Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

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

10 2012

www.ipsoa.it/dannoeresponsabilita

Danno da prodotto difettoso nelle prestazioni sanitarie

Responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato

Ancora sull'incostituzionalità dell'art. 139 Cod. ass.

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

00129550

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Nasce ICT4Professional

LA NEWSLETTER E IL SITO SULLA TECNOLOGIA DEDICATI AI LIBERI PROFESSIONISTI

Approfondimenti, consigli, esperienze per innovare con l'ICT

in collaborazione con

Wolters Kluwer Italia

www.ict4professional.it

Y41DV FI

OPINIONI

Responsabilità civile
IL CONTATTO SOCIALE NEL CONTESTO DELLE FONTI DI OBBLIGAZIONE: CONSIDERAZIONI SU CONTATTO QUALIFICATO E ART. 1173 C.C.
di *Alessandro Galati* **933**

Nesso di causalità
IL NESSO CAUSALE E LA RESPONSABILITÀ SANITARIA: UN ITINERARIO IN PERENNE EVOLUZIONE
di *Luca Nocco* **949**

GIURISPRUDENZA

Comunitaria

Responsabilità del produttore
IL DANNO DA PRODOTTO DIFETTOSO NELLE PRESTAZIONI SANITARIE: LA CORTE DI GIUSTIZIA E L'ARMONIZZAZIONE "TOTALE"
Corte di Giustizia, Grande sezione, 21 dicembre 2011, C-495/10 **957**
commento di *Laura Frata* **960**

Legittimità

Responsabilità della P.A.
LA RESPONSABILITÀ DA CUSTODIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. VARIAZIONI SUL TEMA TRA CASO FORTUITO E POTERE DEL CUSTODE SULLA COSA
Cassazione civile, sez. VI, 30 gennaio 2012, n. 1310, ord. **965**
Cassazione civile, sez. III, 22 febbraio 2012, n. 2562 **967**
Cassazione civile, sez. III, 16 marzo 2012, n. 4231 **968**
Cassazione civile, sez. III, 16 marzo 2012, n. 4251 **969**
commento di *Aldo P. Benedetti* **971**

Cose in custodia
INCENDIO DI PROPRIETÀ LIMITROFE E RESPONSABILITÀ DEL CUSTODE
Cassazione civile, sez. VI, 28 febbraio 2012, n. 3022, ord. **977**
Cassazione civile, sez. III, 7 febbraio 2011, n. 2962 **978**
commento di *Paolo Laghezza* **979**

Responsabilità dello Stato
CLAUSOLA DI SALVAGUARDIA E RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER L'ILLECITO DEL MAGISTRATO
Cassazione civile, sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2107 **981**
Cassazione civile, sez. III, 22 febbraio 2012, n. 2560 **983**
commento di *Francesca Bonaccorsi* **986**

Danno cagionato da animali
QUANDO IL POSTINO NON SUONA NEPPURE UNA VOLTA
Cassazione civile, sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26205 **991**
commento di *Sergio Barbaro* **992**

Merito

Assicurazioni
ANCORA SULLA PRESUNTA INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 139 DEL CODICE DELLE ASSICURAZIONI
Tribunale di Tivoli, sez. civ., 21 marzo 2012, ord. **997**
Tribunale di Brindisi, sez. Ostuni, 3 aprile 2012, ord. **1002**
commento di *Giulio Ponzanelli* **1011**

Osservatorio di legittimità

a cura di *Antonella Batà* e *Angelo Spirito* **1013**

Osservatorio sulla giustizia amministrativa

a cura di *Gina Gioia* **1016**

Osservatorio di merito

a cura di *Paolo L. Carbone* **1018**

Sommario

INTERVENTI

Cessione del credito

LA CIRCOLAZIONE DEL CREDITO TRA *FAVOR* PER IL CESSIONARIO E TUTELA DEL DEBITORE CEDUTO
di *Umberto Violante* **1023**

INDICE

INDICE DEGLI AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO **1041**

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

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

Danno e responsabilità
Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

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

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

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

REDAZIONE
Isabella Viscardi, Francesco Cantisani, Arianna Barsacchi

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

REALIZZAZIONE GRAFICA
Wolters Kluwer Italia s.r.l.

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

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

PUBBLICITA':

db Consulting s.r.l.
EVENTS & ADVERTISING

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

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

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

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

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

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

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

ITALIA
Abbonamento annuale 2013: € 204,00

ESTERO
Abbonamento annuale 2013: € 408,00

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

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

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

DISTRIBUZIONE
Vendita esclusiva per abbonamento

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

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

Responsabilità da contatto sociale qualificato

Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.

di **Alessandro Galati** (*)

A fronte della nota ed assai diffusa applicazione della teoria della responsabilità da contatto qualificato, questo contributo si prefigge di verificare se il fatto stesso del contatto fra un soggetto rivestito di qualifica professionale ed altro soggetto che viene ad essere interessato dall'attività compiuta dal primo, possa essere effettivamente ricompreso nel novero delle fonti di obbligazione - sia pure di sola protezione - diverse dal contratto e dal fatto illecito, propugnando al contempo un'esegesi restrittiva, ma costituzionalmente orientata, del sintagma normativo di cui all'inciso finale dell'art. 1173 del codice civile.

Premesse

Come è noto, sulla scorta dell'elaborazione dottrinale tedesca (1) poi trasfusa nella novella del § 241 del BGB, anche in Italia, grazie all'impegno esegetico profuso da illustre studioso (2), ha avuto larga diffusione la teorizzazione di una cosiddetta responsabilità da contatto sociale qualificato (3), la quale poggia sul considerare l'obbligazione non più come un rapporto lineare incentrato sul solo dovere di prestazione, ma come una complessa relazione interindividuale fra creditore e debitore nella quale, accanto al dovere primario di prestazione, sussistono altresì una serie di obblighi accessori di protezione e cura della sfera giuridica della controparte, i quali vengono a loro volta fondati sulle norme codicistiche che prevedono l'obbligo, per le parti del rapporto stesso, di comportarsi secondo correttezza, buona fede e diligenza (4).

Sulla scorta di questa considerazione, la dottrina e la giurisprudenza hanno teorizzato delle nuove figure di responsabilità civile, le quali troverebbero in ultima analisi la propria giustificazione nel venire in contatto di due soggetti del traffico, di cui uno rive-

Note:

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

(1) Per approfonditi riferimenti alla dottrina tedesca, ed agli studi che hanno poi portato al recepimento nel testo del BGB, della teoria dell'obbligazione senza prestazione si rimanda a Memmo, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Cont. imp.*, 2004, 797 ss.; Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco,* in *Riv. dir. civ.* 2003, I, spec. 8 ss. e Di Majo, *Obbligazione XIII) - Diritto tedesco*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003, XXI, 2.

(2) Castronovo *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, Milano, 1995, 147 ss. Dello stesso Autore si richiamano: *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 679 ss.; *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 157; *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 443 ss.

(3) Si vedano nella nostra dottrina, fra i tanti scritti in materia, i seguenti contributi: Barcellona, *L'ingiustizia del danno e il doppio regime della responsabilità*, in *Commentario al codice civile* diretto, da E. Gabrielli, *Dei fatti illeciti*, I, a cura di Carnevali, *sub artt. 2043 c.c. e 96 c.p.c.*, Milano, 2011, 100 - 140; S. Rossi, *Contatto sociale (Fonte di obbligazione)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ., Aggiornamento V,* Torino, 2010, 346 ss.; Franzoni, *Il contatto sociale non vale solo per il medico,* in *Resp. civ. prev.* 2009, 1693 ss.; Scoditti, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nell'esperienza giurisprudenziale*, Relazione tenuta all'incontro di studio sul tema "*Illecito aquiliano ed ingiustizia del danno*", Roma, 29-30 maggio 2008, in *www.appinter.csm.it;* Gazzara, *Danno alla persona e contatto sociale: responsabilità ed assicurazione,* Napoli, 2008; Rolfi, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione, in Resp. civ. prev.*, 2007, 571; Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 11 ss.; Roppo, *Il contatto sociale ed i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato* a cura di Bessone, V, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1993, 2.

(4) Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 55 ss.

ste la qualifica di operatore professionale (5): proprio in virtù della posizione qualificata che occupa all'interno del mercato, tale soggetto susciterebbe in quello che con lui entra in relazione un particolare affidamento circa la sua capacità di eseguire le prestazioni professionali cui è tenuto nel rispetto dei principi di prudenza, perizia, diligenza e correttezza che sono propri dell'attività esercitata, a loro volta ricavabili dal contesto sociale, scientifico, culturale e metodologico proprio del settore professionale in cui egli è inserito.

Questo affidamento del soggetto non rivestito di alcuna qualifica professionale farebbe dunque nascere in lui la convinzione a tenore della quale il professionista, mentre esercita nei suoi confronti la prestazione cui è tenuto in forza di un titolo esterno rispetto al contatto, sia in grado - proprio in virtù del rispetto dei superiori principi di diligenza e correttezza che lo riguardano - di non ledere alcun suo interesse personale o patrimoniale: ne conseguirebbe, secondo la dottrina in precedenza citata, che dal fatto storico del contatto sociale così qualificato sorgerebbero, in capo all'operatore professionale, degli obblighi di protezione della persona che con lui è entrata in relazione, pur avulsi da un obbligo primario di prestazione (6): qualora questi obblighi di protezione dovessero risultare disattesi, il loro inadempimento sarebbe da sanzionare facendo ricorso alla disciplina dell'art. 1218 c.c., e non a quella dell'art. 2043 c.c. (7), perché si tratterebbe, comunque, di obbligazioni nate dal contatto sociale il quale, a sua volta, sarebbe un fatto idoneo a produrre vincoli obbligatori nel senso dell'art. 1173, ultima parte, del codice (8).

Tale tesi, è ormai quasi inutile ribadirlo data la sua amplissima diffusione, è stata applicata dalla giurisprudenza innanzitutto alla figura del medico dipendente da struttura sanitaria pubblica, il quale, durante lo svolgimento della prestazione diagnostica o terapeutica cui è tenuto nei confronti del nosocomio suo datore di lavoro, causa un danno alla persona del paziente che alla sua arte era stato affidato dalla direzione amministrativa dell'ente clinico: il medico dunque, non avendo un obbligo di prestazione verso il paziente, essendo - a rigore - in questo senso obbligato solo verso il proprio datore di lavoro, nell'eseguire tale prestazione è comunque soggetto ad una serie di obblighi di protezione della sfera giuridica del malato che nei suoi confronti riversa un consistente affidamento (9), e l'inadempimento

Note:

(5) In generale, sulla responsabilità del professionista, si vedano: Ponzanelli, *La responsabilità civile del professionista intellettuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 519 ss.; Cerdonio Chiaromonte, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche negoziali e legali*, Padova, 2008; Stanzione, *La responsabilità civile del professionista*, in questa *Rivista*, 2007, 1 ss.; Facci, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006; Giacobbe, *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1065 ss.

(6) In tema di obblighi di protezione, si vedano, oltre agli scritti di Castronovo citati in precedenza: Thiene, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione, in Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 316 ss.; Lambo, *Responsabilità civile ed obblighi di protezione*, in questa *Rivista*, 2008, 136; Benatti, *Doveri di protezione,* in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino 1991, 222 e Id., *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.; spunti anche in Mengoni, *Obbligazioni di mezzi e di risultato (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 99 ss. Utilissimi, poi, ulteriori lavori di Castronovo: *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXI, *ad vocem; Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 123 ss.; *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, 265 ss.

(7) Thiene, *op. cit.*, 317-318, la quale nota che la categoria degli obblighi di protezione mira a dare il giusto risalto e la giusta sanzione, sul piano giuridico, alle condotte di soggetti che esercitano la loro professione all'interno di una sorta di ambito protetto, il quale trova la sua giustificazione formale nella necessaria iscrizione in apposito albo, che, a sua volta, è testimonianza espressa della peculiarità dello *status* afferente al ruolo che questi particolari soggetti rivestono nel mercato; l'Autrice nota altresì come occorra considerare il forte affidamento che tale *status* ingenera in persone prive delle conoscenze basilari concernenti la materia che invece costituisce la quotidianità del professionista medio, generalmente ed impersonalmente considerato. Da ciò discende la necessità che l'agente concreto osservi, come si diceva poc'anzi nel testo, una serie di regole, principi e statuizioni creatrici di una peculiare "doverosità specifica", le quali impongono di ritenere non bastevole e comunque inappropriato, in siffatti casi di responsabilità civile, il ricorso alle rigide e penalizzati (per la parte offesa) regole dell'*alterum non laedere*.

(8) Questo perché, dalla dottrina e dalla giurisprudenza più moderne, si ritiene che di responsabilità extracontrattuale si possa parlare soltanto rispetto a pregiudizi che non trovino la loro origine nella fase patologica di un pregresso rapporto giuridicamente rilevante, sussistente fra danneggiante e danneggiato: in questo senso già Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072. Da ultimo, si veda V. Carbone, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità* ex *artt. 1218 c.c. o 2043 c.c.?*, in questa *Rivista*, 2012, 742, il quale nota che nella interpretazione più recente l'art. 1218 c.c. è riferito all'inadempimento di ogni obbligazione, quale che ne sia la fonte: ovvero all'inadempimento del dovere di correttezza e buona fede *ex* art. 1175 c.c., all'inadempimento dei doveri scaturenti dall'affidamento ingenerato dal contatto sociale (responsabilità da rottura ingiustificata delle trattative, del medico dipendente, e delle altre fattispecie meglio descritte alla successiva nota 8), all'inadempimento dei doveri accessori *Nebenpflichten* o di quelli di protezione *Schutzpflichten*, previsti da una legge di protezione, fino alla violazione, da parte dello Stato italiano, dell'obbligo costituzionale e comunitario di conformarsi alle direttive U.E. Dello stesso Autore si veda di recente, anche per i richiami di dottrina e giurisprudenza, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Corr. giur.*, 2012, 680, spec. 683-687.

(9) Affidamento che, come nota Thiene, *op. cit.*, 320, discende dal peculiare *status professionale* di cui s'è detto, e determina delle aspettative di comportamento connesse alla posizione rivestita dal debitore le quali presentano, per quest'ultimo, una marcata dimensione obbligatoria cui egli non può in ogni caso sottrarsi.

di essi, secondo lo schema descritto, lo porta a rispondere del proprio operato *ex* art. 1218 c.c. verso il danneggiato, il quale si trova così ad essere avvantaggiato processualmente sia dal punto di vista dell'onere probatorio, mitigato dall'applicazione del principio della vicinanza alla fonte di prova (10), che da quello dei termini prescrizionali.
Il descritto schema logico è stato applicato dalla giurisprudenza anche alla fattispecie concernente la responsabilità dell'insegnante dipendente di scuola pubblica per i danni autoinfertisi dal suo allievo con condotta autolesionistica, nonché ad altre ipotesi di minore ricorrenza pratica (11): orbene, questo scritto si prefigge di vagliare l'effettiva sussumibilità del contatto sociale all'interno del novero delle fonti di obbligazione come previste dall'art. 1173 c.c., domandandosi se la formula costituente l'inciso finale di detta norma («ogni altro o fatto idoneo a produrre obbligazione in conformità all'ordinamento giuridico») sia effettivamente interpretabile nel senso che una fattispecie non considerata da alcuna norma di legge possa effettivamente assurgere al ruolo di indice generatore di obbligazione civile, sia pure di sola protezione, ricercando al contempo i parametri - anche costituzionali - alla stregua dei quali proporre un'interpretazione il più possibile razionale e sistematica della disposizione da ultimo richiamata.

