuale, poiché è emerso che, alla data dell'accordo preliminare, non era stata affatto raggiunta l'intesa sugli elementi essenziali del contratto costitutivo della società tra lo stesso F. e l'M., che non era stata conclusa nemmeno con le successive trattative; né, peraltro, era stata fornita la prova dell'asserito comportamento in malafede dell'M.
Il sig. F. propone, allora, ricorso per cassazione, lamentando che i giudici del merito abbiano circoscritto l'ipotesi generatrice di siffatta forma di responsabilità al solo caso di rottura ingiustificata delle trattative, escludendo che fosse idonea a concretare detta responsabilità la violazione del dovere di completezza nell'informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, con la conduzione, da parte dell'M., di una trattativa sleale caratterizzata da malizioso o reticente occultamento di dati rilevanti ai fini della stipulazione del contratto costitutivo della società che avrebbe consentito ad entrambe le parti di diventare agenti della predetta compagnia assicuratrice.

La decisione

La S.C. accoglie il ricorso, osservando, in generale, che, se è pur vero che nella fase antecedente alla conclusione di un contratto le parti hanno, in ogni tempo, piena facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di richiedere tutto quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche, future obbligazioni, con conseguente libertà, per ciascuna di esse, di recedere dalle trattative indipendentemente dalla esistenza di un giustificato motivo, è altrettanto vero che l'operatività di tale principio è assoggettato al limite del rispetto del principio di buona fede e correttezza, da intendersi, tra l'altro, come dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo.
La giurisprudenza più evoluta ha ulteriormente precisato che la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere, per le parti, di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. La violazione di questa aggiuntiva regola di condotta alla quale devono conformarsi le parti di una trattativa negoziale è, quindi, idonea a determinare (se accertata adeguatamente in fatto in virtù di un congruo e logico percorso argomentativo spettante al giudice del merito) la configurazione di una responsabilità precontrattuale indipendente rispetto a quella riconducibile ai canoni fissati dalla pregressa giurisprudenza di legittimità in materia di recesso dalle trattative, avuto riguardo al loro stadio evolutivo.

I precedenti

Tra le precedenti conformi, cfr. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795. Quanto al principio secondo cui nella fase antecedente alla conclusione di un contratto le parti hanno, in ogni tempo, piena facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di richiedere tutto quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche, future obbligazioni (con conseguente libertà, per ciascuna di esse, di recedere dalle trattative indipendentemente dalla esistenza di un giustificato motivo), tuttavia, l'operatività di tale principio è assoggettato al limite del rispetto del principio di buona fede e correttezza, da intendersi, tra l'altro, come dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo, cfr. Cass. 29 maggio 1998, n. 5297.

La dottrina

R. Catalano, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di comportamento*, in *Dir. e giur.*, 2009, 293; M. Conforti, *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2009, I, 205; E. Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 440.

Risarcimento del danno

Danno da fermo tecnico

Cassazione civile, sez. III, 8 maggio 2012, n. 6907 - Pres. Spagna Musso - Est. D'Amico

È possibile la liquidazione equitativa del danno cd. da "fermo tecnico" anche in assenza di prova specifica, rilevando a tal fine la sola circostanza che il danneggiato sia stato privato del veicolo per un certo tempo, anche a prescindere dall'uso effettivo a cui esso era destinato.

Il caso

Il sig. P. ottiene in giudizio il risarcimento del danno subito dalla propria autovettura in occasione di un sinistro stradale. Tuttavia, il giudice del merito non riconosce in suo favore il risarcimento del danno da fermo tecnico in quanto non specificamente oggetto di prova.
Il sig. P. propone, allora, ricorso per cassazione, sostenendo che, in ordine a questo danno, il giudice deve decidere secondo equità, senza la necessità che il danneggiato articoli una specifica prova.

La decisione

La S.C. accoglie la tesi del ricorrente e cassa la sentenza im-

pugnata. Spiega, infatti, che è possibile la liquidazione equitativa del danno subito dal proprietario dell'autovettura danneggiata a causa della impossibilità di utilizzarla durante il tempo necessario alla sua riparazione, anche in assenza di prova specifica, rilevando a tal fine la sola circostanza che il danneggiato sia stato privato del veicolo per un certo tempo, anche a prescindere dall'uso effettivo a cui esso era destinato. L'autoveicolo è, difatti, anche durante la sosta forzata, fonte di spesa (tassa di circolazione, premio di assicurazione, ecc.) comunque sopportata dal proprietario, ed è altresì soggetto a un naturale deprezzamento di valore.

I precedenti

In precedenza, cfr. in conformità Cass. 9 novembre 2006, n. 23916, nonché, in motivazione, Cass. 27 gennaio 2010, n. 1688. Tuttavia, occorre segnalare sul tema il contrasto giurisprudenziale tra le conclusioni alle quali è pervenuta la sentenza in commento ed altro orientamento, il quale sostiene che il c.d. "danno da fermo tecnico" del veicolo incidentato non può considerarsi sussistente "in re ipsa", quale conseguenza automatica dell'incidente, ma necessita di esplicita prova che attiene tanto al profilo della inutilizzabilità del mezzo meccanico in relazione ai giorni in cui esso è stato sottratto alla disponibilità del proprietario, quanto a quello della necessità del proprietario stesso di servirsene, così che, dalla impossibilità della sua utilizzazione, ne sia derivato un danno (quale, ad esempio, quello derivante da impossibilità allo svolgimento di un'attività lavorativa, ovvero da esigenza di far ricorso a mezzi sostitutivi). In tal ultimo senso, cfr. Cass. 9 marzo 2011, n. 5543, nonché, in precedenza, Cass. 19 novembre 1999, n. 12820.

La dottrina

S. Argine, *La ritrovata valorizzazione dell'esigenza probatoria in ambito risarcitorio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 122, che tratta, appunto, del danno da fermo tecnico, del rifiuto del concetto di danno *in re ipsa* come obiettivo faticosamente raggiunto dalla giurisprudenza, nonché del contenuto della prova necessaria per ottenerne il riconoscimento. Dello stesso autore e sullo stesso tema, cfr. anche *Cessione del credito risarcitorio e noleggio di vettura sostitutiva: profili interpretativi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2462.