Note:

(10) L'orientamento giurisprudenziale che ravvisa in quella del medico dipendente una responsabilità da contatto è, come noto, stato avviato da Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Contratti*, 1999, 999 ss.; fra gli arresti successivi si rimanda a Cass. 30 giugno 2011, n. 14405, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 14405; Cass. 1° febbraio 2011, n. 2334, in *La responsabilità civile*, 2011, 427 ss.; Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in questa *Rivista*, 2010, 376 ss.; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. it.*, 2008, 1653; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corr. giur.*, 2006, 914 ss. Con riguardo al principio di vicinanza alla fonte di prova, è noto che la sua fondamentale affermazione, riferita in generale alla norma dell'art. 1218 c.c., risale in giurisprudenza a Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769; in dottrina, fra i tanti contributi che si sono occupati dell'analisi anche critica della riportata decisione, si vedano Maggiolo, *Inadempimento ed oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 165 ss.; Visintini, *La Suprema Corte interviene per dirimere un contrasto fra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Cont. imp.*, 2002, 903; Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 113 ss.
Il principio della vicinanza della prova così come elaborato dalle Sezioni Unite nel 2001 è stato poi affermato dalla giurisprudenza con specifico riguardo alla responsabilità professionale in genere, e medica in particolare, in varie occasioni, in applicazione di quella che Cerdonio Chiaromonte, *op. cit.*, 144, definisce la tendenza delle Corti ad aggravare la posizione del professionista sul piano della responsabilità, a favore del danneggiato dalla sua attività: da ultimo, proprio in tema di applicazione del principio in argomento al contenzioso nascente da errore medico, si veda Cass. 11 novembre 2011, n. 23562, in *Corr. giur.*, 2012, 22 ss.; prima di tale pronuncia, in tema importanti risultano essere Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538, in *La responsabilità civile*, 2010, 590 ss.; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in questa *Rivista*, 2005, 27 ss.; Cass. 28 maggio 2004, 10297, in questa *Rivista*, 2005, 25 ss.
In dottrina, fra i tanti contributi inerenti alle tematiche ora accennate si vedano, senza pretesa di esaustività: Muccioli, *La responsabilità del sanitario e l'onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 94 ss.; Princigalli, *La responsabilità medica: da un sistema flessibile ad un sistema rigido*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei fatti illeciti*, I, a cura di Carnevali, sub *artt. 2043 c.c. e 96 c.p.c.*, Milano, 2011, 462 ss., spec. 486-494; De Matteis, *La responsabilità del medico dipendente: dalla violazione di obblighi di protezione all'inadempimento di un obbligo di prestazione*, in *Cont. imp. Europa*, 2010, 85 e Id., *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 2007, 158 ss.; Vettori, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligazioni e contratti* 2008, 394; Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità,* in questa *Rivista*, 2007, 977; E. Quadri, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia,* in *Resp. civ. prev.*, 2004, 319 ss.; Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto,* in *Riv. dir. civ.*, 2001, 336; Pizzetti, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità da contatto sociale*, in *Giur. it.*, 2000, I, 740 ss.

(11) Per una sintesi dei casi in cui la teoria descritta nel testo diventa metodo di decisione delle Corti con riguardo a fattispecie ulteriori rispetto a quella che vede protagonista il medico dipendente da pubblica struttura nosocomiale si veda Montani, *Tra responsabilità civile e contrattuale: il contatto sociale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 172 ss., ed ivi per indicazioni giurisprudenziali e dottrinali.
In linea generale, sia consentito ricordare che la teoria della responsabilità da contatto è stata utilizzata dalla giurisprudenza innanzitutto, come si ricordava già nel testo, per affermare la responsabilità dell'insegnante dipendente da un pubblico istituto di istruzione per i danni che un suo allievo, sottoposto a sorveglianza e vigilanza, si è causato per il tramite di una condotta autolesiva (orientamento, quest'ultimo, inaugurato da Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635 ss.). Stesso schema decisionale è servito alla Cassazione ed alla Suprema giurisdizione amministrativa per ritenere responsabile l'Amministrazione nei confronti del privato, parte istante all'interno del procedimento amministrativo e leso dall'inadempimento, da parte del soggetto pubblico, dei doveri di protezione su di lui gravanti in forza del "contatto procedimentale" stesso (Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, 78 ss., spec. 95; nella giurisprudenza amministrativa si rinvia a Cons. Stato 2 settembre 2005, n. 24456, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 2596; Cons. Stato 6 agosto 2001, n. 4239, in questa *Rivista*, 2002, 183 ss.; si vedano in dottrina Antonelli, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007, spec. 33 ss.; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede,* in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica e storica contemporanea. Atti del convegno internazionale di Studi in onore di Predieri*, III, Padova, 2003, 475.). Ancora, è stata considerata responsabilità da contatto sociale quella in cui incorre la banca girataria per l'incasso di un assegno non trasferibile paga quanto previsto dal medesimo ad un soggetto non legittimato a ricevere tale pagamento (Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in questa *Rivista*, 2008, 160 ss.; per un'analisi della fattispecie e una critica della decisione, Muccioli, *Assegno bancario non trasferibile e responsabilità della banca negoziatrice*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 167). Infine, è stata ritenuta responsabilità da contatto sociale quella del mediatore tipico che non trasferisce, ai soggetti che mette in relazione al fine del compimento di un dato affare, le informazioni ad esso inerenti delle quali è in possesso (Cass. 14 luglio 2009, n. 16382, in *Contratti*, 2009, 1085 ss.).

Interpretazione tradizionale dell'art. 1173

Il codice del 1942, in tema di fonti delle obbligazioni, si è sensibilmente discostato da quello del 1865 il quale, infatti, all'art. 1097 - in conformità al codice francese - stabiliva che l'obbligazione poteva nascere dalla legge, dal contratto, dal quasi contratto, dal delitto e dal quasi delitto (12).
La norma attuale invece, come è noto ha espunto il richiamo alla legge, in quanto i suoi estensori ritennero fondata quella critica a tenore della quale ogni rapporto giuridico nasce come effetto che si verifica in conseguenza di un fatto cui la legge lo ricollega e dunque, secondo questa prospettiva fatta propria dal vigente codice, la legge è in una certa misura fonte di ogni obbligazione, la quale sorge in virtù della mediazione di un elemento di fatto sempre normativamente previsto e considerato (13). Oltre a quello alla legge, la nuova norma ha eliminato altresì il riferimento ai quasi contratti ed ai quasi delitti, considerate figure prive di giustificazione, ignote al diritto romano classico (14), portatrici più di incertezza che di certezza.
La disposizione in vigore mantiene la menzione del contratto tra le fonti delle obbligazioni, riunisce le figure dei delitti e dei quasi delitti nella categoria del fatto illecito e - nell'ultima parte della sua disposizione - elabora un raggruppamento ulteriore e residuale, nel quale finiscono per confluire quelle che nell'art. 1097 c.c. 1865 erano la legge ed i quasi contratti e che ora, come visto, vengono identificati con il sintagma "ogni altro atto o fatto idoneo" a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento.
Il problema che si è posto, riguardo a questa terza categoria di fonti di rapporti obbligatori, è allora se la formula letterale usata dal legislatore per descriverla significhi oppure no che al di fuori del contratto e dell'illecito le obbligazioni possono derivare solo da atti e fatti previsti dalla legge.
L'opinione dottrinale è stata (ed è) orientata per la soluzione negativa al quesito formulato: si sostiene, infatti, che il principio della tipicità legislativa e, dunque, della tassatività delle fonti delle obbligazioni, non risulta espresso né dall'art. 1173 c.c., né da altra norma dell'ordinamento italiano vigente (15): si dice infatti che l'espressione «ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico», anche se nell'intenzione del legislatore fascista voleva significare proprio che le fonti delle obbligazioni dovessero essere tipiche, data l'autoritarietà che caratterizzava l'ordine corporativo, nel mutato contesto istituzionale, politico e sociale non può considerarsi equivalente, da un punto di vista terminologico e letterale, all'altra, assai diversa, «in ogni altro caso previsto dalla legge» (16); si aggiunge poi che, a livello concettuale, la disposizione dell'art. 1173 ultima parte non richiede affatto la puntuale previsione dell'atto o del fatto fonte di obbligo da parte di una puntuale regola legislativa, ma vuole solo che l'atto o il fatto siano conformi all'ordinamento giuridico, cioè coerenti coi principi generali dello Stato menzionati dall'art. 12, comma 2, delle Disposizioni sulla legge in generale e dunque, proprio in virtù di questa coerenza e solo in forza di essa, li ritiene idonei a generare un vincolo obbligatorio (17).
Da ciò, dunque, si è fatto conseguire l'assunto secondo il quale il richiamo all'ordinamento giuridico nella sua complessività ha abolito in modo definitivo la rigidità dell'elencazione delle fonti di obbligazione (18) la quale, ora, si presenta di converso come dotata dei caratteri dell'elasticità e dell'apertura (19): pertanto, si afferma che con la formulazione vigente della norma si è respinta ogni possibile istanza di necessaria tipicità delle fonti di obbligazione, in quanto il giudizio di conformità previsto dalla disposizione da essa posta non si esplica necessariamente per il tramite della verifica della conformità dell'atto o del fatto ad una loro espressa menzione positiva (20), potendo, anche e soprattutto, concretarsi in un confronto tra situazioni pure non positivamente considerate e qualsivoglia indicazione - diretta od indiretta, puntuale o

Note:

(12) Come già era avvenuto per i codici dei Regni preunitari (Astuti, *Il "Code Napoleon" in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, Padova, 1969, 1-87), il Codice del Regno d'Italia del 1865 riprese integralmente l'elencazione contenuta nell'art. 1370 del *code civil.*

(13) Pacchioni, *Elementi di diritto civile*, II ed., Torino, 1936, 485-487.

(14) Relazione al codice civile, Par. 556, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1943, 116.

(15) Cannata, *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, IX, Torino 1999, 25 ss.

(16) Per una descrizione del contesto sociale, politico e giuridico nel quale ha visto la luce il codice civile, nonché per una sintesi del cammino percorso dal Paese per arrivare alla promulgazione della vigente Costituzione, si veda il pregevole saggio di Valiani, *1948-1988: La lunga strada della Costituzione*, in Aa.Vv., *La Costituzione quarant'anni dopo*, Milano 1989, 117-136.

(17) Cantillo, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* diretta da Bigiavi, *Le obbligazioni*, I, Torino, 1992, 54.

(18) Giorgianni, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 73.

(19) C. Nobili, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, 6.

(20) Mengoni, *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, 248.

di principio - proveniente dall'ordinamento che permetta, per il solo fatto di essere ricavabile anche solo in via interpretativa dal *corpus* delle norme giuridiche, di ritenere dotati di forza vincolante gli atti o i fatti a tale giudizio sottoposti.
Questo confronto da svolgersi nei termini indicati - si ritiene infine - è assai simile (21), se non addirittura analogo (22), a quello richiesto dall'art. 1322, comma 2, c.c. in tema di verifica della meritevolezza dell'interesse che si vuole perseguire per il tramite di un contratto atipico.
La lettura che più si è affermata, dunque, riguardo all'inciso finale dell'art. 1173 c.c., ha voluto dimostrare che in un sistema caratterizzato dall'avvento dell'economia industriale e dei traffici massificati ed istantanei, nonché dal nuovo regime costituzionale di impianto democratico, liberale e liberista, l'obbligazione non può più essere intesa come nascente solo da atti e fatti previsti tipicamente dalla legge, in quanto, altrimenti, si finirebbe per causare un rallentamento degli affari quotidiani e una diminuzione ingiustificata ed irrazionale degli scambi: per questo, si è detto, l'obbligazione deve poter derivare anche da situazioni economico-sociali che siano dotate di efficacia vincolante intrinseca ed endemica, alla luce di una valutazione moderna dell'intierezza ordinamentale (23). Il riferimento della norma sulle fonti all'ordinamento giuridico sarebbe allora un richiamo ai criteri ed agli indici superiori che esso esprime direttamente o che da esso - in difetto di espressa menzione - sono comunque interpretativamente desumibili (24) e considerabili come principi e valori di rango costituzionale, che trascendono le specifiche disposizioni, alla stregua dei quali un dato atto o un dato fatto deve essere valutato nella sua conformità ad essi e - dunque - nella sua idoneità a produrre obblighi (25).
All'interno dei principi e dei valori ordinamentali, soprattutto di rango costituzionale, nei quali si sostanzia - secondo la dottrina tradizionale - il richiamo operato dall'art. 1173 c.c. all'ordinamento, l'interprete (segnatamente il giudice, data la sua funzione istituzionale) deve selezionare quelli che hanno forza ed importanza tali da far ritenere che un atto o fatto ad essi conforme per ciò stesso diventi idoneo ad obbligare: di tali valori e principi è impossibile, si è sostenuto (26), fare l'elenco, in quanto ciò contrasterebbe con l'asserito carattere aperto dell'elencazione codicistica delle fonti di obbligazione; tuttavia, si possono individuare delle figure che vengono definite "*sintomatiche*" tra le quali, per quanto qui interessa, sono annoverati proprio i casi in cui due o più soggetti entrano tra loro in contatto qualificato al di fuori di ogni ipotesi di legame negoziale che direttamente li vincoli.
A tale contatto viene ricollegato il sorgere di obblighi di varia natura e contenuto, data l'alta rilevanza sociale della relazione che in forza di esso s'instaura ed il rischio cui, in forza della sussistenza di essa, sono esposti gli interessi dei soggetti del rapporto (27) i quali, come in precedenza accennato, in virtù del superiore principio di buona fede, correttezza e diligenza, sono oggetto di doverosa e reciproca salvaguardia per coloro che del contatto sono appunto i protagonisti.

Critica alla dottrina tradizionale in tema di fonti dell'obbligazione

a) Sulla genericità del metodo esegetico tradizionale e delle soluzioni che propone

A noi pare che la descritta, tradizionale, esegesi dell'art. 1173 c.c. non possa essere condivisa, in quanto portatrice di una soluzione che risente fortemente della genericità che affligge il metodo per il tramite del quale viene ricercata e ricavata. Infatti, rimettere l'identificazione delle fonti delle obbligazioni diverse dal contratto e dall'illecito ad una valutazione complessiva dell'ordinamento, avuto riguardo soprattutto ai principi di rango costituzionale, rimanda alla ricerca di valori anche non espressi nella Carta, il cui rinvenimento non può non risentire dell'impostazione interiore di colui che provvede ad effettuarla e soprattutto, come peraltro ammette la stessa dottrina che tale soluzione sostiene, di questo esame integrale del contesto normativo non potrà che «essere arbitro il giudice» (28), il quale dovrà

Note:

(21) Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 815.

(22) Giorgianni, *op. loc. ult. cit.*

(23) Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, sub artt. 1173-1176, Bologna 1988, 162 ss. Analoghe posizioni sono state espresse dallo stesso Autore in *Le obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 167 ss.; riflessioni conformi alle argomentazioni sviluppate nelle citate monografie si rinvengono anche nella nota alla sentenza n. 589 del 199 della Cassazione cit. *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446 ss., nonché nel più recente contributo *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007, 170 ss., in nota a Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit.

(24) Di Majo, *op. ult. cit.*, 170 ss.

(25) Rescigno, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 151-152.

(26) Di Majo, *op. ult. cit.*, 173 e 176-178.

(27) Di Majo, *op. ult. cit.*, 75 e 206.

(28) Di Majo, 178.

svolgere questa sua funzione alla luce di un parametro quanto mai vago qual è la «*volontà dell'ordinamento*», della quale egli è il naturale «interprete» (29), con la possibilità di dilatare al massimo le clausole generali presenti nella legge fondamentale, tra le quali in tal senso un ruolo primario viene attribuito alla solidarietà sociale.
È, questa, una riproposizione del mito di matrice illuministica del giudice come *bouche de la loi*, il quale mito ha però spesso portato, nell'epoca moderna, ad una situazione in cui il magistrato non è tanto l'interprete del diritto in un contesto di doverosa ortodossia esegetica del sistema normativo (30), quanto piuttosto una nuova fonte del diritto o comunque colui che riempie di concreto e contingente significato precettivo le disposizioni che si trova ad applicare: rimettere infatti alle corti l'esclusivo compito di individuare, con una discrezionalità nemmeno particolarmente vincolata al rispetto di parametri oggettivi certi e previamente individuati, i principi ed i valori fondanti la natura vincolante di atti e fatti potenzialmente potrebbe riproporre, anche con riguardo all'art. 1173 c.c., il problema che si è paradigmaticamente posto in sede di danno non patrimoniale, ambito in cui in assenza di indici sicuri da porre a base dell'interpretazione, la giustizia di merito, soprattutto quella onoraria, ha ripetutamente apprestato tutela a situazioni che a livello strettamente dogmatico non la meritavano (31).
Prima comunque di sviluppare compiutamente le argomentazioni ora in sintesi esposte, a noi pare che la genericità del metodo esegetico utilizzato dalla lettura tradizionale dell'inciso finale dell'art. 1173 c.c. sia dimostrata anche dalla definizione di "sintomatiche" (del carattere aperto del sistema delle fonti) da tale dottrina riferita alle principali ipotesi in cui i principi ed i valori costituzionali possono permettere di riconoscere forza vincolante a situazioni che si collocano al di fuori del contratto e dell'illecito aquiliano: definire come "sintomatiche" tali figure ci pare espressione della difficoltà ad individuare basi solide e criteri scientifici univoci in forza dei quali compiere una coerente ed organica identificazione di atti e fatti idonei ad obbligare e, dunque, ci sembra lo specchio di un metodo di ricerca più improntato alla verifica casistica che a soluzioni scientifiche di tipo organico, portatore più di incertezza che di conclusioni dotate di portata generale.
Inoltre, a nostro avviso è fortemente in dubbio che tra tali ipotesi "sintomatiche", quelle consistenti nel c.d. contatto sociale siano effettivamente idonee ad obbligare solo in forza dell'essere - più o meno direttamente - collegate a valori costituzionali: seguendo questa impostazione, infatti, coerentemente si dovrebbe giungere ad ammettere che nella quotidianità si presentano numerosi casi di relazione instaurate da un contatto, riferibili a valori primari, astrattamente di rango costituzionale, che solo per questo dovrebbero allora generare un rapporto obbligatorio, in virtù da un lato della rilevante perizia professionale di uno dei soggetti della relazione medesima e, dall'altro, dell'affidamento dell'altro soggetto verso questa particolare dimensione personale della propria controparte.
Consegue da quanto ora detto che una incontrollata applicazione della dottrina tradizionale in tema di fonti delle obbligazioni potrebbe condurre ad una illimitata dilatazione dell'area della responsabilità contrattuale sulla sola base offerta da un mero contatto tra soggetti, determinando l'abrogazione *in parte qua* della disciplina in tema di responsabilità aquiliana senza che questo effetto abrogativo sia sostenuto da solide fondamenta positive, le quali siano in grado di far ritenere con certezza esistente un'obbligazione civile la quale, come abbiamo visto, è il solo presupposto utile per applicare la disciplina dell'art. 1218 c.c.

b) Sulla insufficienza del rinvio alla sola "voluntas legis" per individuare atti e fatti idonei ad obbligare

È poi ora da dire che il vizio di genericità che affligge la concezione dominante in tema di identificazione di atti e fatti fonti di obbligazioni sia *ictu oculi* ricavabile nella sua essenza dagli stessi argomenti usati per sostenerla.
Da questo punto di vista, riprendendo il discorso interrotto *supra*, a noi pare innanzitutto possibile sostenere che il richiamo alla «volontà dell'ordinamento» come parametro che il giudice deve seguire per selezionare le entità materiali idonee ad obbligare sia potenzialmente foriero di effetti fuorvianti.
La volontà dell'ordinamento, infatti, altro non è che la volontà della legge, ovvero l'intenzione del legislatore menzionata dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale accanto al metodo esegetico letterale.
Tale parametro rimanda quindi allo scopo che presumibilmente (ma non certamente) il legislatore si è

Note:

(29) Di Majo, *op. loc. ult. cit.*

(30) Cfr. art. 65 R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, *Ordinamento giudiziario.*

(31) Come in effetti riconosciuto da Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur. it.*, 2008, I, 2646.

posto nel momento in cui ha esercitato la sua funzione istituzionale: uno scopo, cioè, ovviamente inespresso ed altrettanto ovviamente non ricostruibile con certezza, ma che *ragionevolmente* l'interprete può ritenere aver informato l'attività nomogenetica (32), alla luce delle circostanze sociali, storiche e politiche che hanno fornito l'occasione per approvare una data legge (33).

Si vede bene, dunque, come il limite individuato nella ragionevolezza del fine ipoteticamente perseguito dall'organo che ha emanato la norma non offre adeguate garanzie di certezza: non esclude, infatti, il rischio insito nella circostanza che è in realtà l'interprete ad individuare in ultima analisi la finalità della norma, sulla base dei condizionamenti che gli derivano dalla sua cultura (non solo giuridica) e dalle sue idee (anche politiche e sociali), finendo così per attribuire un suo significato a quella che dovrebbe essere invece l'intenzione riferibile ad un'entità oggettiva che è altro da sé, quale il legislatore (34).

Il pericolo, allora, consiste nel fatto che svolgere l'interpretazione dell'art. 1173 c.c. esclusivamente sulla base dell'indice offerto dalla "volontà dell'ordinamento" può condurre il giudice a ritenere dotato di forza obbligatoriamente vincolante un fatto che in realtà, alla luce di una valutazione del diritto positivamente vigente questa connotazione non può possedere, solo perché la soluzione adottata è coerente con quanto il magistrato personalmente sente e ritiene in relazione alla situazione sottoposta al suo vaglio (35): ma - come si vedrà - obbligo ed obbligazione pertengono al bene della libertà personale, perciò tale conclusione ci pare difficilmente accettabile, portando con sé il rischio di compressioni di tale libertà non giustificate da previsioni puntuali delle leggi vigenti.

c) critica all'asserito parallelismo fra l'art. 1173 e l'art. 1322, comma 2, c.c.

Del tutto non persuasivo, poi, ci appare quell'argomento usato dalla dottrina tradizionale per il tramite del quale si sostiene l'analogia fra il giudizio di idoneità a produrre obbligazione sul presupposto della conformità dell'atto o del fatto generatore di essa all'ordinamento previsto dall'art. 1173 c.c., con quello di meritevolezza (alla stregua, parimenti, dell'ordinamento) cui deve essere sottoposto l'interesse perseguito per il tramite della stipulazione di un contratto atipico *ex* art. 1322, comma 2, c.c.

A noi sembra che questo argomento non tenga nel dovuto conto né la peculiarità dell'art. 1322, comma 2, c.c., né - tantomeno e soprattutto - la diversità di funzione fra le due norme che si vogliono sistematicamente collegare, la quale è comunque ben

Note:

(32) Corte Cost. 23 aprile 1998, n. 140, in *Giur. it.*, 1998, 2355 ss.

(33) Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1993, 395.

(34) Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. comm. diretto da Cicu e Messineo*, Milano 1980, 27. Per evitare tale rischio, infatti, non basta dire come fa la giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost. 7 gennaio 2000, n. 1, in *Giur. it.*, 2009, 1337) che per il tramite del criterio offerto dalla *ratio legis* occorre ricostruire la portata oggettiva ed impersonale di un testo di legge: questa è solo una alta e nobile raccomandazione, la quale - complice anche la cattiva tecnica di redazione delle norme adottata dal legislatore - non ha nel sistema giudiziario nessuna garanzia di essere seguita, data la possibilità ad esso immanente di applicazioni comunque fuorvianti delle regole, a loro volta portatrici di soluzioni discutibili in settori, come quello delle fonti di obbligazione, dove sono in gioco valori personali e patrimoniali primari del soggetto di diritto.

(35) Si vuole cioè dire che se l'attività di applicazione del diritto necessariamente presuppone quella di interpretazione, la quale a sua volta è fisiologicamente anche contraddistinta da un profilo creativo della disposizione contenuta nella norma (Spagna Musso, *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 934), dimodoché la regola effettivamente vigente non è quella scritta dal legislatore ma quella che nel concreto viene applicata dal giudice (Schlesinger, *Interpretazione della legge civile e prassi delle Corti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 531 ss.), comunque in materia di interpretazione un principio essenziale deve essere a nostro avviso offerto dal senso letterale delle parole che compongono il testo della norma medesima; ciò è infatti coerente con il dettato costituzionale e segnatamente col principio di sottoposizione del giudice alla (sola) legge il quale, se da un lato è garanzia di libero ed indipendente esercizio della funzione giudiziaria per il magistrato, dall'altro è anche tutela del cittadino che non può trovarsi limitato in alcune sue essenziali prerogative individuali in forza di una lettura del testo legislativo che trascende completamente la sua dimensione semantica e complessivamente razionale. Compito del giudice è allora la ricerca del contenuto oggettivo della legge (Musco, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 71), e tale obiettivo - ci pare - deve *in primis* essere perseguito evitando ogni soluzione esegetica che non abbia come suo fondamento e punto di partenza il testuale dettato normativo, evitando di piegarlo a proprie variegate tendenze soggettive. In questo senso ci conforta anche il testo dell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, che come primo criterio dell'elencazione - sia pure incompleta - dei metodi interpretativi, pone quello fondato sul significato delle parole utilizzate dal legislatore: circostanza, questa, che come è stato notato opportunamente da R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, *sub* artt. 10-15 Preleggi, Bologna, 1974, 252, sta a significare che secondo il legislatore occorre procedere dal determinato all'indeterminato, ovvero (nella scelta dei metodi interpretativi e dei significati precettivi delle disposizioni) bisogna procedere dal più certo al meno certo, tenendo sempre presente il punto di partenza offerto dai principi posti dalla Costituzione. Se tutto ciò è vero, allora occorre che quanto detto informi anche l'esegesi dell'art. 1173 c.c., il quale - prevedendo il carattere della "conformità" dell'atto o del fatto che voglia essere dotato di "idoneità" ad obbligare, letteralmente sembra proprio dire che tali atti e fatti possano vincolare solo se "corrispondenti" ad una diretta previsione ordinamentale e dunque "conformi" ai suoi principi direttamente espressi.

espressa dalla netta differenza esistente tra gli oggetti che rispettivamente provvedono a disciplinare.
Innanzitutto, infatti, la norma sull'autonomia negoziale è relativa alla libertà contrattuale, intesa come libertà del soggetto di determinare, mediante un contratto rispetto al quale la legge non pone alcuna disciplina puntuale e che per ciò stesso è definibile atipico (36), non solo il contenuto di un'obbligazione (o il modo d'intersecarsi fra essa ed altri rapporti in essere tra le parti) (37), ma anche e soprattutto il rapporto contrattuale organicamente nascente dalla pattuizione: l'obbligazione, perciò, non esaurisce il contenuto del contratto stesso e, pertanto, non può essere vista come precipuo ed unico oggetto della disciplina posta dalla norma in analisi, come invece è per la disposizione *ex* art. 1173 c.c.
A tal riguardo va infatti notato che l'obbligazione è un effetto del contratto, ma il rapporto obbligatorio non si confonde, né si esaurisce, col rapporto contrattuale: il primo, come è noto, indica il vincolo in forza del quale una parte deve all'altra una data prestazione, mentre il secondo esprime l'insieme unitario delle situazioni e delle posizioni giuridicamente rilevanti nascenti dalla convenzione (38), patrimonialmente valutabili.
Quanto ora detto vale per tutti i contratti, tipici ed atipici: per quelli innominati, dunque, il giudizio di meritevolezza, sia esso svolto avendo come parametro i principi generali dell'ordinamento, soprattutto di rango costituzionale (39), oppure quello offerto dagli indici di liceità della causa *ex* art. 1343 c.c. (vale a dire ordine pubblico, buon costume e norme imperative) (40), in ogni caso ha ad oggetto la relazione contrattuale nella sua intierezza (41) nata dal pregresso accordo, e non la singola e sola obbligazione, intuitivamente ponendosi come assai più ampio, e dunque come non logicamente paragonabile a quello previsto dall'art. 1173 c.c.
Ciò, ci pare, emerge anche dal testo della norma da ultimo citata, che tra le fonti delle obbligazioni annovera il "contratto" senza alcuna aggettivazione, dunque riferendosi con espressione omnicomprensiva sia a quello tipico che a quello atipico: il contratto innominato, pertanto, sarà fonte di obbligazione *ex* art. 1173 c.c. in quanto meritevole di tutela nel suo complesso *ex* art. 1322, comma 2, c.c.; nessuna delle due norme, infatti, richiede o prescrive un

Note:

(36) Messineo, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1973, 690.

(37) Rescigno, *Contratto - I) Dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, III, 14 ss.; Cass. 23 giugno 1982, n. 3827.

(38) C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV. *L'obbligazione*, Milano, 2001, 14.

(39) Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 40 e *Meritevolezza di interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Cont. impr.*, 1987, 423; conf. E. Gabrielli, *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999, XXXI, 6. Anche Breccia, *Autonomia contrattuale*, in *Dei contratti in generale*, 1, in *Commentario al codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 117 ss., ritiene che il giudizio di meritevolezza debba svolgersi incentrando la relativa analisi sulla verifica della rilevanza dell'interesse perseguito alla stregua dell'ordinamento giuridico inteso nella sua complessività, il quale dunque - direttamente od indirettamente - deve mostrare di ritenere l'interesse medesimo in grado di giustificare funzionalmente la convenzione atipica; in questo modo, come nota De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 11 ss., il vaglio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. fornisce al giudice uno strumento cui è possibile fare ricorso per escludere che ad una data fattispecie convenzionale possa essere applicata la disciplina propria di un determinato tipo legale, dopo aver valutato (p. 62) il contratto nel suo insieme, cioè a dire nel suo contenuto, avendo riguardo alla natura del bene che ne costituisce l'oggetto, alla qualità delle parti, alle modalità con cui si è addivenuti alla stipula. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II ed., Napoli, 1994, 193, ritiene che la liceità della causa del contratto atipico sia condizione necessaria, ma non sufficiente a giustificarne il riconoscimento e la tutela da parte del diritto. Per arrivare a tale risultato, essa deve rispondere anche ad un'esigenza durevole della vita di relazione, dunque deve servire ad attuare una funzione di interesse generale e sociale, che solo il diritto è competente a valutare per il tramite dell'apprezzamento giurisprudenziale. Il mero consenso incolore, ritiene l'illustre Autore, anche se non illecito, non può dunque essere vincolante se non è sorretto da un interesse giuridicamente apprezzabile alla stregua dei parametri offerti dall'ordinamento statuale, valutato nella sua integrale complessità. All'unità funzionale cui assurgono gli elementi del contratto se riguardati dal punto di vista delle parti, al fine di verificare la meritevolezza complessiva dell'operazione economica, rimanda anche Dattilo, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 795. Ritengono, altresì, che il giudizio di meritevolezza dell'interesse vada valutato alla stregua dell'intierezza ordinamentale, con riferimento ai valori costituzionali o comunque con riguardo ai principi fondamentali dell'ordinamento i seguenti Autori: Galgano, *Il contratto*, Padova, 2007, 144-146; Bianca, *Diritto civile* III, *Il contratto*, Milano, 2000, 459-460; Rescigno, *Contratto (in generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, IX, 26; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja - Branca sub* artt. 1321-1352, Bologna, 1970, 29.

(40) Roppo, *Il contratto,* in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 403-404; Carusi, *La disciplina della causa*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno-E. Gabrielli, Milano, 2006, 596-601; e, soprattutto, G.B. Ferri, *Il negozio giuridico fra libertà e norma,* Ristampa corretta della V ed., Rimini, 1995, 125 ss., Id. *Meritevolezza degli interessi ed utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 91 ss.; Id. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 466 ss.; Clarizia, *Contratti innominati*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, IX, 6; Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 210. Sostiene Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, Milano, 2004, 851-852, che l'art. 1322 c.c. vada utilizzato per colpire con la nullità quei contratti atipici che perseguono gli stessi interessi vietati dalla legge con riguardo a relazioni contrattuali tipizzate. In giurisprudenza Cass. 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Contratti*, 2004, 801 ss.; Cass. 13 maggio 1980, n. 3142, in *Giust. civ.*, Mass. 1980, 1002, Cass. 5 luglio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, 2190, a tenore della quale il contrasto del contratto atipico con qualsivoglia norma imperativa di per sé implica, ancor prima che la sua invalidità, la sua non meritevolezza di tutela.

(41) Guarneri, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 324 ss.

doppio giudizio (uno di meritevolezza, l'altro di idoneità a produrre obbligazione) rispetto al contratto atipico. Semmai, la prima pone soltanto la previsione di un effetto (la produzione del vincolo) sulla base della positiva verifica di meritevolezza prevista dalla seconda circa l'interesse avuto di mira con la stipulazione non nominata. Ciò è coerente con la struttura della norma sulle fonti di obbligazione, la quale di esse prevede un elenco e come detto, nella prima voce di esso, richiama il contratto come figura generale, perciò anche nella sua dimensione atipica, limitandosi a dare atto della sua attitudine a vincolare giuridicamente.

Ne segue che rispetto al contratto atipico, l'art. 1173 c.c. ritiene già risolti i problemi attinenti al *se* obbligarsi ed all'obbligarsi con uno schema contrattuale diverso da uno di quelli prestabiliti, ma «adeguato ai postulati dell'ordinamento» (42): perciò, la norma dell'art. 1322, comma 2, c.c. non può essere utilizzata per interpretare la parte finale della norma sulle fonti delle obbligazioni, in quanto riferita ad assai diversa questione.