RIVISTE

Giornale di diritto amministrativo

Mensile di legislazione, giurisprudenza, prassi e opinioni

Direttore scientifico: Sabino Cassese
Comitato scientifico: Edoardo Chiti, Giulio Napolitano, Giulio Vesperini
Comitato di indirizzo: Francesco Battini, Luigi Carbone, Luisa Torchia

Il **Giornale di diritto amministrativo** è uno strumento di lavoro utile per quanti si trovano ad operare in rapporto con la pubblica amministrazione e una guida per muoversi correttamente nelle complesse procedure del diritto amministrativo.
Autorevoli commenti a norme, giurisprudenza e documenti offrono una panoramica completa delle novità nell'ambito del diritto pubblico sia a livello nazionale che comunitario.
La rivista si articola nelle seguenti sezioni:
– **Norme**: le principali novità legislative commentate da esperti; in ogni numero è inoltre presente la rassegna in sintesi dei provvedimenti normativi di interesse e, trimestralmente, quella dei più rilevanti provvedimenti regionali.
– **Giurisprudenza**: i commenti alle sentenze più significative della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte di giustizia dell'Unione europea, della Corte costituzionale, della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato, dei Tar, della Corte dei Conti. I commenti sono arricchiti da una **tabella di sintesi** degli **orientamenti giurisprudenziali**.
Ogni fascicolo riporta inoltre delle rubriche di segnalazione sintetica della giurisprudenza, gli **Osservatori**: della Corte di giustizia dell'Unione europea; della Corte costituzionale; della Corte di Cassazione; del Consiglio di Stato; dei Tribunali amministrativi regionali; della Corte dei conti; delle Autorità indipendenti. Periodicamente anche gli osservatori delle Conferenze Stato-Regioni-autonomie locali e quello **sull'attuazione del codice del processo amministrativo**.
– **Documenti**: i commenti alla documentazione amministrativa italiana e straniera di rilievo.
– **Opinioni**: l'analisi e i pareri di esperti su argomenti di attualità o comunque su temi rilevanti di diritto amministrativo.

• Compresa nel prezzo dell'abbonamento, **l'estensione on-line** della Rivista, consultabile all'indirizzo *www.ipsoa.it/giornaledidirittoamministrativo*.

Abbonamento annuale: € 219,00

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

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di **Gina Gioia**

Giurisdizione

Rilascio di certificato di destinazione urbanistica dal contenuto non corrispondente a realtà

T.a.r. Lombardia-Brescia, sez. I, 24 aprile 2012, n. 687 - Pres. Petruzzelli - Rel. Conti - Società Araba Fenice Immobiliare S.r.l. c. Comune di Tremosine

Se una società, sulla base di un certificato di destinazione urbanistica che attesta erroneamente la natura edificatoria di un suolo, in contrasto con la reale previsione regolamentare, acquista il terreno su cui non può edificare, ha diritto al risarcimento del danno causato dal Comune che ha emesso l'errata certificazione.

Il caso

La società Araba Fenice Immobiliare S.r.l. chiede il risarcimento del danno causato dall'emissione, da parte dell'Amministrazione comunale di Tremosine, di un certificato di destinazione urbanistica dal contenuto non corrispondente alla realtà, che l'ha indotta ad acquistare un terreno qualificato erroneamente come edificabile.
La ricorrente espone di avere acquistato un terreno, individuato al mappale 1300, di mq. 1640 circa, in frazione Villa del Comune di Tremosine con allegato certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune nel quale si specificava che «è consentita l'edificazione entro il limite di mc. 500». La richiesta di rilascio del permesso di costruire un edificio residenziale otteneva il parere favorevole della commissione edilizia, ma non dell'Ufficio urbanistica della Comunità montana Parco Alto Garda Bresciano che esprimeva motivato parere negativo.
La società immobiliare dichiara di non avere alcun interesse all'utilizzo agricolo del terreno, che era stato acquistato all'esclusivo fine di realizzare l'edificazione, facendo affidamento sulla destinazione parzialmente edificabile dello stesso risultante dal certificato di destinazione urbanistica. Chiede pertanto il risarcimento del danno, evidenziando che il Comune di Tremosine ha falsamente fatto apparire una realtà urbanistica inesistente, inducendo in errore la società sulle edificabilità del terreno.
In ordine al *quantum* del danno, richiama il prezzo di acquisto, le spese notarili, i costi sostenuti per la redazione del progetto.
Il Comune di Tremosine eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La decisione

La Sezione afferma che il certificato di destinazione urbanistica, di cui ai commi 2 ss. dell'art. 30, D.Lgs. n. 380/2001, Testo Unico dell'Edilizia, si configura - secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente - come una certificazione redatta da un pubblico ufficiale, avente natura ed effetti meramente dichiarativi e non costitutivi di posizioni giuridiche, le quali discendono invece da altri provvedimenti, che hanno a loro volta determinato la situazione giuridica acclarata dal certificato stesso.
Pertanto, il certificato, in quanto privo di efficacia provvedimentale, non ha alcuna concreta lesività, il che rende impossibile la sua autonoma impugnazione. Gli eventuali errori contenuti in esso potranno essere corretti dalla stessa Amministrazione, su istanza del privato, oppure quest'ultimo potrà impugnare davanti al giudice amministrativo gli eventuali successivi provvedimenti concretamente lesivi, adottati in base all'erroneo certificato di destinazione urbanistica.
Nel caso all'esame, si domanda il risarcimento del danno derivante dall'erronea indicazione resa nel certificato sicché la fattispecie è del tutto identica a quella sulla quale si sono pronunciate, con l'ordinanza 23 settembre 2010, n. 20072, le Sez. Un. della Cassazione civile. In detta ordinanza si è rilevato che «Parte ricorrente si duole della (incontroversa) erroneità del certificato di destinazione urbanistica, erroneità che ne aveva indotto una falsa rappresentazione della realtà (la legittimità di un intervento edilizio relativo all'intera area in questione) cui era conseguita la decisione di acquistare il terreno - decisione che non sarebbe mai stata adottata se fossero state fedelmente e correttamente riportate, nella certificazione *de qua*, le reali condizioni del terreno *quoad inaedificationis*.
La controversia esula, dunque, dal campo (impropriamente evocato dal Comune resistente) riservato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non controvertendosi, nella specie, in ordine ad alcuna ipotesi di gestione del territorio, che del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 34, riserva alla competenza esclusiva del G.A. Diversamente da quanto opinato dal resistente (secondo il quale il certificato in parola era un semplice attestato rilasciato a richiesta del privato, tale, pertanto, da non esonerare quest'ultimo dallo svolgimento di ulteriori attività di verifica e controllo), il rilascio della certificazione in parola integra gli estremi non già dello svolgimento di una qualsivoglia attività provvedimentale della P.A., bensì del comportamento (sicuramente colposo) del funzionario, riconducibile all'ente di appartenenza, astrattamente idoneo a risolversi in un illecito civile, con la conseguenza che spetta al giudice ordinario la cognizione (e l'accertamento in concreto) della sussistenza e della tutelabilità, sul piano risarcitorio, delle posizioni di diritto soggettivo che si assumono lese nella specie».
Il T.a.r. si pronuncia quindi sul ricorso e lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del G.A.

I precedenti

Cass. civ., sez. un., 23 settembre 2010, n. 20072: «La controversia relativa al risarcimento dei danni promossa da una società che abbia acquistato un terreno in ragione di una certificazione urbanistica attestante erroneamente la sua integrale edificabilità ed alla quale sia stata negata la concessio-

ne edilizia, spetta al giudice ordinario, giacché richiede non l'accertamento sull'esercizio del potere amministrativo (autoritativo) in materia urbanistica ed edilizia, bensì la cognizione - e l'accertamento in concreto - della sussistenza e della tutelabilità sul piano risarcitorio, delle posizioni di diritto soggettivo che si assumano lese». Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2166.

La dottrina

C. JR. Dore, *Sopravvenuta modificazione della destinazione urbanistica dell'immobile promesso in vendita: quale sorte per il contratto preliminare?*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, 162; Quadri, *Destinazioni urbanistiche e poteri discrezionali dell'amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2010, 1078; Monaco, *Parametri per l'individuazione della destinazione d'uso ed inderogabilità delle prescrizioni del prg in materia di destinazioni di zona*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, I, 508.

Risarcimento del danno

Annullamento in autotutela e/o di ufficio, in corso di giudizio, del provvedimento impugnato

T.a.r. Abruzzo-L'Aquila, sez. I, 4 maggio 2012, n. 308 - Pres. Mastrocola - Rel. Abbruzzese - Lo.Ri Service S.r.l. c. Comune di Pescasseroli

Se il disposto autoannullamento comprova l'illegittimità dell'atto, riconosciuta dalla stessa P.A., la fondatezza dell'azione risarcitoria dev'essere esaminata alla stregua dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, previa verifica, ai sensi dell'art. 1227 c.c., per valutare se il creditore non abbia posto in essere condotte autonomamente escludenti il nesso causale tra l'atto illegittimo e il danno, nel senso che il danno si sarebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Il caso

Una S.r.l. ha impugnato la revoca di autorizzazione all'esercizio di attività di somministrazione di alimenti e bevande (rilasciata in data 11 dicembre 2009), spiegando contestualmente istanza risarcitoria per i danni subiti dalla pretesa illegittima revoca.
Tizia, in nome della S.r.l., aveva ottenuto dal Comune di Pescasseroli la sopra indicata autorizzazione; nel 2009 era stato stipulato, con una seconda S.r.l., un contratto di sublocazione ad uso commerciale relativo all'unità immobiliare, da adibirsi esclusivamente ad uso bar-ristoro, per una durata di sei anni. Nel 2011 interveniva la impugnata revoca in quanto una S.p.a. richiedeva la voltura delle concessioni di esercizio. La stessa S.p.a. dichiarava la risoluzione del contratto con la prima S.r.l., in base all'art. 1456 c.c., perché la stessa non aveva rispettato gli adempimenti contrattuali e sussistendo evidente interesse pubblico a provvedere alla revoca del provvedimento in questione, atteso che nella valutazione degli interessi contrapposti esistenti è certamente da considerarsi prevalente l'interesse pubblico rispetto a quello privato.
Al giudice si chiede l'annullamento dell'atto impugnato e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni patrimoniali sofferti per effetto del provvedimento.
Il Comune di Pescasseroli deduceva la sussistenza di vicende privatistiche sottese alla controversia. La S.p.a., società interamente partecipata dal Comune di Pescasseroli, aveva aggiudicato alla prima S.r.l. la gara per l'acquisto del complesso aziendale comunale e degli impianti scioviari, costituito da fabbricati, terreni, impianti di risalita e attrezzature, tra i quali il bar, adiacente alla stazione di partenza della seggiovia. La prima S.r.l., nondimeno, si sarebbe resa inadempiente con riguardo ad una serie di obbligazioni, per cui la S.p.a. aveva intrapreso azione legale per risolvere il contratto (di vendita con patto di riservato dominio) e rientrare in possesso dei beni.
La seconda S.r.l. aveva preso i locali in subaffitto dalla prima S.r.l., sicché, una volta venuto meno il titolo di possesso e di disponibilità di quest'ultima (per effetto della dichiarazione di risoluzione *ex* art. 1456 c.c. da parte di GISP), sarebbe venuto meno anche il titolo di disponibilità derivato dalla prima S.r.l.; il Tribunale ordinario di Sulmona si era già pronunciato in favore della S.p.a., riconoscendo la legittimità della risoluzione intimata e gli inadempimenti della prima S.r.l., con la concessione del sequestro giudizio del complesso aziendale e la nomina del Sindaco del Comune quale custode.

La decisione

Il Comune di Pescasseroli ha adottato un provvedimento di annullamento d'ufficio dell'atto impugnato, riconoscendone l'illegittimità «considerato che il provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio di attività di somministrazione di alimenti e bevande non appare del tutto in linea con il dettato normativo di rango primario (art. 4 l. n. 287/1991 e l.r. n. 11/2008) che indica tassativamente le cause che legittimano la revoca di un'autorizzazione di somministrazione di alimenti e bevande, la quale, comunque esige una motivazione accurata», e dunque in piena conformità con quanto dedotto nel ricorso.
L'annullamento di ufficio disposto comporta l'improcedibilità del ricorso impugnatorio, residuando l'interesse della ricorrente ad una pronuncia di illegittimità dell'atto ai soli fini dell'azione risarcitoria nella specie contestualmente proposta.
Osserva il Collegio che il disposto autoannullamento comprova l'illegittimità dell'atto, riconosciuta dalla stessa Amministrazione.
Il che, tuttavia, non comporta la fondatezza dell'azione risarcitoria, che va vagliata alla stregua delle condizioni esaustivamente descritte nella statuizione dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011 e, in particolare, previa verifica, ai sensi dell'art. 1227 c.c., che il creditore non abbia posto in essere condotte autonomamente escludenti il nesso causale tra l'atto illegittimo e il danno.
In tale prospettiva, il Collegio osserva che a fronte di un atto (quello impugnato) notificato in data 25 maggio 2011, la ricorrente ha notificato il ricorso con contestuale istanza cautelare in data 21 luglio 2011, depositandolo, tuttavia, solo in data 21 settembre 2011, imponendo dunque, nel rispetto dei termini processuali, la fissazione dell'udienza camerale per la trattazione dell'incidente cautelare solo alla prima data utile del 12 ottobre 2011.
La ricorrente non ha, peraltro, neppure proposto istanza cautelare finalizzata all'emanazione di un decreto presidenziale *inaudita altera parte*, come previsto dal c.p.a., in situazioni di urgenza tali da non consentire le more della celebrazione dell'udienza camerale collegiale, non consentendo la delibazione della istanza cautelare se non alla detta udienza in camera di consiglio del 12 ottobre 2011.
In sostanza, mentre l'atto di revoca ha cominciato a produrre i suoi effetti a partire dal 25 maggio 2011, la ricorrente, mediante i comportamenti processuali sopra descritti, ha materialmente impedito che l'Autorità giudiziaria potesse