Mentre, infatti, gli atti ed i fatti di cui all'inciso finale dell'art. 1173 c.c. vanno valutati nella loro conformità all'ordinamento al fine di verificare se siano idonei a generare un obbligo e dunque attengono all'*an* del rapporto obbligatorio, l'art. 1322, comma 2, c.c., di converso, come detto pertiene al *quomodo* dell'integrale relazione giuridica nata dalla (sia pur atipica) manifestazione di volontà delle parti e non riguarda soltanto l'obbligazione, imponendo di andare a verificare se il prodotto di essa sia soltanto un capriccio e dunque non meriti tutela o se si ponga addirittura in contrasto con le generali finalità ordinamentali e dunque vada riprovato (43).

Data la diversità ontologica delle due situazioni normative, quindi, è coerente che l'interpretazione del secondo comma dell'art. 1322 c.c. proponga una valutazione dell'interesse perseguito per il tramite della convenzione innominata alla stregua dell'ordinamento considerato nel suo complesso, anche alla luce di principi costituzionali non espressi ma ricavabili grazie alle clausole generali ricomprese nella Carta: in questa sede, infatti, la volontà dei soggetti si è già manifestata nel senso di far nascere tra loro un rapporto giuridico, e conseguentemente ha liberamente posto una limitazione della loro autonomia personale e patrimoniale in quanto i soggetti protagonisti della vicenda la considerano conveniente per il raggiungimento di propri particolari bisogni. Pertanto, proprio per salvaguardare il prodotto dell'autonomia privata, in tali casi può ritenersi coerente che la valutazione dell'interesse finale perseguito per il tramite di un contratto atipico si svolga in forza di indici che siano i più ampi possibile (44); del tutto diversa è invece la situazione di cui all'inciso finale dell'art. 1173 c.c., che - come si diceva - rimanda all'individuazione del dato materiale in forza del quale si diviene obbligati: ciò comporta che, essendo in discussione l'*an* dell'obbligazione, il giudizio di idoneità a vincolare in forza della conformità del fatto o dell'atto all'ordinamento deve essere condotto in virtù di parametri più astringenti e meno lati di quelli utilizzabili per la verifica di cui all'art. 1322 II comma c.c., date le conseguenze patrimoniali e personali che un rapporto obbligatorio produce in testa a colui che si colloca dal suo lato passivo.

La differenza di funzione, dunque, tra le due disposizioni impedisce che la norma sulla contrattazione atipica sia utilizzata come base per l'esegesi della parte finale dell'art. 1173 c.c., posto che il corretto utilizzo del metodo dell'interpretazione sistematica presuppone che le norme utilizzate per svolgerla regolino lo stesso istituto o almeno materie se non identiche, affini (45) e comunque - anche quando come in questa ipotesi si fonda sul ricorrere di espressioni terminologiche similari - in ogni caso necessita di una conformità tra gli oggetti discipli-

Note:

(42) Relazione al codice civile, Par. 603, Ist. Pol. Dello Stato, Roma, 1943, 130.

(43) Espressione, quella utilizzata del testo, mutuata da Betti, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giur. it.*, 1947, II, 144. Analoga posizione è espressa da Bianca, *op. cit.*, 459; C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 43; Majello, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 493; Osti, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1957, 477 ss.

(44) Tale concezione si rinviene soprattutto nella dottrina che ritiene il giudizio di meritevolezza della pattuizione innominata come qualitativamente diverso da quello di liceità ex art. 1343 c.c. per i contratti tipici: *ex multis* Gazzoni, *Manuale* cit., 818, il quale distingue il giudizio di meritevolezza da quello di liceità ritenendo che il secondo ha il fine di tutelare l'ordine pubblico da accordi contrastanti coi suoi canoni, mentre il primo è funzionale alla verifica di idoneità dello strumento scelto dai privati a regolare gli interessi di cui sono portatori, operando dunque a livello del tipo e non della causa e pertanto imponendo di valutare l'accettabilità dello schema negoziale innominato alla stregua dell'intero ordinamento medesimo; Sicchiero, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Cont. imp.*, 2004, 545, che considera il giudizio di meritevolezza come giudizio sul significato complessivo, economico e sociale, del contratto atipico, in modo da analizzarne l'utilità sociale la quale, a sua volta, deve ritenersi presente in tutte quelle vicende negoziali atipiche rispetto alle quali l'ordinamento nel suo complesso e nei suoi principi fondativi non si pone come indifferente, pur non avendo dettato una disciplina speciale per regolarle.

(45) Guastini, *op. cit.*, 378.

nati che in tali casi, come abbiamo cercato di dimostrare, risulta assente.

La nozione di obbligazione rilevante rispetto all'individuazione delle sue fonti

Come in parte emerge da quanto precede e come è stato opportunamente affermato (46), l'individuazione della nozione di obbligazione è questione assai collegata a quella relativa all'individuazione degli atti e dei fatti idonei a produrla, data la connessione logica e strutturale esistente fra i due concetti.
A tal riguardo, è noto che il nostro codice ha operato una scelta politica chiara (47), ovvero quella di non definire l'obbligazione: questa opzione dei codificatori tuttavia non rende impossibile individuare un concetto di obbligazione che sia utile a fini pratici e di studio, e che consenta di progredire nella ricerca di una soluzione al problema del significato dell'ultima parte dell'art. 1173 c.c. che sia meno indefinita e generica di quella proposta finora.
Così, anche sulla base del passo delle Istituzioni giustinianee dedicato al problema che qui ci occupa (*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*), l'obbligazione può intendersi come un rapporto giuridico patrimoniale in forza del quale il debitore è vincolato ad una prestazione - di indole positiva o negativa - verso il creditore (48): ciò, come è stato notato, ci permette di dire che il concetto stesso di obbligazione porta con sé l'idea del legame, che grava sul debitore astringendolo al creditore, imponendogli di dispiegare una parte della sua attività a favore proprio di quest'ultimo (49), in un contesto di costrizione che ben risulta anche dalla soggezione del suo patrimonio alle azioni del creditore, giusto quanto dispone l'art. 2740 c.c. (50).
Per questo può dirsi che se l'obbligazione lega e costringe, allora la sua essenza è costituita da un vincolo giuridicamente rilevante che in qualche misura fa soggiacere una persona ed i suoi beni al potere di un'altra; un vincolo forte (51), esprimente un dovere specifico di cooperazione (52) che a sua volta si concreta in una doverosa azione od omissione (53), la quale si pone come strumentale alla realizzazione dell'interesse del creditore che - trovandosi dal lato attivo del rapporto e del vincolo - ha la facoltà di ottenere il comportamento che gli è dovuto anche mediante gli strumenti forzosi riconosciutigli dalla legge, in un contesto di generale coazione e dunque di limitazione della sfera giuridica del debitore (54).
Tale limitazione a sua volta è una caratteristica inderogabile ed indefettibile dell'obbligazione civile, la quale perciò va vista come naturalmente restrittiva delle prerogative di libertà di colui che è posto dal lato passivo del vincolo (55).
Così intesa l'obbligazione, allora, la forza cogente ad essa connaturata conduce a ritenere che il rapporto obbligatorio sia naturalmente limitativo dell'autonomia individuale dei soggetti privati, considerata come potestà di dare un ordinamento ai propri interessi (56), la quale deve sì essere esercitata all'inter-

Note:

(46) Cannata, *op. cit.*, 23.

(47) Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2007, 5.

(48) Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, II ed., Roma, 1915, 7 ss.; conf. Giorgianni, *Obbligazione*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 581 ss.

(49) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1924, I, 13-15.

(50) La norma dell'art. 2740 c.c., per la cui storia si rimanda alla sintesi di Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 1-123, è infatti utile indice per intendere come l'obbligazione sia fonte di una forte soggezione del debitore all'interesse creditorio ed alle tutele per esso previste.

(51) Giorgi, *op. cit.*, 35. Tale vincolo, a ben vedere, deve intendersi qualificante il concetto di obbligazione sia nei casi in cui essa venga intesa come incentrata sul comportamento dovuto dal debitore (Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948, 69 ss.; Giorgianni, *L'obbligazione (parte generale)*, Milano, 1968, 235, i quali ritengono che «il diritto del creditore si rivolge al comportamento del debitore»), sia nelle tesi che ritengono cardine dell'obbligazione il risultato economico atteso dal creditore e visto come oggetto del diritto di credito inteso come potere giuridico (Betti, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, 137). Infatti, sia che l'accento si ponga sul comportamento materiale del debitore, sia sul risultato auspicato dal creditore che forma oggetto del suo interesse, ai fini della definizione dell'obbligazione come vincolo astringente e limitativo della personale libertà poco cambia, essendo comunque il debitore, per il tramite dell'impiego della sua sfera personale e patrimoniale, a dover tenere quel comportamento o comunque a dover realizzare quel risultato oggetto del potere insito nel diritto di credito. Condivisibile è pertanto l'assunto di Ferrara, Fr. sr, *Trattato di diritto civile*, Ristampa della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1985, 311 ss., secondo il quale il dovere giuridico porta con sé come suo contenuto immanente la *coazione* secondo l'ordine giuridico, con la conseguenza - evidentemente costrittiva - secondo la quale o il debitore adempie quanto è da lui dovuto, o incorrerà in responsabilità nei termini dell'art. 1218 c.c.

(52) Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, 28.

(53) La quale doverosa azione od omissione è intesa come limitativa della libera volontà del debitore, giuridicamente "costretto" a comportarsi in un dato modo: Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, 337.

(54) Miccio, *I diritti di credito*, I, *Lineamenti generali*, Torino, 1971, 18.

(55) Il debitore è infatti "soggetto alla pretesa del creditore" e dunque deve tenere il comportamento oggetto di pretesa: Moscati, *op. cit.*, 11.

(56) Betti, *Autonomia privata,* in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1559; Pugliatti, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 367.

no dei limiti dell'ordinamento (57) ma - entro questi limiti - va intesa come espressione di libertà non coercibile senza indici certi che in questo senso chiaramente depongano.
Infatti, la funzione dei limiti legali all'autonomia privata è solo quella di fare in modo che l'attività individuale ed economica dei soggetti rispetti i fini superiori che la comunità organizzata a Stato si è posta (58): proprio per evitare, allora, che vi sia una restrizione arbitraria dell'autonomia individuale, a noi pare che queste limitazioni all'interno delle quali essa può svolgersi possano essere solo espresse e mai ricavabili interpretativamente od indirettamente, e che - dunque - il problema dell'esegesi dell'art. 1173 c.c. vada affrontato partendo da questa considerazione e da quella da cui essa discende, cioè a dire che l'autonomia individuale è un aspetto della libertà personale (59), una proiezione patrimonialmente connotata di un diritto fondamentale (60), funzionale all'indipendente (auto)regolazione dei propri traffici quotidiani (61), sia pure per il tramite di una *libera scelta* fra le procedure e gli strumenti a tal fine messi a disposizione dall'ordinamento (62).
Così intesa, cioè, l'autonomia privata è esplicazione della personalità umana, ed ha come principale - ma non unica - manifestazione la libertà contrattuale (63): se questo è il modo di intendere l'autonomia individuale, allora, non può non rilevarsi come aspetto importante di essa sia anche la libertà di obbligarsi civilmente (64), in quanto affine e strumentalmente connessa alla libertà contrattuale ed agli scopi speculativi che per il tramite dell'esercizio di essa si vogliono raggiungere. Anche la libertà di obbligarsi, dunque, è espressione dell'autonomia privata e perciò della libertà personale; può intendersi sia in una dimensione positiva (come libertà di stringersi in un vincolo obbligatorio) sia negativa (libertà di non obbligarsi), ma in ogni caso merita una adeguata tutela, all'interno della quale deve trovare riconoscimento un'istanza superiore, quale è quella secondo la quale la libertà dell'uomo non può restringersi e le sue possibili manifestazioni non possono limitarsi senza che vi sia un indice che con assoluta certezza imponga siffatta restrizione o limitazione.
Dunque, così ragionando, se l'art. 1173 c.c. è norma che stabilisce in quali casi l'obbligazione può sorgere, allora logicamente ci dice anche quali atti e fatti possono limitare l'autonomia privata e le sue manifestazioni che abbiamo ora elencato: così, la libertà di obbligarsi può certamente essere compressa per il tramite di un contratto (dato il ruolo primario che la volontà ha nel nostro sistema e data altresì la costatazione a tenore della quale la manifestazione del consenso esclude in radice ogni possibile arbitrarietà della coercizione (65), perlomeno in tutti i casi in cui non ricorrano vizi nel processo formativo del volere) ed in virtù di un fatto illecito (non essendo tollerabile che la lesione ingiusta rimanga a carico di chi l'ha subita in dipendenza dell'altrui ingiustificata aggressione); quando invece contratti e fatti illeciti mancano, sulla base di quanto affermato a noi pare che gli altri atti e fatti vadano ricercati tenendo nel dovuto conto la norma costituzionale che la libertà personale regola e protegge, ovvero l'art. 13 Cost., perché per i motivi esposti e in virtù alla sua stessa struttura ontologica, l'obbligazione incide su questo bene, riducendone l'estensione e restringendone la portata.
Parimenti, essendo l'autonomia privata anche uno strumento di politica economica (66), a nostro avviso utile indice per l'interpretazione della norma sulle fonti delle obbligazioni è anche l'art. 41 Cost. in tema di libera iniziativa in ambito speculativo.

I parametri costituzionali per l'interpretazione dell'art. 1173 c.c.

a) la libertà personale: art. 13 Cost.

Ricostruita nei termini che precedono l'obbligazione

Note:

(57) Mirabelli, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile*, Torino 1987, 27.

(58) Distaso, *I contratti in generale*, II, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* diretta da Bigiavi, Torino, 1980, 718.

(59) Abbamonte, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, II, Milano, 1958, 193.

(60) Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1956, 588.

(61) Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1948, 126.

(62) Sacco, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, 518.

(63) Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 162; Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953, 331; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 462; De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1982, 218 ss.

(64) Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Rist., Milano 2002, 45, definisce tale libertà come una delle supreme espressioni che l'individuo ha su di sé e sulla sua propria persona che, quando viene esercitato in modo valido ed efficace, ha per conseguenza una restrizione *consapevole* del proprio *libero arbitrio.*

(65) Bin-Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2005, 485-486, assai opportunamente rilevano come, anche nella giurisprudenza costituzionale, la tutela della libertà personale si incentri prettamente sull'impedire non tanto e non solo la coercizione fisica dell'individuo, quando la degradazione giuridica della persona che eziologicamente deriva dalla costrizione che essa subisce, quale che sia il contenuto e la forma dell'imposizione; Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 605.

(66) Ascarelli, *Certezza del diritto ed autonomia delle parti*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 128.

come vincolo e costrizione ad agire nell'altrui interesse, limitativa dell'autonomia individuale, ed intesa quest'ultima come comprensiva della libertà di obbligarsi e non obbligarsi e, perciò, quale proiezione della libertà personale nell'ambito dei rapporti giuridici di diritto privato, come si anticipava a noi pare che il primo - vero - parametro costituzionale in forza del quale interpretare l'ultima categoria di fonti prevista dall'art. 1173 c.c. razionalmente sia offerto proprio dall'art. 13 Cost., il quale esordisce prescrivendo che la libertà personale è "inviolabile", per poi proseguire ed ammetterne restrizioni solo in forza di "legge".

Superata infatti l'esperienza fascista, in cui ogni attribuzione di libertà era funzionale al raggiungimento dei superiori fini dello Stato etico e veniva perciò intesa essenzialmente nella sua dimensione positiva, perché solo il fare poteva realizzare gli scopi primari dell'ordine corporativo, oggi la libertà, *in primis* quella personale, ha connotazione e dunque contenuto più ampi, essendo strumento di realizzazione e sviluppo dell'umana personalità (67), la quale si esplica appunto anche per il tramite dei rapporti di diritto privato, e si concreta - a monte - nella scelta fra il porli in essere oppure nel restare svincolati da ogni forma di relazione interindividuale vincolante.

Di conseguenza, se la libertà è in ogni campo di sua manifestazione strumento di realizzazione del proprio titolare, allora lo Stato moderno - che ha tra i suoi fini quello di garantire la pace sociale anche consentendo ai suoi sottoposti di soddisfare i propri bisogni per il tramite degli strumenti giuridici ed economici che preferiscono, fatti salvi i limiti connaturati alla salvaguardia dell'interesse pubblico - deve informare il proprio ordinamento al rispetto di alcuni principi e valori assoluti, fra i quali in tema di libertà rientra anche il rispetto delle sue connotazioni negative: le garanzie costituzionali, cioè, riguardano oggi non solo la libertà di fare, ma anche quella di non fare e perciò ogni potere, pubblico o privato, di tale necessaria garanzia deve tenere conto (68).

Di conseguenza, la libertà personale deve oggi essere considerata come diritto di fare tutto ciò che la legge non vieta e - al contempo - come diritto di non fare tutto ciò che la legge non impone (69): conseguentemente, per quanto qui interessa, tra i suoi aspetti essenziali c'è anche il diritto di non obbligarsi o di non essere considerati obbligati in assenza di una prescrizione puntuale o di un complessivo sistema di norme riferito ad un dato oggetto che espressamente imponga la soggezione ad un vincolo.

Ciò è reso evidente, per la materia che ci occupa, anche dal collegamento ammesso da condivisibile dottrina fra l'art. 13 Cost. ed il successivo art. 23 Cost. (70): tale ultima norma, infatti - disponendo che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non per legge - in sostanza ci dice che nulla (nemmeno dunque la prestazione che è il contenuto essenziale dell'obbligazione civile) può essere richiesto di compiere se non in forza di legge o di atti-fonte che condividano con essa la medesima forza formale.

La norma dell'art. 23 Cost., infatti, completa il dettato dell'art. 13 Cost., tutelando quella che è stata definita la sfera individuale della persona con riflessi esterni, ovvero che travalica la sua fisicità (71): infatti, l'entrare in rapporto con soggetti diversi da sé e decidere di obbligarsi nei loro confronti è una scelta di libertà che va oltre la propria dimensione personale, in quanto la mette in rapporto con entità esterne che poi avranno diritto ad ottenere un dato comportamento nei termini e nei modi dianzi accennati; da questo punto di vista ben si vede come, data la centralità della libertà personale anche nel sistema dei rapporti di diritto privato, una simile situazione può derivare o dalla volontà del singolo o dalla legge, mai invece da dati e circostanze non certe, vaghe ed indefinite, che si pretende di considerare dotate di forza vincolante in virtù di interpretazioni soggettive condotte sulla base di parametri non espressi e non previamente palesati in modo incontrovertibile.

Le riflessioni in questi termini svolte sembrano allora dimostrare che la "conformità all'ordinamento" richiesta dall'art. 1173 c.c. per affermare l'idoneità ad obbligare degli atti e fatti residuali rispetto al contratto e all'illecito vada in realtà ricercata nella conformità di essi a puntuali disposizioni di legge.

Anche volendo confinare l'art. 23 Cost. ai soli rapporti tra enti pubblici impositori di prestazioni e soggetti privati (72), comunque, innanzitutto non risulta sminuita l'utilizzabilità di questa norma come indice esegetico dell'art. 1173 c.c., data l'affinità esistente fra le materie regolate dalle due disposizioni e

Note:

(67) Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 12.

(68) Sulla libertà c.d. negativa come valore fondante dell'ordinamento si rinvia a G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 277.

(69) Mazziotti Di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1993, 192-193.

(70) Pace, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 291.

(71) G. Vassalli, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, V, Milano, 1958, 377.

(72) Mazziotti Di Celso, *op. cit.*, 312; Fedele, Sub *art. 23 Cost.*, in *Comm. alla Cost. a cura di Branca*, Bologna, 1978, 26.

data altresì la sostanziale parità che nei rapporti quotidiani lo stato di diritto come tale postula esistente tra Amministrazione e cittadini; inoltre la norma costituzionale, anche se sottoposta a questa limitazione applicativa, sarebbe lo stesso in grado di escludere, a nostro avviso, che il mero contatto qualificato tra paziente e medico o tra insegnante ed allievo, in quanto non considerato dalla legge come tale, possa essere in grado di far nascere un'obbligazione di difesa e protezione dell'altrui persona, rispettivamente in capo al sanitario o al docente, perlomeno nei casi in cui costoro siano dipendenti di pubblici istituti.
Date le mansioni dei medici e degli insegnanti, infatti, questi obblighi di tutela e protezione dei soggetti loro assegnati dalla struttura nosocomiale od educativa da cui dipendono sono a pieno titolo considerabili prestazioni di lavoro che - se non specificate nei rispettivi contratti collettivi od individuali - possono essere imposte solo dalla legge e non certo per il mero fatto del contatto sociale: si tratta infatti di prestazioni lavorative che allargano il novero di quelle cui costoro sono istituzionalmente tenuti (cura delle patologie nel primo caso, insegnamento nel secondo) e che possono essere imposte, in assenza di norma espressa, solo quando ricorrano circostanze eccezionali, necessarie a giustificare l'imposizione di attività lavorative al di fuori di specifiche clausole o disposizioni (73).

b) La libera iniziativa economica: art. 41 Cost.

Altro paradigma costituzionale che a nostro avviso può poi essere utile per sostenere che l'art. 1173 c.c. con la locuzione «altri atti e fatti idonei a generare obbligazione» rimandi a situazioni positivamente previste dalla legge è l'art. 41 Cost. in tema di libera iniziativa economica, norma centrale nel titolo della Carta dedicato ai rapporti economici e dunque essenziale per l'attuazione del disegno politico del Costituenti, funzionale a garantire da un lato l'uguaglianza nelle attività speculative e dall'altro l'utilità generale di ogni atto economicamente rilevante (74).
Se è vero infatti che ogni istituto giuridico e la rispettiva normazione ad esso dedicata costituiscono sempre una disciplina dei fatti economici (75), a noi pare che a maggior ragione ciò sia sostenibile proprio in merito alle obbligazioni ed alla disciplina delle loro fonti, soprattutto nel contesto storico attuale dove l'obbligazione medesima è uno dei principali strumenti di esercizio dell'attività economica e finanziaria.
A tal riguardo, infatti, l'obbligazione è oggi un mezzo a disposizione dei privati e della loro autonomia per esercitare la propria attività speculativa e dunque per perseguire liberamente - nei limiti della legge - i propri fini economici: non ci pare possibile, perciò, far coincidere la libertà di iniziativa economica prevista dall'art. 41 Cost. con la sola attività d'impresa, come pure propone parte della dottrina sulla base di un asserito parallelismo lessicale tra il testo costituzionale e quello della normativa codicistica in tema di imprenditoria, che all'art. 2081 c.c. incentra la nozione di imprenditore sul concetto di "attività economica" (76) come da lui esercitata professionalmente.
A tacere del fatto che appare impropria una così marcata limitazione applicativa di una norma che pare porre un diritto fondamentale (77), peraltro affermata in forza di un errore metodologico quale quello consistente nell'interpretare una norma posta da fonte sovraordinata per il tramite del riferimento ad altra disposizione che però proviene da fonte di rango inferiore ed è entrata in vigore in epoca precedente, a noi pare decisivo obiettare che l'impresa è solo una delle possibili forme di iniziativa economica, forse quella statisticamente principale e maggiormente ricorrente (78), ma di certo non l'unica tra quelle possibili, essendo riscontrabili iniziative umane che pur non assumendo l'organizzazione o la connotazione imprenditoriale, comunque perseguono e raggiungono dei risultati che sono oggettivamente economici impiegando una metodologia di tipo eminentemente speculativo (79), finalizzata allo scambio, alla produzione o alla movimentazione di ricchezza, eventualmente anche in forma professionale (80).
Non basta dunque l'argomento letterale per comprimere le potenzialità applicative dell'art. 41 Cost. anche perché, tra l'altro, questo argomento non tiene conto del fatto che a livello strettamente etimo-

Note:

(73) Mazziotti Di Celso, *Libertà economica e prestazione obbligatoria di lavoro*, in *Giur. cost.*, 1960, 114 ss.

(74) Cavallo-Di Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983, 61.

(75) M.S. Giannini, *Economia (disciplina della)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 274.

(76) Galgano, *Art. 41,* in *Comm. alla Cost.* a cura di Branca, *Rapporti economici*, II, Bologna, 1982, 3.

(77) Pi. Grossi, *Introduzione allo studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 176.

(78) Come nota Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, XXI, 590.

(79) Oppo, *Principi*, in *Tratt. dir. comm.*, I, diretto da Buonocore, Torino, 2001, 42.

(80) Corte Cost. 22 gennaio 1976, n. 17 e 25 marzo 1976, n. 59, in *www.giurcost.org*.

logico la locuzione "iniziativa economica" in essa utilizzata non è riconducibile direttamente e propriamente ad alcuna impiegata nel testo delle norme del codice in tema di impresa (81): deve quindi ritenersi che l'iniziativa economica garantita come libera dalla Costituzione, dunque, si concreta in ogni atto con cui si sceglie il fine economico che si vuole raggiungere nonché, in via consequenziale, anche l'attività (imprenditoriale, ma pure professionale, lavorativa autonoma, o comunque personale e priva di qualunque altra aggettivazione ma dotata come accennato del connotato dell'economicità) per il tramite della quale tale scopo si vuole perseguire e grazie alla quale si auspica il raggiungimento di un qualche risultato che possa considerarsi economicamente vantaggioso (82). Così riferita l'iniziativa economica ad ogni attività produttiva (83), necessariamente vanno considerate manifestazioni sue proprie anche alcune delle espressioni della libertà personale (84) per il tramite delle quali si attuano proprio le finalità di realizzazione di beni e ricchezze, e che sono la libertà contrattuale (85) e la connessa libertà di obbligarsi.
Infatti, l'obbligazione è una forma di cooperazione tra gli uomini che - nella moderna società - è un mezzo utile per la divisione del lavoro e della ricchezza (86) e perciò anche per l'organizzazione della produzione e del consumo (87): da questo punto di vista l'obbligazione è perciò a pieno titolo atto di esercizio di iniziativa economica rilevante nel mercato, soprattutto in quello del credito il quale è, a sua volta, primario presupposto dell'economia in generale, degli scambi e della produzione (88). Se allora l'obbligazione è un mezzo di esercizio dell'iniziativa economica, e ciò non ci pare revocabile in dubbio anche alla luce del fatto che il vigente codice civile ha unificato le discipline civili e commerciali in materia con una estensione alle prime dei principi basilari delle seconde precedentemente regolate nel codice di commercio (89), allora da un lato essa è soggetta nel suo nascere e nella sua dimensione funzionale ai limiti di cui all'art. 41, comma 2, Cost. nonché, dall'altro, alle norme che solo la legge può dettare per funzionalizzare a fini sociali proprio l'iniziativa economica.
In questo senso intesa la questione, allora, è possibile dire che solo la legge può prevedere limitazioni della libertà di iniziativa speculativa: con la conseguenza, per quanto ci interessa, che anche questa norma costituzionale, incidente nei modi che si è visto sul problema delle fonti delle obbligazioni, pare dire che un'obbligazione può nascere, in difetto di accordo tra le sue parti o di fatto illecito, solo per espressa previsione di legge del fatto da cui si origina; se così non fosse, infatti, la violazione dell'art. 41 Cost. interpretato nel senso proposto sembrerebbe evidente.

Ulteriori argomentazioni e conclusioni in merito al significato dell'inciso finale dell'art. 1173 c.c.

Dopo aver esaurito gli indici offerti dalle norme costituzionali, a noi sembra che la nostra tesi che riconduce gli atti e fatti di cui all'art. 1173 ad una necessaria e diretta previsione positiva sia sostenibile anche sulla base dell'impianto normativo del codice civile vigente sistematicamente interpretato.
Se infatti consideriamo la sola altra norma che all'interno del codice nella sua rubrica utilizza il termine "fonti", ovvero l'art. 1387, essa ci dice che la rappresentanza può nascere solo da un atto dell'interessato o dalla *legge:* se poniamo mente alla circostanza a tenore della quale il rappresentante - volontario o legale che sia - è nell'esercizio del suo potere rappresentativo quantomeno *obbligato* ad osservare alcune regole di condotta, quali l'agire nell'interesse del rappresentato (90) e lo spendere necessariamente il no-

Note:

(81) Morbidelli, *Iniziativa economica*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, XVII, 2.

(82) Mazziotti Di Celso, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 151.

(83) Corte Cost. 14 febbraio 1962, 4, in *www.giurcost.org*.

(84) Rispetto alla quale la libera iniziativa economica naturalmente si pone in rapporto di specialità.

(85) Chiarissima sul punto Corte Cost. 23 aprile 1965, n. 30, in *www.giurcost.org*, secondo la quale «l'autonomia contrattuale è strumentale alla libertà di iniziativa economica». In dottrina Belviso, *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione,* in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 151; Abbamonte, *op. cit.*, 191.

(86) Sacco, *Alla ricerca delle origini dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 611.

(87) Mengoni, *Le obbligazioni*, cit., 241.

(88) Relazione al codice civile, n. 555, cit. 115.

(89) S. Caprioli, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, 2008, 157; si vedano altresì sul punto Nicolò, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 240 ss. e Asquini, *Codice di commercio*, *ivi*, 250 ss.

(90) Possiamo argomentare la presenza di obbligazioni in questo senso in capo al rappresentante sia *ex* art. 1394 c.c., che considera invalido e sottopone all'azione di annullamento il contratto concluso da quest'ultimo in *conflitto d'interessi* col rappresentato, sia dall'art. 320 c.c. in tema di rappresentanza legale dei genitori, che al suo terzo comma dispone che il padre e la madre *non possono* (*rectius:* sono obbligati a non) compiere determinati atti che potrebbero essere pregiudizievoli per i figli rappresentati, salvo il ricorrere di circostanze tassativamente elencate. Riguardo alla norma sul conflitto di interessi tra i soggetti del rapporto di rappresentanza, nota Bianca, *Il contratto*, cit., 97, che l'obbligo di curare l'interesse del rappresentato è espressione di

(segue)

me di esso (91), e ciò anche nel caso in cui al rapporto di rappresentanza nato dalla procura non si affianchi un rapporto gestorio nascente ad esempio da un contratto di mandato che obblighi il rappresentante ad agire per conto altrui (92), allora ben si vede come la disposizione dell'art. 1387 c.c. non rimandi, per la nascita della rappresentanza e dei suoi pur limitati effetti obbligatori, ad una generica individuazione di atti e fatti in tal senso rilevanti, ma indichi chiaramente quell'alternativa che nelle pagine che precedono si è cercato di riferire al significato precettivo dell'ultima parte dell'art. 1173 c.c. e che, appunto, consiste nella dicotomia fra atto di volontà e legge. La comunanza tra le espressioni usate nella rubrica dei due articoli, dunque, ci pare che possa essere un valido indice esegetico per interpretare la norma generale sulle fonti delle obbligazioni, che può porsi come valido completamento degli argomenti parimenti interpretativo-sistematici che si è cercato di mutuare dal paradigma costituzionale. Ulteriore spunto a favore dell'interpretazione da noi sostenuta circa l'esegesi dell'ultima parte dell'art. 1173 c.c. è poi rinvenibile nel testo dell'art. 1987 c.c., il quale espressamente dispone che la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori al di fuori dei casi ammessi dalla *legge*. La norma, inserita nel codice al fine specifico di «escludere che la promessa unilaterale di una prestazione possa essere considerata una fonte generale di obbligazioni al pari del contratto» (93), è stata per lungo tempo intesa come norma sull'autonomia privata e - perciò - proprio a garanzia del consenso e dunque della libertà dei privati circa l'obbligarsi o meno provvedendo, col puntuale richiamo alla "legge", a sostenere quel particolare negozio unilaterale che è la promessa, particolarmente debole nel proprio elemento funzionale, prescrivendo che solo nei casi previsti dalla legge essa possa vincolare il promittente e coinvolgere terzi, a prescindere appunto dal loro consenso (94). Vero è che nella dottrina e nella giurisprudenza più recenti è prevalso l'opposto orientamento, che considera fonte di obbligazione non solo i titoli di credito, la promessa di pagamento, la ricognizione di debito, la promessa al pubblico, ma anche ogni altra promessa unilaterale atipica purché sorretta da un interesse meritevole di tutela e a condizione che sia rifiutabile (95): ciò, tuttavia, non toglie che anche all'interno della disposizione posta dall'art. 1987 c.c. il legislatore abbia svolto la sua funzione istituzionale partendo dal presupposto concettuale a tenore del quale in assenza di volontà soltanto la legge - e non il mero fatto - può predisporre obbligazioni civilmente rilevanti. Inoltre ancora, ad un livello più generale di riflessione, a noi pare che non vada obliato il fine ultimo della norma sulle medesime fonti delle obbligazioni, che consiste nella necessità di evitare che un vincolo di tipo obbligatorio possa sorgere in capo ad un soggetto senza che questi a sua volta possa rendersene conto (96): una finalità confermata dalle norme che variamente si riferiscono ai casi in cui un contratto (ad effetti obbligatori, per quanto strettamente pertiene al nostro discorso) sia stato stipulato da un soggetto in stato di incapacità di agire o di incapacità naturale e che considerano tale convenzione affetta da invalidità (97). Anche in tali casi, in-

Note:

(continua nota 90)

un principio generale dell'ordinamento, a tenore del quale il titolare di un potere conferito nell'interesse altrui deve utilizzarlo conformemente a questo interesse, anche quando alla procura non si accompagni un rapporto gestorio, il quale rileva solo per determinare la sussistenza in capo al rappresentante dell'obbligo di compiere l'affare per il quale è stata rilasciata procura. Può dirsi, dunque, che in forza di detta norma il rappresentante è tenuto ad esercitare il proprio potere e la propria legittimazione senza perseguire esclusivamente il proprio interesse, come può evincersi anche dalla norma dell'art. 1395 c.c. in tema di contratto con sé stesso, che vincola il rappresentante a non stipulare il contratto appunto con la sua persona se non in caso di espressa autorizzazione del rappresentato o quando l'affare sia congegnato in modo tale da escludere ogni conflitto d'interessi. In tal senso, come rileva Pugliatti, *Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in diritto privato*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 522 ss., può parlarsi *di un'obbligazione collegata alla funzione e all'ufficio del rappresentante*. Per ulteriori approfondimenti relativi alla posizione di obbligato del rappresentante Papanti Pelletier, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano 1984, 96 ss., ed *ivi* anche per l'esposizione delle opposte tesi che vedono nell'attribuzione del "potere rappresentativo" non una legittimazione rappresentativa in un contesto di doverosità come descritto nel testo, ma come mera "attribuzione di facoltà" (in tal senso, ad esempio, Mirabelli, *Dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1987, 226 ss.).