sospenderne gli effetti (con provvedimento cautelare monocratico ovvero collegiale) in forza del ritardato (rispetto alle esigenze prospettate) deposito del ricorso e della mancata proposizione di istanza cautelare monocratica; sicché ben può dedursi che i danni lamentati non possono essere ricondotti al provvedimento impugnato ma alla mancata tempestiva e coerente predisposizione dei rimedi (giurisdizionali) atti a scongiurarli, ossia in ultima analisi ad una condotta del creditore.
Circostanza che vale, secondo l'insegnamento della citata pronuncia del Supremo Consesso Amministrativo, ad escludere il nesso causale tra atto illegittimo e danni e a respingere, per infondatezza, la domanda risarcitoria.
Il T.a.r. dichiara improcedibile il ricorso e rigetta l'istanza risarcitoria.

I precedenti

Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011 n. 3, in *Corr. giur.*, 2011, 979, con nota di Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*. Sul concetto di responsabilità precontrattuale della P.A. e sul principio che anche in caso revoca il privato abbia diritto ad un indennizzo *ex* art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990: Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Corr. giur.*, 2012, 675.

La dottrina

Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 151 ss.; Carbone, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Corr. giur.*, 2012, 680.

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***

Osservatorio di giustizia penale

a cura di **Carlo Piergallini**

Infortuni sul lavoro

Datore di lavoro nelle P.A.

Cassazione penale, sez. III, 22 marzo 2012 (20 aprile 2012), n. 15206 - Pres. Petti - Rel. Gazzara - Imp. P. (1)

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 81/2008, è l'organo di vertice delle singole pubbliche amministrazioni, ovverosia l'organo di direzione politica, a dovere individuare il dirigente, o il funzionario non dirigente, cui attribuire la qualità di datore di lavoro; in mancanza di detta individuazione, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo (il Sindaco, se trattasi di ente comunale).

Il caso

Nel corso di un sopralluogo presso un'amministrazione comunale, in data 23 marzo 2009, gli ispettori dell'Azienda Sanitaria competente chiedono la consegna della documentazione relativa agli adempimenti imposti dal D.Lgs. n. 81/2008 (c.d. "testo unico" in materia di sicurezza lavorativa). A ciò l'ente territoriale provvede dopo alcune settimane, trasmettendo all'organo di vigilanza la nomina del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (eseguita in data 20 marzo 2009), la nomina del Medico Competente (in data 16 marzo 2009), gli accertamenti sanitari sui dipendenti (eseguiti il 31 marzo ed il 19 ottobre 2009), la designazione dei lavoratori addetti al primo soccorso ed alle emergenze (in data 20 marzo 2009). Per la cura degli adempimenti in materia antinfortunistica, inoltre, risulta sottoscritta, in data 19 marzo 2009, una convenzione con una società di consulenza.
Dalla documentazione in questione il Giudice di merito ritiene comprovata la violazione degli artt. 17, 18 e 43, lett. b), del D.Lgs. n. 81/2008, dato che le relative prescrizioni normative sono entrate in vigore già dal 15 maggio 2008, mentre l'ottemperanza nell'ente locale è avvenuta appena prima del controllo da parte dell'Azienda Sanitaria, a termine abbondantemente scaduto.
Di qui la condanna del Sindaco alla pena dell'ammenda, quale datore di lavoro nell'ente territoriale: qualifica che l'imputato contesta mediante impugnativa.

La decisione

La Suprema Corte osserva, con riguardo alla individuazione dei soggetti titolari del debito di sicurezza, che il D.Lgs. n. 81/2008 ha dato esclusivo rilievo al requisito della organizzazione dell'attività, unitamente all'esercizio dei poteri decisionali e di spesa inerenti alla stessa.
Nella seconda parte dell'art. 2, comma 1, lett. b), il decreto menzionato individua la figura del datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni e recepisce, esplicitandolo, lo stabile indirizzo giurisprudenziale secondo il quale è l'organo di vertice delle singole amministrazioni, ovverosia l'organo di direzione politica, a dovere individuare il dirigente, o il funzionario non dirigente, cui attribuire la qualità di datore di lavoro.
Dal medesimo orientamento giurisprudenziale, afferma ancora la Cassazione, il D.Lgs. n. 81/2008 mutua anche le conseguenze della omessa individuazione, ad opera dell'organo politico, del dirigente designato ad assumere il debito di sicurezza: in tali casi, la qualifica di datore di lavoro continuerà a coincidere con l'organo di vertice dell'ente.
Ragione per cui il Giudice di legittimità conferma la condanna del Sindaco *sub judice*.

I precedenti

Cass. pen., sez. III, 13 giugno 2007, n. 35137, in *Resp. civ. prev.*, n. 2/2008, 442; Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2005, n. 38840, in *Cass. pen.,* 2007, 2, 743; Cass. pen., sez. III, 25 maggio 2005, n. 22899, in *Ig. sic. lav.*, n. 8/2005, 467; Cass. pen., sez. III, 5 novembre 2002, n. 246, in *Ig. sic. lav.*, n. 3/2003, 181; Cass. pen., sez. III, 27 giugno 2002, n. 32151, in *Ig. sic. lav.*, n. 12/2002, 693; Cass. pen., sez. III, 11 gennaio 2002, n. 6804, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, II, 71; Cass. pen., sez. III, 24 novembre 2000, n. 257, in *Giur. it.*, 2003, 1459; Cass. pen., sez. III, 2 giugno 2000, n. 8585, in *Riv. pen.,* 2001, 278.

La dottrina

F. Giunta-D. Guerri, *Il datore di lavoro*, in F. Giunta-D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2009, 9; F. Stolfa, *Le definizioni*, in L. Zoppoli-P. Pascucci-G. Natullo (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, II ed., Milano, 2010, 69; M. Formica, *La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro "pubblico" e colpa "strutturale" del vertice politico*", in *Riv. it. dir. proc. pen.,* n. 2/2009, 974; A. Riccardi, *Pubblica amministrazione e sicurezza sul lavoro: l'individuazione del datore di lavoro e del committente*, in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999, 240; C. Venturato, *La sicurezza del lavoro*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, t. 2, *Il lavoro e le professioni, la cultura e i «media», i beni, i lavori pubblici e l'ambiente*, II ed., Milano, 2003, 1256.

Omicidio colposo

Posizione di garanzia rivestita dal capo dell'équipe chirurgica

Cassazione penale, sez. IV, 6 marzo 2012 (9 maggio 2012), n. 17222 - Pres. Marzano - Rel. Blaiotta - Imp. A. (2)

Note:

(1) **La nota alla sentenza è stata redatta dal Dott. Manuel Formica.**

(2) **La nota alla sentenza è stata redatta dal Dott. Manuel Formica.**

La posizione di garanzia del capo dell'èquipe medica che ha effettuato l'intervento chirurgico non è limitata all'ambito strettamente operatorio, ma si estende anche al contesto post-operatorio. Il che trova razionale giustificazione nel fatto che il momento immediatamente successivo all'atto chirurgico non è per nulla avulso dallo stesso, se non altro perché le esigenze di cura ed assistenza del paziente sono con tutta evidenza rapportate alle peculiarità dell'intervento operatorio ed al suo andamento in concreto: contingenze note al capo équipe più che ad ogni altro sanitario.

Il caso

Un neonato, ad appena un giorno di vita, viene sottoposto ad intervento chirurgico: l'atto operatorio riesce bene, ma non viene disposto il ricovero in unità di terapia intensiva e, comunque, non si predispone un articolato monitoraggio post-operatorio dei parametri vitali. Per tal motivo, non viene diagnosticata per tempo una emorragia sviluppatasi durante la notte che, per mancanza di immediata risposta terapeutica, determina il decesso del piccolo.
Condannato per omicidio colposo in primo ed in secondo grado, il capo dell'èquipe che ha eseguito l'intervento chirurgico ricorre per Cassazione, evidenziando come detto intervento era stato eseguito con la collaborazione di altro sanitario, poi rimasto di turno nel reparto di chirurgia neonatale, ove il neonato era stato ricoverato; al medesimo sanitario, pertanto, era stata demandata l'attività di vigilanza e monitoraggio sul bimbo. Trattandosi di professionista idoneo e capace, non erano immaginabili trascuratezze nello svolgimento di suddetta attività (il monitoraggio dei parametri vitali non venne disposto neppure a seguito del primo aggravarsi delle condizioni del piccolo, segnalato dalla zia rimasta ad assisterlo). L'imputato, si aggiunge, non era primario del reparto e, quindi, non rivestiva neppure ruolo apicale rispetto al medico che si era malamente occupato della vigilanza post-operatoria.

La decisione

La Suprema Corte respinge il ricorso e ripercorre, condividendoli, gli snodi motivazionali della sentenza d'appello.
La delicatezza dell'intervento chirurgico e l'esigenza di un attento monitoraggio post-operatorio erano evidenti, se non altro perché si trattava di un neonato con un solo giorno di vita e con patologia di non trascurabile rilievo. Risulta per via testimoniale, del resto, che la responsabile della terapia intensiva si era addirittura recata in reparto ai fini del ricovero in tale servizio; ma il trasferimento non ebbe luogo per iniziativa dell'imputato.
Non è dirimente approfondire il contenuto di un presunto colloquio dell'imputato con il primario del reparto di chirurgia neonatale: anche ad ammettere che sia stato quest'ultimo a dare istruzioni per evitare il ricovero in terapia intensiva, l'imputato non poteva limitarsi all'ossequio, dato che il primario non aveva partecipato all'intervento. Chi aveva condotto l'operazione chirurgica avrebbe dovuto agire in scienza e coscienza sulla base delle proprie valutazioni personali.
In ogni modo, a fronte del mancato (sebbene programmato) trasferimento in terapia intensiva, l'imputato non aveva assicurato comunque un adeguato monitoraggio all'interno del reparto di chirurgia neonatale.
Né la successiva condotta gravemente colposa del medico di turno può escludere la primigenia e concorrente responsabilità dell'imputato.
È assodato, infatti, il principio secondo cui la posizione di garanzia del capo dell'équipe chirurgica non è limitata all'ambito strettamente operatorio, ma si estende al contesto post-operatorio. L'enunciato trova razionale giustificazione nel fatto che il momento immediatamente successivo all'atto chirurgico non è per nulla avulso dallo stesso, se non altro per il fatto che le esigenze di cura ed assistenza del paziente sono con tutta evidenza rapportate alle peculiarità dell'atto operatorio ed al suo andamento in concreto: contingenze note al capo équipe più che ad ogni altro sanitario.
Alla luce di tale principio e delle risultanze istruttorie, pertanto, la condanna da parte del Giudice di merito è immune da vizi logico-giuridici, dato che la condizione del paziente neonato era critica ed esposta a rischi plurimi; in tale situazione era imprescindibile disporre un monitoraggio completo dei parametri vitali e la mancata adozione di tale cautela ha avuto decisivo ruolo nello sviluppo degli accadimenti, impedendo l'esecuzione tempestiva delle procedure occorrenti per fronteggiare la sopraggiunta emorragia. Di qui la corresponsabilità colposa dell'imputato per il tragico evento.

I precedenti

In senso analogo alla massima, cfr. Cass. pen., sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 20584, in *Guida al dir.*, 2010, 92; Cass. pen., sez. IV, 1° dicembre 2004, n. 9739, in *C.e.d. Cass.*, rv. 230820; Cass. pen., sez. IV, 8 febbraio 2005, n. 12275, in *C.e.d. Cass.*, rv. 231321.

La dottrina

Sulla responsabilità penale in caso di attività medico-chirurgica svolta in équipe, cfr. R. Fresa, *Omicidio colposo*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, *Parte speciale*, vol. VII, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Torino, 2011, 313 ss.; G.P. Volpe, sub *Art. 589*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., vol. III, Milano, 2011, 5447 ss.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, 193 ss., e richiami *ivi*.

Patteggiamento

Congruità della pena

Cassazione penale, sez. IV, 7 dicembre 2011 (8 marzo 2012), n. 9176 - Pres. Marzano - Rel. Romis - P.M. Stabile (conf.) - ric. X.Y. (3)

La richiesta di patteggiamento può essere respinta, là dove, pur correttamente prospettata sussistenza e comparazione delle attenuanti, l'ulteriore riduzione conseguente alla scelta del rito renda inadeguata la sanzione finale rispetto alla gravità dei fatti contestati.