(91) U. Natoli, *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, XXXVIII, 463-467.

(92) Situazione peraltro assai frequente nella pratica, tanto è vero che viene definita "normale" da Bianca, *Il contratto*, cit., 87. Sui rapporti tra mandato e procura Carpino, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione e la spedizione*, in *I contratti speciali*, *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, Torino, 2008, XIV, 18.

(93) Relazione al codice cit., n. 781.

(94) Spada, Cautio quae indiscrete loquitur: *lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 754.

(95) D'Angelo, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 1996, 193; Castiglia, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 375 ss.; G. FERRI, *Le promesse unilaterali. I titoli di credito*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1972, 8.

(96) L. Tesauro, *Le fonti del rapporto obbligatorio*, in *Le obbligazioni - Diritto processuale e sostanziale*, a cura di Fava, I, *Caratteri generali, adempimento ed inadempimento*, Milano, 2008, 362.

(97) Si consideri ad esempio l'art. 427 c.c., il quale considera annullabili gli atti compiuti dall'interdetto dopo la sentenza di interdizione, e la medesima sorte riserva agli atti di straordinaria am-

(segue)

fatti, chi ha assunto un'obbligazione non poteva rendersi conto della situazione di vincolo che si costituiva rispetto alla sua persona ed al suo patrimonio, con la conseguenza che l'ordinamento - per tutelarlo - appunto ritiene invalido l'atto da cui tale vincolo sorge, attribuendo all'obbligato apposita azione di annullabilità. Se allora in tali ipotesi proprio l'ordinamento ritiene inammissibile che un'obbligazione sorga in capo a soggetti che non sono in grado di rendersi conto del suo venire ad esistenza, per il principio di non contraddizione la stessa situazione non può poi determinarsi in virtù di una lettura della norma sulle fonti *ex* art. 1173 c.c. che finisca per consentirla, ritenendo possibile il sorgere di un vincolo obbligatorio in virtù di atti o fatti che non siano espressamente considerati dalla legge come idonei ad obbligare e che dunque non siano previamente conoscibili (da chi si appresta a compierli o si trova in essi coinvolto) nella loro connotazione obbligatoria e - dunque - cogente.

Alla luce quindi degli argomenti proposti, riteniamo che l'interpretazione da adottare della locuzione «altri atti e fatti idonei ad obbligare in conformità dell'ordinamento» sia assai più restrittiva di quella perorata dall'esegesi tradizionale, richiedendosi che l'atto od il fatto, come anticipato, siano conformi ad una previsione operata dalla legge: la conseguenza di questa impostazione, per quanto concerne l'oggetto specifico del presente lavoro, è che il mero fatto del contatto sociale tra due soggetti esclude - a rigore - che da esso possa originarsi un vincolo obbligatorio, data l'insussistenza di disposizioni che prevedano appunto il mero elemento fattuale del contatto come fonte di qualsivoglia obbligazione (98).

Su queste basi, pertanto, occorrerebbe indagare se le ipotesi di responsabilità da contatto qualificato considerate dalla giurisprudenza come altrettante situazioni di responsabilità da inadempimento di obbligazioni protettive da tale contatto nate possano invece fondarsi su una qualche espressa previsione di obblighi (non secondari, ma primari e) di prestazione operata dalla legge, ed essere quindi comunque ricondotte, in caso di loro inadempimento totale o parziale, all'art. 1218 c.c., più vantaggioso dell'art. 2043 c.c. per coloro che agiscono al fine di veder risarcito il danno subito.

Che la legge, infatti, possa essere essa stessa fonte di obbligazioni, prevedendo doveri specifici in capo a determinati soggetti che si trovino in una data situazione fattuale (99) è ormai pacifico (100): se il legislatore è chiamato a svolgere la sua funzione nei limiti della Costituzione, ed anzi in chiave attuativa di alcuni valori da essa previsti o - nell'epoca presente - di principi posti da direttive della Comunità Europea, è infatti del tutto coerente che egli svolga il suo compito anche stabilendo, per determinate categorie di soggetti che si ritrovino in una data condizione e fatto salvo il limite della generalità ed astrattezza delle disposizioni, degli obblighi di condotta (101) i quali, se violati, danno luogo appunto a responsabilità da inadempimento (102) non di obblighi accessori di protezione, ma di doveri specifici e primari di prestazione.

Note:

(continua nota 97)

ministrazione compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore; si consideri altresì l'art. 428 c.c., che per l'ipotesi di contratto stipulato da persona che - sebbene non interdetta o inabilitata - sia incapace d'intendere e di volere prevede pur sempre l'annullabilità, sia pure a condizione che vi sia malafede dell'altro contraente, in quanto come si afferma in giurisprudenza (Cass. 26 maggio 2000, n. 6999, in *Giust. civ.*, 2000, 1128 ss.; Cass. 8 agosto 1997, n. 7344, *ivi*, 1997, 1366) in tali casi la situazione dell'agente è tale che gli impedisce una seria valutazione non solo del contenuto, ma anche e soprattutto degli *effetti obbligatori* del negozio giuridico.

(98) La stessa dottrina che pure ha sostenuto la capacità del contatto sociale di generare obbligazione ha indirettamente smentito, in altro suo lavoro, tale affermazione: infatti, in Castronovo-Realmonte, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative del diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni,* in *Jus*, 1996, 87 ss. si legge che «*tutte le obbligazioni nascono dalla legge*», purché essa preveda *espressamente* un fatto cui si possa riconnettere il generarsi dell'effetto obbligatorio.

(99) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* III, *Fonti delle obbligazioni. Contratti*, Firenze, 1925, 2, che ravvisa in tale elemento fattuale la necessaria mediazione tra la previsione legale dell'obbligo ed il suo effettivo sorgere in capo a soggetti determinati; analogamente Scuto, *Le fonti delle obbligazioni secondo le varie classificazioni e la classificazione del nuovo codice civile*, Napoli, 1953, 148 ss.

(100) Anche il dato normativo depone in tal senso: si consideri infatti l'art. 61 della l. 31 maggio 1995, n. 218, rubricato «*obbligazioni nascenti dalla legge*», il quale stabilisce che la gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa, il pagamento dell'indebito e le *altre obbligazioni legali*, non diversamente regolate dalla presente legge, sono sottoposti alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione.

(101) Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2004, 2.

(102) Valido esempio di quanto sostenuto nel testo a nostro avviso è rinvenibile all'interno del c.d. "Codice del consumo" (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206): l'art. 1 espressamente afferma che il legislatore, *nel rispetto della Costituzione e in conformità ai trattati comunitari,* ha posto la disciplina consumeristica che riteneva essere la più adatta alla regolazione degli scambi tra professionista e consumatore; ed ancora, in connessione con questa norma, quella dell'art. 5, comma 2, stabilisce che le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, *devono* essere - tra le altre cose - espresse in modo chiaro e comprensibile. La legge, dunque, ha posto così un *obbligo* di chiara comunicazione in capo a tutti coloro che assumono la posizione di professionista ed a salvaguardia dei diritti del consumatore. È conseguente, in questo come in tanti altri casi consimili, che se un obbligo siffatto viene inadempiuto, la sanzione sarà quella della responsabilità "contrattuale".

Responsabilità sanitaria

Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione

di **Luca Nocco** (*)

Il presente contributo, che costituisce una sintesi di una ricerca più estesa (1), mira ad evidenziare i numerosi profili di contatto emergenti dall'esperienza più recente, con particolare riferimento alla responsabilità sanitaria, fra il tema del nesso di causalità ed obiettivi di "politica del diritto", i quali hanno reso il nesso eziologico un elemento particolarmente "elastico" della fattispecie di responsabilità che consente, meglio di altri, di compiere decisioni allocative di interessi.

Sintesi generale

Il tema della causalità, i cui «molti volti» (2) sono perennemente a cavallo fra il diritto, la filosofia e la scienza, fra il diritto civile e il diritto penale, fra la norma giuridica e la politica del diritto, è unanimemente considerato «fra i più ardui» del diritto penale (3), nonché il «profilo più tormentato di tutta la problematica della responsabilità civile» (4).

Se guardiamo al tema in una prospettiva di comparazione, notiamo che anche uno dei principali testi di *common law* contrappone un «*contemporary writing on causation in the law*» ed un «*traditional approach*», sostenendo che ampia parte del primo sia «*a literature of revolt against an older conception of the character of those issues which courts discuss and decide in causal terminology so often with an accompanying cloud of metaphors*» (5).

Tutto ciò indica che una delle caratteristiche dell'argomento è la tendenza ad avere bisogno di schemi sempre nuovi o, se si vuole, l'allergia alle certezze.

Nel presente lavoro si intende approfondire il tema del nesso di causalità come strumento di tutela della salute e di allocazione dei costi, con particolare riferimento alla responsabilità sanitaria (6).

Anticipandone parzialmente le conclusioni, possiamo sin d'ora sottolineare che la chiave di lettura del nesso eziologico moderno, che si ritiene essere la più fedele per comprenderne le applicazioni giurisprudenziali, è stata individuata nella politica del diritto o, come si dice mutuando un'espressione anglosassone, "*policy*" (7).

Essa si manifesta, come si vedrà, attraverso la crescente divaricazione fra responsabilità civile e penale, la risarcibilità della perdita di *chance* di guarigione, l'adozione di livelli probabilistici ridotti e l'inversione dell'onere della prova del legame causale e, per certi versi, ha progressivamente condotto ad un'inarrestabile perdita di centralità del nesso eziologico.

L'ambito d'indagine: la responsabilità sanitaria attraverso le recenti evoluzioni giurisprudenziali ed il nesso causale come veicolo della cernita degli interessi

La scelta di calare l'indagine nel campo della re-

Note:

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

(1) L. Nocco, *Il "sincretismo causale" e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, XXXIV-390.

(2) Così R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 1 ss.

(3) F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, VII.

(4) G. Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 88.

(5) H.L.A. Hart-T. Honoré, *Causation in the law*, 2nd ed., Oxford, 1985, 88.

(6) Fra i numerosi interventi sul nesso di causalità in responsabilità sanitaria si vedano, di recente, G. Iadecola, *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Giur. merito*, 2010, 2057 ss. e A. Fiori, *Ipotesi di linea guida per l'accertamento medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 405 ss.

(7) In questa sede, per comodità espositiva, si adotta la nozione di *policy* fatta propria da Duncan Kennedy in *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*, Cambridge, Mass., 1997, 109, ossia una *policy* «*in its broad sense, which includes all nondeductive factors*».

sponsabilità sanitaria è motivata non solo dalla particolare complessità della materia trattata e dalla compresenza di almeno tre diversi approcci metodologici alla causalità (civilistico, penalistico e medico legale), ma anche dalla straordinaria effervescenza che ha caratterizzato in questo campo l'evoluzione giurisprudenziale e che ha reso la responsabilità sanitaria un vero e proprio "laboratorio" per soluzioni giuridiche suscettibili di essere successivamente esportate in altre situazioni (8).

Non è casuale, infatti, che sia proprio questo il settore ove i fermenti giurisprudenziali e dottrinali sono maggiori, a partire da quel consolidato indirizzo che, com'è stato detto, aveva condotto dalla «valorizzazione» alla «vaporizzazione» (9) del nesso eziologico, sino alla «fortissima accelerazione» (10) impressa dalla sentenza Franzese (11).

Come noto, nelle cause di responsabilità sanitaria, a partire da oltre tre decenni, una consolidata tendenza aveva sostituito al criterio della certezza quello della probabilità, precisando che «il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza quanto serie ed apprezzabili possibilità di successo» (12).

Questa formula, con la quale si veicolava una visione della causalità appiattita sul versante dell'accertamento statistico, è stata tralaticiamente seguita dalla giurisprudenza per quasi un ventennio, giungendo, di fatto, ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 40 c.p. (13).

Ciò che ha indotto la giurisprudenza italiana a mutare decisamente rotta rispetto alle modalità di accertamento del nesso eziologico consolidate fino alla metà degli anni '70 è stata la necessità di fornire una risposta alla crescente richiesta di giustizia da parte dei soggetti danneggiati dalle attività sanitarie: posto che la difficoltà di accertamento del nesso causale costituiva all'epoca uno dei più grossi ostacoli all'estensione della sfera della responsabilità (14), la strada battuta dall'ordinamento è stata costituita dall'abnorme dilatazione dell'uso della probabilità statistica sulla probabilità logica, unitamente all'abbassamento della percentuale probabilistica richiesta.

Dall'analisi comparativa, del resto, emerge una convergenza fra gli ordinamenti europei nell'introduzione per via giurisprudenziale di agevolazioni nella prova del nesso causale a vantaggio dei pazienti danneggiati (15). Talvolta, ad esempio, tali agevolazioni sono consistite nell'abbassamento della percentuale probabilistica richiesta (16), talaltra nell'applicazione della *res ipsa loquitur rule* in caso di colpa grave o di violazione di «*safety standard*» (17), oppure ancora nella perdita di *chance* (18), ed in generale in quella che è stata definita «*relaxation of cause-in-fact*» (19).

Attraverso gli strumenti giuridici sopra elencati si è cercato, fra l'altro, di "punire" più severamente condotte particolarmente significative sul piano della

Note:

(8) Si veda, sul punto, l'analisi comparativa di L. Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Oxford-Portland, Or., 2006, 1 ss. Nel senso qui descritto, di recente, si veda anche C. Viazzi, *L'accertamento del nesso causale: ruolo della medicina legale e ricostruzione giuridica del fatto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 33.

(9) M. Barni, *Dalla valorizzazione scientifica alla vaporizzazione giurisprudenziale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 1021.

(10) R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, 1.

(11) Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in questa *Rivista*, 2003, 195, con commento di S. Cacace, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale*.

(12) Cass. 12 maggio 1983, n. 4320, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 871, *ex multis*.

(13) Cfr., *ex multis*, B. Di Vito, *Le Sezioni unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità del medico*, in *Corr. giur.*, 2003, 356. Sull'abbandono della teoria condizionalistica, di recente, M. Donini, *Il garantismo della* condicio sine qua non *e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 ss., spec. 531 ss.

(14) Su tale aspetto, di recente, R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 278 ss.

(15) Per un'analisi comparativa delle agevolazioni probatorie in favore del paziente danneggiato si vedano A. Ciatti, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, Padova, 2002, 67 ss. e L. Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, cit., 57 ss., nonché L. Klesta Dosi, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, 297 ss. Più in generale, in realtà, come nota E.S. Knutsen, *Ambiguous Cause-in-Fact and Structured Causation: A Multi-Jurisdictional Approach*, *38 Tex. Int'l L.J.* (2003) 249, 262 ss., tale affinità ha riguardato tutti i settori della responsabilità civile, traducendosi in agevolazioni probatorie per il soggetto danneggiato nei casi in cui fosse impossibile o particolarmente difficile la prova diretta del nesso causale.