Il caso

Con sentenza del 2 marzo 2007, il Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi, preliminarmente rigettata la richiesta di applicazione della pena su richiesta delle parti e, quindi, rilevata la responsabilità per il reato di cui agli artt. 81 e 609 *ter* c.p. per essersi, in più occasioni, congiunto carnalmente con Z.K.,

Nota:

(3) **La nota alla sentenza è stata redatta dal Dott. Alessio Matarazzi.**

minore degli anni quattordici, condannava X.Y., riconosciute prevalenti le attenuanti generiche rispetto alla contestata aggravante, alla pena di anni sei di reclusione.
In parziale riforma della gravata sentenza, la Corte di Appello di Napoli, ritenendo congrua e tempestiva la somma offerta in riparazione del danno alla persona offesa, rideterminava la pena in anni cinque di reclusione, applicando la diminuente di cui all'art. 62, n. 6, c.p.
Avverso tale ultimo provvedimento l'imputato interponeva ricorso per cassazione, lamentando, tra l'altro, l'illegittimità del rigetto opposto all'applicazione della pena concordata dalle parti sia in primo sia in secondo grado; in particolare, pur essendo stata riconosciuta, da ultimo, l'attenuante del risarcimento del danno e ritenuta, implicitamente, corretta la comparazione delle circostanze prospettata con la richiesta di patteggiamento, il giudice di appello nulla ha detto in motivazione circa la possibilità di definire il processo nelle forme di cui all'art. 444 c.p.p.
La Terza Sezione Penale della Suprema Corte, rilevato che la richiesta di patteggiamento era stata respinta in primo grado per la mancata concessione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. e, altresì, considerato che la Corte di Appello, applicando tale diminuente, aveva sostanzialmente confermato la corretta comparazione delle circostanze dedotte dalle parti, accoglieva le censure in merito alla violazione degli artt. 448 c.p.p. e 69 c.p. e rimetteva il processo al giudice del rinvio affinché accertasse se il rigetto opposto dal Tribunale fosse privo di giustificazione ed, in tal caso, applicasse la pena concordata.
La Corte di Appello di Napoli, nonostante il rilievo successivamente assunto dal risarcimento del danno, insisteva per il rigetto della richiesta *ex* art. 444 c.p.p., ritenendo non congrua la pena rispetto alla gravità dei fatti, all'intensità del dolo e all'entità del danno arrecato alla persona offesa, circostanze, queste, puntualmente evidenziate nella sentenza di primo grado.
Per mezzo del difensore l'imputato proponeva ricorso per cassazione, lamentando la mancata applicazione della pena patteggiata; ad avviso del ricorrente, infatti, avendo il Tribunale disatteso l'accordo delle parti per la supposta insussistenza dell'attenuante del risarcimento del danno, il giudice del rinvio avrebbe dovuto limitare le proprie valutazioni alla legittimità di tali argomentazioni, rimanendo a lui precluso ogni ulteriore e differente apprezzamento sul negozio processuale, in forza del giudicato sostanziale intervenuto su di esso.
All'udienza del 7 dicembre 2011, la difesa dell'imputato eccepiva, altresì, la nullità generale del decreto *ex* art. 429 c.p.p. emesso dal G.U.P. e, di riflesso, l'invalidità della sentenza di primo e secondo grado, che da quell'atto dipendono.

La decisione

Va preliminarmente disattesa l'eccezione di nullità sollevata, da ultimo, dalla difesa dell'imputato; come noto, infatti, la sentenza di annullamento con rinvio produce gli effetti del giudicato rispetto al "dedotto ed al deducibile", restando successivamente preclusa la possibilità di sollevare cause di nullità o di inammissibilità, «verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari» (art. 627, comma 4, c.p.p.).
Ciò posto, altrettanto infondate risultano le censure proposte in merito alla mancata applicazione della pena concordata dalle parti.
Inizialmente rigettata dal Giudice dell'udienza preliminare, la richiesta *ex* art. 444 c.p.p. veniva riproposta in sede dibattimentale e di nuovo respinta, per la ritenuta insussistenza dell'attenuante del risarcimento del danno e per la censurata inadeguatezza della pena rispetto ai fatti oggetto di contestazione. Analoghe, poi, le argomentazioni del medesimo Tribunale, ma in differente composizione, per disattendere l'istanza nuovamente avanzata dalla difesa dell'imputato con l'accordo della pubblica accusa.
Così stando le cose, la sentenza impugnata appare esente da vizi; è pur vero, infatti, che, nel corso del processo, sono state progressivamente concesse le attenuanti - le stesse di cui alla iniziale proposta di patteggiamento - di cui agli artt. 62 *bis* e 62, n. 6, c.p., ma altrettanto inequivocabile è il corredo motivazionale del provvedimento, ove si evidenzia compiutamente la gravità delle dinamiche delittuose.
In questo senso, irrilevanti risultano le doglianze di parte ricorrente che ravvisa connotati di illogicità nella concessione delle attenuanti generiche e nel contestuale rigetto del patteggiamento per ritenuta non congruità della pena; simili valutazioni operano, infatti, su piani diversi, essendo, l'una, finalizzata a calibrare la sanzione in relazione alle circostanze oggettive e soggettive del reato e, l'altra, preordinata ad individuare l'adeguatezza del rimprovero penale.

I precedenti

Cass. pen., sez. III, 28 maggio 2009, n. 28641, in *C.e.d.*; Cass. pen., sez. V, 24 giugno 1999, n. 10461, in *Cass. pen.,* 2001, 1300; Cass. pen., sez. V, 7 maggio 1999, n. 8743, *ivi*, 2000, 2352.

La dottrina

E. Dolcini, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2009, 569; F. Romano, *Brevi note sulla motivazione della sentenza di applicazione della pena*, in *Giur. mer.*, 2003, 791; E. Aprile, *Gli esiti alternativi: la negoziazione sul rito, sulla prova e sulla pena*, in *Cass. pen.,* 2000, 3511.

Sequestro probatorio

Corpo del reato

Cassazione penale, sez. III, 3 aprile 2012 (23 aprile 2012), n. 15513 - Pres. Squassoni - Rel. Amoresano - P.M. Monetti (diff.) - ric. L.D.L. (4)

La delega di indagini, ai sensi dell'art. 370 c.p.p., non esclude la necessità di convalida successiva ogni qual volta l'attività di polizia giudiziaria esorbiti dai limiti degli ordini ricevuti. Analogamente, là dove la delega rimetta alla valutazione discrezionale dell'organo esecutivo l'individuazione del corpo di reato ovvero del rapporto pertinenziale della *res* con il delitto, l'eventuale e successivo sequestro deve essere sottoposto a controllo da parte dell'autorità giudiziaria procedente.

Il caso

Con decreto di perquisizione, il pubblico ministero delegava

Nota:

(4) **La nota alla sentenza è stata redatta dal Dott. Alessio Matarazzi.**

la polizia giudiziaria di procedere alle relative operazioni ed all'eventuale sequestro del corpo di reato e delle cose ad esso pertinenti; in sede di esecuzione gli agenti della Guardia di Finanza rinvenivano, oltre a varia documentazione, rilevante ai fini delle indagini per il reato di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 74/2000, assegni circolari e denaro contante.
Con riferimento a tali ultimi beni, l'indagato lamentava la mancata convalida del sequestro, in quanto operato discrezionalmente dagli agenti della polizia giudiziaria, ed avanzava richiesta di restituzione, ai sensi dell'art. 263, comma 4, c.p.p.
Avverso il decreto di rigetto si interponeva opposizione dinanzi al Giudice per le indagini preliminari, che, con ordinanza del 20 luglio 2011, dichiarava la legittimità delle operazioni delegate e del conseguente sequestro.
Propone ricorso per cassazione il difensore del'indagato, insistendo nella irritualità del sequestro probatorio per difetto di convalida; si eccepisce, nella fattispecie, che il mancato e successivo controllo dell'Autorità Giudiziaria procedente abbia determinato la nullità della misura in virtù, da un lato, dell'estraneità degli assegni del 7 giugno 2010 al tema di indagine, circoscritto, invece, a fatti illeciti asseritamente commessi sino all'anno 2007, e, dall'altro, della fungibilità del denaro sequestrato, il quale, pertanto, non ha alcuna valenza dimostrativa rispetto alla sussistenza del reato.

La decisione

Quello della convalida è istituto previsto dal legislatore per consentire il successivo e rigoroso controllo di legittimità dell'operato di polizia giudiziaria che, in casi predeterminati di necessità ed urgenza, può procedere a perquisizioni e sequestri in mancanza di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria procedente. Una cautela evidentemente adottata per scongiurare il pericolo di arbitri nell'esercizio di un potere discrezionale.
Ciò posto, non può minimamente revocarsi in dubbio che analoga situazione a quella di cui all'art. 354 c.p.p. sia quella in cui la polizia giudiziaria intervenga su delega del pubblico ministero ma in difetto di prescrizioni che circoscrivano e limitino lo spazio operativo: anche in tale secondo caso ci si troverebbe, infatti, in presenza di una discrezionalità meritevole di valutazione.
Va, pertanto, considerato sequestro di polizia giudiziaria - come tale necessitante di convalida - quello eseguito in esecuzione di un decreto del pubblico ministero che nulla dica circa il rapporto pertinenziale della *res* con il reato; di contro, non abbisogna di alcun vaglio successivo il sequestro operato dalla polizia giudiziaria là dove la delega dell'autorità giudiziaria individui, pur nel genere, il corpo del reato ovvero determini il collegamento tra la cosa ed il reato per cui si procede.
Nel caso di specie, dovendosi compiutamente ricostruire il volume d'affari, l'identità dei fornitori nonché la natura del materiale gestito, anche attualmente, dalla società XY, si disponeva il sequestro di tutta la documentazione e dei beni rinvenuti all'interno della sede, rilevanti per il prosieguo delle indagini.
Motivazioni ed indicazioni, queste ultime, sufficientemente dettagliate e tali da ricomprendere gli assegni *de quibus*, non solo per l'esplicito riferimento all'attualità della "vita" societaria, ma anche per la fisiologica idoneità dei titoli in questione a ricostruire le dinamiche approntate per la fraudolenta evasione all'imposizione fiscale.
Con riferimento, poi, alle somme di danaro, preliminarmente esclusa la possibilità di ricomprenderle nel decreto di perquisizione, non essendovi indicazioni in tal senso, espresse o ipotizzate, per ritenerle corpo di reato o, comunque, cose ad esso pertinenti, deve, nondimeno, prendersi atto della loro natura fungibile, tale da renderle insuscettibili di assumere valenza dimostrativa e, salvo che si tratti del provento effettivo dell'illecito, di rilevare come corpo di reato.
Ciò posto, ferma la possibilità di adottare, in chiave sia preventiva sia conservativa, vincoli di natura cautelare, in difetto di simile "conversione", deve ritenersi senz'altro illegittimo il mantenimento del sequestro per finalità probatorie.

I precedenti

Con riferimento al decreto generico ed alla convalida del sequestro: Cass. pen., sez. III, 2 marzo 2010, n. 12390, in *C.e.d.*; Cass. pen., sez. II, 27 febbraio 2008, n. 12263, *ivi*; Cass. pen., sez. VI, 21 aprile 2004, in *Cass. pen.,* 2006, 1880; Cass. pen., sez. VI, 29 aprile 1999, n. 1517, in *C.e.d.*
Con riferimento al sequestro di cose fungibili, conformi: Cass. pen., sez. II, 9 giugno 2011, n. 27959, in *Guida al dir.*, 2011, f. 47, 102; Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2009, n. 19771, in *C.e.d.*; Cass. pen., sez. II, 26 febbraio 2009, n. 10475, in *C.e.d.*; contrarie: Cass. pen., sez. VI, 10 dicembre 2010, n. 45507, in *Cass. pen.,* 2011, 4394; Cass. pen., sez. V, 22 giugno 2004, n. 30328, *ivi*, 2005, 1349.

La dottrina

G. Colla, *Osservazioni a Cassazione penale, 7 giugno 2011, sez. III, n. 28731*, in *Cass. pen.,* 2012, 1097 ss.; A.P. Maiore, *Provvedimento di perquisizione e motivazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2000, 45 ss.; U. Nannucci, *L'oggetto della perquisizione domiciliare: generico o specifico*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 122; G. Bellantoni, *Urgenza e perquisizioni*, in *Ind. pen.,* 1991, 309 ss.