(16) Cfr. H. Koziol, *Austrian Report*, in M. Faure-H. Koziol (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wien-New York, 2001, 73 s. e H. Hausheer, *Swiss Report*, *ibidem*, 216. Nel senso che il criterio probatorio del "più probabile che non" costituisce uno strumento per ridurre i problemi probatori degli attori, R. Goldberg, *Causation and Risk in the Law of Torts. Scientific Evidence and Medicinal Product Liability*, Oxford-Portland, Or., 1999, 7.

(17) C. Stolker-S. Slabbers, *Dutch Report*, in M. Faure-H. Koziol (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, cit., 157.

(18) B. Winiger-H. Koziol-B.A. Koch-R. Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law. Vol. 1: Essential Cases on Natural Causation*, Wien-New York, 2007, 548 ss. e L. Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability*, cit., 93 ss.

(19) R. Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, *70 Cal. L. Rev.*, 881 (1980).

colpevolezza, o di conferire una tutela più intensa ai beni giuridici della vita e della salute lesi dalla presunta *malpractice*, in linea con la radicata tendenza a commisurare la tutela all'importanza del bene giuridico leso (20). Inoltre, di frequente hanno avuto un'influenza sull'accertamento del nesso eziologico anche aspetti come le voci di danno di cui si chiede il risarcimento, la natura della responsabilità, la gravità della lesione, il bene giuridico leso, il numero dei danneggianti o delle vittime (21).
Si evidenza, dunque, in primo luogo, la fungibilità, fra quelli sopra citati, dello strumento prescelto, ossia la flessibilizzazione del nesso causale, rispetto allo scopo perseguito dell'estensione della tutela risarcitoria. Ne deriva, inoltre, che il nesso causale, sotto questo versante, è sottoposto ad influenze analoghe a quelle che caratterizzano gli altri elementi della fattispecie di responsabilità.
Emerge, pertanto, una prima prova del fatto che l'accertamento del nesso eziologico possa essere impiegato nel perseguimento di obiettivi di politica del diritto, nel caso di specie la tutela ampia ed esaustiva del paziente, che pure sono *prima facie* estranei alla nozione "pura" di causalità.

Il nesso di causalità "elastico"

Alla luce delle contaminazioni cui è esposto, dunque, si inizia a delineare un'immagine del nesso causale che può ben essere definito elemento "elastico" della fattispecie di responsabilità, il quale consente ai giudici di compiere, con una sfera di discrezionalità sovente più ampia di quanto permettano gli altri elementi della fattispecie di responsabilità, decisioni allocative di interessi, come conferma l'estrema diversità fra le percentuali probabilistiche richieste per lungo tempo dalla giurisprudenza (22).
Nel campo oggetto della nostra indagine, in particolare, si riscontra una tendenza al passaggio da un approccio più "scientifico" (e rigido), di cui è espressione la teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche, ad uno più "giuridico-normativo" (ed elastico), in cui alla forza esplicativa della scienza si sostituiscono la ragionevolezza e la credibilità (23).
Alcuni echi si riscontrano nei casi giurisprudenziali di distruzione della documentazione clinica necessaria alla prova (24), oppure in caso di responsabilità per nascita indesiderata, in cui è evidente che non è possibile la prova diretta della circostanza che, resa edotta delle malformazioni fetali, la gestante avrebbe interrotto la gravidanza.
A tale riguardo, la soluzione prospettata dalla Cassazione italiana, evidentemente in deroga rispetto all'ordinario riparto degli oneri probatori, è stata «assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto», sicché è possibile «postulare in questa situazione il nesso di causalità senza discutere il punto» (25).
Ancora una volta si può verificare che, al fine di estendere la sfera della responsabilità, il ragionamento allocativo condotto dalla giurisprudenza è stato veicolato attraverso il nesso causale (e la sua prova).
Si noti, tuttavia, che la stessa Cassazione ha più recentemente sostenuto l'opposto principio in virtù del quale può riconoscersi un risarcimento a titolo di lesione del diritto all'effettuazione dell'interruzione di gravidanza solo quando la donna dimostri «che essa avrebbe effettivamente esercitato il diritto all'interruzione, se fosse stata esattamente informata dal medico sulle malformazioni del feto» (26).
Tale scelta, peraltro, non solo ha specifici presupposti, ma soprattutto determina rilevanti conseguenze di natura "politica".
Infatti, avendo negato per difetto di prova il risarcimento a titolo di *wrongful birth*, e non concependo la possibilità di esperire azione risarcitoria per *wrongful life*, la Cassazione in tale sentenza è stata costretta a ricorrere ad un accertamento alquanto frettoloso del

Note:

(20) Ad esempio, anche i *Principles of European Tort Law* (European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien-New York, Springer, 2005) graduano lo "*scope of protection of an interest*" alla luce della sua natura, di modo che "*the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection*" (art. 2:102, par. 1).

(21) Cfr. J. Spier, Causation, in European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, cit., 46, n. 10.

(22) Se ne veda l'esposizione ragionata fatta da R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 74 ss. e 268 ss. e da A. Sereni, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, 260 ss.

(23) Cfr. di recente K. Summerer, *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della* condicio sine qua non, in *Ind. pen.,* 2011, 87 ss.

(24) App. Firenze 7 giugno 2000, in questa *Rivista*, 2001, 297 ss., con commento di U. Izzo, *Il danno da contagio post - trasfusionale come "danno evidenziale"? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, Cass. 13 settembre 2000, n. 12103, in *Arch. civ.*, 2000, 1213 ss. e Trib. Venezia 10 maggio 2004, in questa *Rivista*, 2005, 426 ss., con osservazioni di F. Agnino, *Non fidarsi è meglio: responsabilità da cartella clinica "reticente"*.

(25) Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in questa *Rivista*, 2002, 1148.

(26) Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in questa *Rivista,* 2009, 1167, con nota di S. Cacace, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale.*

nesso eziologico, la cui sussistenza è stata demandata alla sola probabilità astratta, sulla scorta della nota distinzione, sulla quale si dirà successivamente, fra i principi probatori applicabili al processo civile ("più probabile che no") e quelli applicabili al giudizio penale ("oltre ogni ragionevole dubbio").
L'uso "politico" della causalità, in tale sentenza, diviene dunque a mio avviso ancor più evidente rispetto a quanto lo fosse in adesione al precedente orientamento.

Dalla certezza alla probabilità del nesso causale: le "contraddizioni" della Cassazione

Riprendendo l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale italiana in tema di nesso causale e responsabilità sanitaria, peraltro nota, a partire dalla fine degli anni '90, la giurisprudenza di legittimità ha iniziato a pretendere requisiti più stringenti per l'accertamento del nesso di causalità, sino ad arrivare al *revirement* della già richiamata sentenza Franzese.
Tale intervento ha sottolineato due aspetti essenziali, ossia il definitivo rigetto della ricostruzione che legittima «un affievolimento dell'obbligo del giudice di pervenire ad un accertamento rigoroso della causalità» e, in secondo luogo, l'abbandono dell'«irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale» (27), attraverso la sostituzione del paradigma della probabilità statistica astratta con la probabilità logica.
D'altro canto, ciò rischia di spostare il problema, com'è stato efficacemente detto, sebbene in un contesto parzialmente diverso, «*from science to evidence*» (28), trasformando il problema causale in una questione di accertamento probatorio, come, del resto, ha confermato la giurisprudenza di legittimità che, coerentemente con la natura - ritenuta ormai unanimemente contrattuale - della responsabilità sanitaria, ha sancito l'inversione dell'onere della prova della causalità (29).
Successivamente, la sentenza della Cassazione civile n. 4400/2004 (30), avendo adottato, a nostro avviso, uno *standard* probatorio tendenzialmente elevato, con l'inevitabile contrazione del nesso eziologico civilisticamente rilevante, ha dovuto ricorrere all'utilizzo del danno da perdita di *chance* di sopravvivenza o di guarigione in un settore, come quello della responsabilità sanitaria, laddove esso, sino ad allora, non aveva trovato applicazione, perlomeno in Italia.
L'innalzamento degli *standard* probatori, infatti, nel disegno della Cassazione, onde evitare un eccessivo restringimento della tutela riparatoria, veniva "compensato", per così dire, mediante il ricorso al danno da perdita di *chance*, attraverso il quale s'introduceva una clausola d'abbattimento del *quantum*.
Si può dire, quindi, che la Cassazione civile, ancorché sotto voce, abbia tentato di suddividere il rischio, irriducibilmente insito nell'attività sanitaria, fra gli agenti istituzionali coinvolti, ripartendo la responsabilità ed il relativo obbligo risarcitorio fra danneggiante e danneggiato, perlomeno nei casi in cui non vi sia un'assoluta certezza sull'attribuzione dell'evento (31).
Tale percorso logico è poi diventato manifesto con una successiva pronuncia, nella quale la Corte ha esplicitamente richiamato la perdita di *chance* come lo strumento più adatto, «nelle situazioni caratterizzate dal più probabile che non, ma anche da una non eliminabile porzione di incertezza, [per] distribuire il peso del danno tra le parti in misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente (cfr. Cass. 16.1.2009, n. 975)» (32).
In seguito, alcune sentenze della Cassazione civile hanno tuttavia avviato un processo di scostamento dai principi, ora descritti, in materia di accertamento del nesso causale e perdita di *chance*, sancendo il principio per cui nel diritto civile «la verifica probabilistica si arresta su soglie meno elevate di accertamento controfattuale» (33).

Note:

(27) R. Blaiotta, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi colposi singoli*, in *Cass. pen.*, 2002, 1179.

(28) J. Sanders, *From Science to Evidence: The Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, *46 Stan. L.R.* (1993) 36 ss. Per analoghe considerazioni, si vedano R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 598 e A. Sereni, *Causalità e responsabilità penale*, cit., 233 ss.

(29) Cfr. Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, con nota di R. De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*.

(30) Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in questa *Rivista*, 2005, 45, con commenti di M. Feola, *Il danno da perdita di* chances *di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, e L. Nocco, *La "probabilità logica" del nesso causale approda in sede civile*.

(31) In questo condivisibile senso B. Tassone, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in questa *Rivista*, 2009, 543 e Id., *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile. Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, 237 ss.

(32) Cfr. Cass. 14 giugno 2011, n. 12961, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2039, con nota di G. Miotto, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della "possibilità" (o "probabilità") dal contenuto della perdita di* chance *di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*.

(33) Cfr. Cass. 19 maggio 2006, n. 11755, in questa *Rivista*, 2006, 1238 ss., con commento di L. Nocco, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica: la Cassazione civile fa retromarcia* e Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in questa *Rivista*, 2008, 43, con commento di R. Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*.

In questo modo, tuttavia, si è operata una contraddizione rispetto all'obiettivo di distribuzione del rischio che prima si è esposto e che ci sembrava evidente nella scelta di risarcire il danno da perdita di *chance* di guarigione o di sopravvivenza.
Alla luce di tale nuovo orientamento, e coerentemente con esso, la Cassazione, attraverso un gruppo di dieci pronunce, rese in pari data dalla Sezioni unite civili in tema di danno da emotrasfusioni, ha poi affermato a chiare lettere l'inversione dell'onere probatorio in materia di legame causale (34).

Il nesso eziologico "frammentato"

Lo spostamento degli equilibri fra le parti processuali provocato prima dalle sentenze che hanno ammesso lo *standard* probatorio del "più probabile che no" e poi da quelle che hanno introdotto una regola di inversione dell'onere probatorio del nesso causale è evidente.
C'è inoltre da considerare che tali tendenze, che evidentemente rafforzano la "contaminazione" dell'accertamento causale con valutazioni "politiche", rendono definitivamente intelligibile la venuta meno di una nozione unica di causa, sostituita da un concetto "flessibile", volta a volta mutato dalla giurisprudenza, in relazione anche al contesto di riferimento, per raggiungere gli obiettivi di allocazione prefissati (35).
Ci si potrebbe aspettare, infatti, che la presunzione del nesso causale sia stata adottata dalla Cassazione anche in altri contesti, analoghi alla responsabilità sanitaria perché caratterizzati vuoi da un'asimmetria informativa fra le parti in gioco (36), vuoi dall'oggettivizzazione della responsabilità, vuoi dalla lesione di identici beni giuridici (vita e salute) (37).
Eppure, tale analogia non è riscontrabile, ad esempio, nella giurisprudenza di legittimità in materia di art. 2051 c.c., laddove la Cassazione non solo ha anche recentemente continuato a far gravare sul danneggiato il rischio della causa ignota, ma ha addirittura richiesto che la prova della causalità venga fornita con certezza (38).
Altrettanto è a dirsi, inoltre, nel settore della responsabilità del datore di lavoro per esposizione a sostanze morbigene, laddove la Suprema Corte, ad oggi, è rimasta ferma nel gravare il lavoratore dell'onere di provare il nesso di causalità tra attività professionale e malattia contratta siccome «trattandosi di azione esperita nei confronti del datore di lavoro non è operante alcuna presunzione di nesso eziologico» (39).
Infine, un ulteriore "spezzettamento" del nesso causale si riscontra in un inciso di una recente sentenza della Cassazione (40), laddove la Suprema Corte ha distinto fra la responsabilità aquiliana e la responsabilità contrattuale ai decisivi fini del riparto degli oneri probatori, precisando che, mentre nell'un caso l'onere probatorio grava sul danneggiato, nella responsabilità contrattuale «il giudice, in ossequio alla diversa distribuzione degli oneri probatori, esaminerà, da un lato, l'allegazione, da parte del creditore/danneggiato, dell'idoneità della condotta (commissiva od omissiva) alla produzione dell'evento di danno, dall'altro, la eventuale prova positiva, fornita dal debitore/danneggiante, della causa non imputabile, e cioè di un fatto sufficientemente certo che inequivocabilmente escluda in radice il nesso etiologico».

Note:

(34) Cfr., per tutte, Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

(35) Una prova è la "riscoperta" della teoria dell'imputazione obiettiva da parte dei penalisti, sulla quale di recente si veda K. Summerer, *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della condicio sine qua non*, cit., 95 ss.

(36) Come richiesto dalla Cassazione allorché, nel 2004 (Cass. 19 maggio 2004, n. 9471; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in questa *Rivista,* 2005, 23, con commento di R. De Matteis, *La responsabilità medica ad una svolta?*) ha gravato il sanitario dell'onere della prova dell'assenza di colpa in virtù della maggiore vicinanza dello stesso al *thema probandum*.

(37) Analoghe riflessioni in C. Viazzi, *L'accertamento del nesso causale: ruolo della medicina legale e ricostruzione giuridica del fatto*, cit., 38.

(38) Cfr. Cass. 19 aprile 2010, n. 9259, in questa *Rivista,* 2011, 293, con nota di P. Laghezza, *Causalità probabile e non: l'incendio di proprietà limitrofe*.

(39) Cass., sez. lav., 7 maggio 2008, n. 11144, in questa *Rivista*, 2008, 922. Una parziale eccezione è costituita dalle sentenze in materia di responsabilità datoriale per le patologie asbesto-correlate (si vedano, sul punto, R. Blaiotta, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass. pen.,* 2006, 797 ss. e N. Coggiola, *Nesso di causalità e colpa nel danno da amianto. Le esperienze italiana e inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, spec. 391 ss.), laddove, peraltro, non si può parlare di inversione dell'onere della prova del nesso causale, ma piuttosto di abbassamento della percentuale probabilistica richiesta e di largo ricorso alle presunzioni.

(40) Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, in questa *Rivista*, 2012, 149, con nota di L. Nocco, *Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile* revirement *della Cassazione*; in *Corr. giur.*, 2011, 1672, con nota di M. Bona, *La Cassazione rigetta il "modello della causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 180, con nota di R. Pucella, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*; in *Resp. civ.*, 2012, 16, con nota di S. Pellegrino, *Incertezza sul nesso di causalità: il dibattito in corso tra i giudici della Cassazione*.