INDICE DEGLI AUTORI

Amram Denise
Cumulo dei provvedimenti *ex* artt. 709-*ter* e 614-*bis* c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali **783**

Batà Antonella
Osservatorio di legittimità **799**

Benedetti Aldo P.
La caduta di un alunno durante gita scolastica: chi risponde? **760**

Carbone Vincenzo
Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità *ex* artt. 1218 o 2043 c.c.? **736**

Di Ciommo Francesco
Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza! **701**
Notizia vera, difetto di attualità, diritto all'oblio **753**

Foffa Roberto
Il danno da calunnia **770**

Gioia Gina
Osservatorio sulla giustizia amministrativa **802**

Montani Veronica
Le voci di danno risarcibili nella responsabilità del custode **776**

Pardolesi Paolo
Retroversione degli utili da uso illecito di marchio registrato: come si applica, come si quantifica **790**

Pardolesi Roberto
Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza! **701**
Notizia vera, difetto di attualità, diritto all'oblio **753**

Piergallini Carlo
Osservatorio di giustizia penale **805**

Spirito Angelo
Osservatorio di legittimità **799**

Tassone Bruno
Clausole "claims made", professionisti e "terzo contratto" **717**

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte di cassazione

Civile
18 agosto 2011, n. 17344, sez. III **774**
12 gennaio 2012, n. 300, sez. III **767**
8 febbraio 2012, n. 1769, sez. III **755**
5 aprile 2012, n. 5525, sez. III **747**
26 aprile 2012, n. 6526, sez. II **799**
8 maggio 2012, n. 6907, sez. III **800**
9 maggio 2012, n. 7037, sez. III **799**

Penale
7 dicembre 2011 (8 marzo 2012), n. 9176, sez. IV ... **806**
6 marzo 2012 (9 maggio 2012), n. 17222, sez. IV **805**
22 marzo 2012 (20 aprile 2012), n. 15206, sez. III ... **805**
3 aprile 2012 (23 aprile 2012), n. 15513, sez. III **807**

Tribunale
23 febbraio 2011, Genova **788**
10 novembre 2011, Firenze **781**

Consiglio di Stato
31 gennaio 2012, n. 482, sez. IV **731**

Tribunale amministrativo regionale
24 aprile 2012, n. 687, Lombardia-Brescia, sez. I **802**
4 maggio 2012, n. 308, Abruzzo-L'Aquila, sez. I **803**

INDICE ANALITICO

Assicurazioni
Clausole "claims made", professionisti e "terzo contratto", di *Bruno Tassone* **717**

Cose in custodia
La caduta di un alunno durante gita scolastica: chi risponde? (*Cassazione civile, sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769*), con commento di *Aldo P. Benedetti* **755**
Le voci di danno risarcibili nella responsabilità del custode (*Cassazione civile, sez. III, 18 agosto 2011, n. 17344*), con commento di *Veronica Montani* **774**

Danni cagionati da animali
Cose in custodia (*Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2012, n. 7037*), in *Osservatorio di legittimità* **799**

Danno non patrimoniale
Il danno da calunnia (*Cassazione civile, sez. III, 12 gennaio 2012, n. 300*), con commento di *Roberto Foffa* **767**

Diritti della personalità
Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!, di *Francesco Di Ciommo* e *Roberto Pardolesi* **701**
Notizia vera, difetto di attualità, diritto all'oblio (*Cassazione civile, sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525*), con commento di *Francesco Di Ciommo* e *Roberto Pardolesi* **747**

Giurisdizione
Rilascio di certificato di destinazione urbanistica dal contenuto non corrispondente a realtà (*T.a.r. Lom-*

bardia-Brescia, sez. I, 24 aprile 2012, n. 687), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* **802**

Infortuni sul lavoro

Datore di lavoro nelle P.A. (*Cassazione penale, sez. III, 22 marzo 2012 (20 aprile 2012), n. 15206*), in *Osservatorio di giustizia penale* **805**

Omicidio colposo

Posizione di garanzia rivestita dal capo dell'équipe chirurgica (*Cassazione penale, sez. IV, 6 marzo 2012 (9 maggio 2012), n. 17222*), in *Osservatorio di giustizia penale* **805**

Patteggiamento

Congruità della pena (*Cassazione penale, sez. IV, 7 dicembre 2011 (8 marzo 2012), n. 9176*), in *Osservatorio di giustizia penale* **806**

Proprietà industriale

Retroversione degli utili da uso illecito di marchio registrato: come si applica, come si quantifica (*Tribunale di Genova, 23 febbraio 2011*), con commento di *Paolo Pardolesi* **788**

Pubblica amministrazione

Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità *ex* artt. 1218 o 2043 c.c.? (*Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482*), con commento di *Vincenzo Carbone* **731**

Responsabilità dei genitori

Cumulo dei provvedimenti *ex* artt. 709-*ter* e 614-*bis* c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali (*Tribunale di Firenze, 10 novembre 2011*), con commento di *Denise Amram* **781**

Responsabilità precontrattuale

Violazione dell'obbligo di lealtà reciproca (*Cassazione civile, sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526*), in *Osservatorio di legittimità* **799**

Risarcimento del danno

Danno da fermo tecnico (*Cassazione civile, sez. III, 8 maggio 2012, n. 6907*), in *Osservatorio di legittimità* **800**

Annullamento in autotutela e/o di ufficio, in corso di giudizio, del provvedimento impugnato (*T.a.r. Abruzzo-L'Aquila, sez. I, 4 maggio 2012, n. 308*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* **803**

Sequestro probatorio

Corpo del reato (*Cassazione penale, sez. III, 3 aprile 2012 (23 aprile 2012), n. 15513*), in *Osservatorio di giustizia penale* **807**

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

PROCESSO CIVILE

FORMULARIO COMMENTATO

con Cd-Rom

I PROCEDIMENTI SPECIALI

Il volume, inserito all'interno della Collana "Commentari", contiene tutte le formule relative ai procedimenti speciali del processo civile:

- il procedimento **di ingiunzione**
- il procedimento **per convalida di sfratto**
- i procedimenti **cautelari** e **possessori**
- i procedimenti in materia di **famiglia** e di **stato delle persone**
- la **copia** e la **collazione di atti pubblici**
- i procedimenti relativi all'**apertura delle successioni**
- lo **scioglimento di comunioni**
- il processo di **liberazione degli immobili dalle ipoteche**
- l'**arbitrato**

L'opera è aggiornata con il **D.LGS. 1° settembre 2011, n. 150**, in materia di **riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione**.

Le formule sono **corredate da un approfondito e utile commento d'autore**.

Il **Cd-Rom** allegato contiene oltre 300 formule utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura e **adattabili al caso specifico**.

a cura di
Claudio Consolo e Vincenzo Mariconda
pagg. 2112, **€ 145,00** *- II 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.

☐ (00129680) Sì, desidero acquistare il volume **Processo civile - Procedimenti speciali con Cd-Rom - II ed.** a cura di Claudio Consolo e Vincenzo Mariconda a **€ 145,00**.

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.

Y06DU LE

Edicola Professionale

le più autorevoli riviste professionali si muovono con te!

Edicola Professionale,

l'**app per tablet gratuita**, dedicata agli abbonati alle riviste **Ipsoa** e **il fisco**

registrati su

www.edicolaprofessionale.com

scarica gratuitamente l'app da AppStore e Google Play

Per consultare le riviste è necessario essere abbonati

Buona lettura… digitale!

UTET Giuridica ® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Apple è un marchio di Apple Inc. • Android è un marchio di Google Inc.

Y88DT-LE