Nesso causale e responsabilità proporzionale

Comunque si assesti la giurisprudenza in merito alla questione della ripartizione degli oneri probatori in tema di nesso eziologico, ci pare peraltro che essa non determinerà altro che un trasferimento del rischio insito nelle attività sanitarie.
Inoltre, l'eventuale generalizzazione dell'inversione dell'onere della prova del nesso di causalità non risolverebbe i problemi causati dalla regola dell'"*all-or-nothing*" che, almeno sinora, ha presieduto la ripartizione delle conseguenze dannose delle condotte umane.
Com'è noto, infatti, tradizionalmente la suddetta regola operazionale - il cui corrispondente a livello di regola probatoria è il sopra descritto "più probabile che non" - prevede la fissazione di una soglia (per comodità espositiva possiamo riferirci ad un ipotetico 50,01 per cento), oltre la quale parte attrice ottiene l'intera posta risarcitoria ma sotto la quale la medesima resta priva di alcun ristoro pecuniario.
Orbene, tale *modus procedendi* sembra a chi scrive essere la negazione sia della visione condizionalistica del nesso casuale (41), sia dell'approccio scientifico alla causalità, non esistendo ad oggi strumenti scientifici idonei a distinguere percentuali così ravvicinate come sono 50,01 e 49,99 per cento (42).
Tale regola è stata messa in discussione alla luce del principio di precauzione (43), essendo stato evidenziato che il nesso di causalità potrebbe svolgere un ruolo di selezionatore delle conseguenze risarcibili delle condotte, garantendo la commisurazione della responsabilità all'efficienza causale della condotta (44), tanto più che, nella responsabilità sanitaria, l'errore medico solitamente va ad incidere su un quadro clinico già precario (45).
Un importante passo in tal senso era stato effettuato da un pronuncia della Corte di Cassazione la quale, ribaltando il proprio precedente e consolidato orientamento, aveva asserito che, «qualora la produzione dell'evento dannoso risalga, come a sua causa, alla concomitanza di una azione dell'uomo e di fattori naturali (i quali ultimi non siano legati alla prima da un nesso di dipendenza causale) non si può accogliere la soluzione della irrilevanza di tali fattori» (46).
La statuizione sopra menzionata, sebbene accolta in maniera non uniforme dai primi commentatori (47), prometteva di aprire una nuova stagione nell'accertamento del nesso causale, dando finalmente sfogo all'esigenza di commisurazione dell'obbligo risarcitorio all'effettiva efficienza causale della condotta del danneggiante ed evitando l'uso di strumenti, come la perdita di *chance*, che, sebbene apertamente funzionalizzati a perseguire il medesimo obiettivo, appaiono meno idonei e meno corretti su un piano metodologico e di sistema.
Con alcune più recenti sentenze (48), tuttavia, la stessa Corte è tornata sull'argomento, giungendo, peraltro, ad esiti radicalmente difformi e, a nostro avviso, assolutamente non condivisibili sul piano teorico (49); peraltro, dal punto di vista pratico, le due statuizioni ci pare giungano a conclusioni sostanzialmente equivalenti laddove anche la più re-

Note:

(41) Cfr. anche R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 431.

(42) Come nota A. Fiori, *La causalità nelle malattie professionali (Parte Seconda)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 17 s., «il frequente riferimento che si legge, in dottrina e nelle sentenze (ad esempio nella causalità civile), a valori superiori al 50%, è arbitrario, perché, lo ripetiamo, queste percentuali non sono di fatto calcolabili con metodo scientifico».

(43) European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, cit. e, nella letteratura italiana, G. Comandé, *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in Id. (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, 66.

(44) Per tutti, F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, 136 ss. e, più di recente, A. Gnani, *Commento* sub *art. 2055*, in *Commentario al codice civile Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2005, 171 ss. e R. Pucella, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, 151 ss.

(45) In realtà, è proprio «l'idea binaria della causalità condizionalistica, l'essere o non essere, il tutto o il nulla» che «rischia di non cogliere il senso delle cose», come nota R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 4 s.

(46) Cass. 16 gennaio 2009, n. 975 in *Resp. civ. prev.*, 2010, 375, con nota di G. Miotto, *Il "difficile" concorso di cause naturali e cause umane del danno*, in *Corr. giur.*, 2009, 1653, con nota di M. Bona, *"Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*, ed in *Foro it.*, 2010, I, 1002, con nota di B. Tassone, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*. Si vedano, inoltre, sulla scia della suddetta pronuncia, Trib. Terni 2 luglio 2010, in questa *Rivista*, 2011, 419, con commento di S. Barbaro, *Responsabilità del sanitario e logica dell'*apportionment of liability e postilla di B. Tassone, *Note minime in punto di ripartizione di responsabilità, perdita di* chances *e protezione della vittima* e App. Torino 15 aprile 2009, in questa *Rivista*, 2009, 1214, con nota di G.M.D. Arnone, *Accertamento del nesso di causa e criterio probabilistico*.

(47) In senso favorevole si vedano G. Miotto, *Il "difficile" concorso di cause naturali e cause umane del danno*, cit., 375 ss. e B. Tassone, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*, cit., 1002 ss. In senso contrario, invece, M. Bona, *"Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*, cit., 1653 ss.

(48) Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit. e Cass. 12 giugno 2012, n. 9528, in www.lider-lab.org, riguardante una questione in materia di r.c. auto e che sembra del tutto ignorare il dibattito intercorso fra le due citate sentenze della stessa III sezione del 2009 e del 2011.

(49) Si veda però in senso parzialmente contrario D. Zorzit, *Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della Cassazione*, in questa *Rivista*, 2012, 511 ss.

cente sentenza ammette la necessità di tenere in considerazione, ai fini della quantificazione dell'obbligo risarcitorio, le eventuali preesistenze del danneggiato (50).
Resta da esaminare, in ogni caso, il problema della valutazione dell'incidenza dei fattori causali naturali ai fini della quantificazione del danno risarcibile, che anche la sentenza del 2009 della Cassazione affrontava solo marginalmente, trincerandosi dietro il potere di quantificazione equitativa del giudice previsto dall'art. 1226 c.c.
Al riguardo, se il mero richiamo alla quantificazione equitativa non pare corretto né appagante (51), d'altro canto tale operazione non sembra poter essere neanche operata semplicemente con un rinvio alla scienza. Come già da tempo ricordato da autorevole dottrina medico legale, infatti, «il progresso tecnologico bio-medico nel settore della semeiotica (cioè nella ricerca dei sintomi) è divenuto tale che a monte di un caso patologico è sempre più frequente il rinvenimento di più fattori etiologici di diversa qualità e quantità» (52). In questo senso, è stato notato (53), la recente scoperta del genoma umano sta permettendo di riconoscere l'origine ereditaria di patologie la cui insorgenza in passato era erroneamente attribuita ad esclusivi fattori esogeni (54).
La scienza, e la consulenza tecnica attraverso la quale la prima entra nel processo, pertanto, costituiscono sempre meno strumenti efficaci di accertamento e di imputazione degli eventi e questo rende difficile effettuare un accertamento così complesso come quello dell'incidenza percentuale della concausa naturale (55).
È dunque probabile, anche per questo motivo, che si moltiplichino gli spazi per una valutazione, per così dire, "*policy-oriented*" delle concause che, nella ripartizione delle conseguenze pregiudizievoli fra concause umane e concause naturali, lasci ampio spazio a considerazioni di opportunità da parte del giudicante.

La *policy* come criterio di lettura del nesso eziologico

La tendenza a contaminare l'accertamento causale con valutazioni di politica del diritto, che si è visto essere spesso presente nelle sentenze, è certamente favorita dalla tesi che ritiene astrattamente compatibile il dettato normativo con qualsiasi teoria causale (56). Ciò agevola, infatti, i tentativi ricostruttivi di chi ritiene possibile avere fenomenologie volta a volta diverse della nozione di causa e conferma l'autorevole monito a rinunciare «all'arbitrario presupposto che il problema della causalità giuridica sia unitario e debba necessariamente venire risolto con una formula semplice e unitaria» (57).
La flessibilità e l'incompletezza da cui sono caratterizzate praticamente tutte le teorie causali (58), comprese quelle apparentemente più oggettive e "scientifiche", poi, contribuisce a sua volta a rendere il nesso eziologico un ambito particolarmente adatto ad estendere o restringere la responsabilità in relazione alle circostanze del caso concreto (59) ed alle esigenze allocative (60).

Note:

(50) Cfr. R. Pucella, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit., 195 e D. Zorzit, *Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della Cassazione*, cit., 512 ss.

(51) Cfr. *amplius* R. Pucella, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit., 191 s.

(52) F. Introna, *Il problema della causalità tra diritto e medicina*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 7 s.

(53) A. Fiori, *La causalità nelle malattie professionali (Parte Prima)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 781 s.

(54) Vi è poi l'ulteriore esempio del mesotelioma pleurico, del quale, a quanto ricorda O. Di Giovine, *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 163, fino a poco tempo fa si riteneva che l'unica causa possibile fosse l'amianto, mentre ora «si studia la possibilità che esso sia determinato dal virus SV40 (contenuto in alcune partite infette di vaccino antipoliomelite diffuse negli anni Cinquanta ed ottenute dal sangue di scimmie malate)». Si pensi inoltre al contrasto fra le tesi della dose-dipendenza e della dose-indipendenza nelle patologie asbesto correlate, di cui dà conto Cass. 17 settembre 2010, n. 43786, in *Dir. pen. proc.,* 2011, 1341, con nota di P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza.* Sul punto si veda *amplius* R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto,* cit., 603 ss., nonché R. Blaiotta, *Causalità giuridica,* cit., 441 ss., per un'attenta analisi della giurisprudenza penale in materia di "*rischi ubiquitari*".

(55) Per alcuni recenti spunti, soprattutto di diritto processuale penale, in tema di prova scientifica e suoi limiti, si vedano P. Tonini, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza,* in *Dir. pen. proc.*, 2011, 360 ss.; S. Lorusso, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, *ibidem*, 2010, 1345 ss.; P. Gualtieri, *Diritto di difesa e prova scientifica*, *ibidem*, 2011, 493 ss.

(56) Cfr. M. Capecchi, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno,* II ed., Padova, 2005, 43 e M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr. giur.*, 2008, 50. Contra: F. Stella, *Giustizia e modernità*, III ed., Milano, 2003, 272.

(57) P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 157.

(58) Sulle quali, da ultimo, ampiamente, M. Infantino, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2012, 70 ss.

(59) Come sembra prospettare M. Infantino, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 282 ss.

(60) Come appare chiaro con la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, sulla quale, da ultimo, C. Longobardo, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale,* Napoli, 2011, spec. 263 ss.

La *policy*, dunque, diventa un aspetto che deve essere tenuto in debito conto per delineare un quadro il più possibile fedele del nesso di causalità, soprattutto in un'ottica civilistica, giacché esso pare in grado di orientarne ed integrarne i contenuti (61).

Non può omettersi, peraltro, la constatazione che la frammentazione della nozione di causalità, veicolata oggi dalla giurisprudenza e corroborata dalla corretta constatazione per cui la medesima «non è e non può essere più trattata come un problema che riguardi esclusivamente l'osservazione scientifica della natura» (62), sta conducendo ad una sempre minore centralità del tema causale nella responsabilità civile moderna (63).

Di fronte a questo scenario, la causalità può forse arrestare il suo declino solo appropriandosi apertamente di quei fini allocativi che, di fatto, essa già persegue, respingendo gli anacronistici auspici volti a prospettare eventuali "ritorni al passato" (64), ad una presunta "purezza" del nesso causale che, probabilmente, peraltro, non è mai esistita (65) ma che un tempo veniva forse percepita «per la neutralità che lo caratterizza in quanto pura concatenazione di fatti» (66).

In questo senso, coerentemente con la frammentazione del nesso causale veicolata dalla giurisprudenza, una prospettiva d'indagine potrebbe essere costituita dallo "sdoppiamento" dell'imputazione causale, ad esempio, a seconda dell'elemento soggettivo dell'autore della condotta (67).

In ragione del maggior disvalore della condotta dolosa (68), l'accertamento del nesso causale potrebbe arrestarsi, in caso di illecito intenzionale, su soglie meno elevate di probabilità, in linea con l'autorevole insegnamento secondo il quale «quando si tratta di atti dolosi il livello di rischio considerato tollerabile, e quindi lecito, si abbassa, poiché l'atto compiuto allo scopo di nuocere non costituisce in alcun modo una manifestazione di quella libertà di movimento che (…) non si vuole scoraggiare» (69) ed in conformità alla scelta recentemente confermata dai già citati *Principles of European Tort Law* (70).

Note:

(61) Giunge a conclusioni in linea con quanto qui descritto, di recente, anche C. Viazzi, *L'accertamento del nesso causale: ruolo della medicina legale e ricostruzione giuridica del fatto*, cit., 33 ss.

(62) Così A. Sereni, *Causalità e responsabilità penale*, cit., 200.

(63) Anche fra i penalisti, peraltro, vi è chi di recente ha parlato, richiamandosi ad un consistente filone di pensiero, di «percezione della "crisi del dogma causale" nella società contemporanea». Così K. Summerer, *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della* condicio sine qua non, cit., 69.

(64) Si veda, tuttavia, per la convinta asserzione di un nesso di causalità impermeabile alle influenze della politica del diritto, F. Stella, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità. La sentenza Orlando, la sentenza Loi, la sentenza Ubbiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 23 ss., ora in Id., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 109 ss.

(65) Sembra esprimere questo auspicio G. Iadecola, *La causalità medica in sede civile: discrasie e problematicità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 584, allorché stigmatizza gli orientamenti espressi dalla Cassazione civile in tema di accertamento del nesso eziologico, i quali sembrano «tradire vere e proprie scelte di politica giudiziaria (fisiologicamente estranee, però, all'esercizio della giurisdizione ed alle finalità del processo)».

(66) Come rileva C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 817.

(67) Sull'incidenza del dolo sull'accertamento della causalità, ampiamente, si veda anche M. Infantino, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 122 ss.

(68) Per tutti, P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, *passim* e, più di recente, Id., *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 4 ss. Sulle interazioni fra elemento soggettivo e nesso casuale si veda già G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 412.

(69) Così P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 86. Sull'incidenza del dolo sulla prova P. Cendon, *Circostanze incerte e responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1269 s.

(70) *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law*, cit. (v. art. 2:102, par. 5: «*an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases*»).

Ambito applicativo della direttiva 85/374

Il danno da prodotto difettoso nelle prestazioni sanitarie: la Corte di Giustizia e l'armonizzazione "totale"

CORTE DI GIUSTIZIA, Grande Sezione, 21 dicembre 2011, C-495/10 - Pres. Skouris - Rel. Schiemann - Avv. Gen. Mengozzi - Centre hospitalier universitaire de Besançon c. T. D., Caisse primaire d'assurance maladie du Jura

La responsabilità di un prestatore di servizi che utilizzi, nell'ambito dell'erogazione di cure in ambiente ospedaliero, apparecchi o prodotti difettosi di cui non sia il produttore ai sensi delle disposizioni dell'art. 3 della direttiva 85/374/CEE, cagionando danni al destinatario della prestazione, non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva. Quest'ultima non osta a che uno Stato membro istituisca un regime che preveda la responsabilità del prestatore per i danni così arrecati, anche in assenza di qualunque colpa imputabile al medesimo, purché sia fatta salva la facoltà per il danneggiato e per il prestatore di invocare la responsabilità del produttore in base alla citata direttiva, ove risultino soddisfatte le condizioni previste dalla medesima.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
	Non si rinvengono precedenti in termini.

… *Omissis* …

Causa principale e questioni pregiudiziali

11 Il sig. D., all'epoca tredicenne, è stato vittima, nel corso di un intervento chirurgico praticato il 3 ottobre 2000 presso il CHU di Besançon, di ustioni causate da un difetto del sistema di termoregolazione del materasso riscaldante su cui era stato posto.

12 Con sentenza 27 marzo 2007 il Tribunal administratif de Besançon ha condannato il CHU di Besançon a risarcire il danno in tal modo arrecato al sig. D. con il versamento, a quest'ultimo, di una somma di EUR 9.000, nonché di una somma di EUR 5.974,99 alla Caisse primaire d'assurance maladie du Jura.

13 Poiché l'appello proposto avverso tale sentenza dal CHU di Besançon è stato respinto dalla Cour administrative d'appel de Nancy con sentenza 26 febbraio 2009, quest'ultimo ha proposto ricorso per cassazione dinanzi al Conseil d'ètat.

14 A sostegno di tale ricorso, il CHU di Besançon sostiene che la Cour administrative d'appel de Nancy ha violato la direttiva 85/374, in particolare il suo art. 13, dichiarando che detta direttiva non osta all'applicazione del principio giurisprudenziale secondo cui il servizio pubblico ospedaliero è responsabile, anche in assenza di sua colpa, delle conseguenze dannose per gli utenti derivanti dal malfunzionamento di prodotti o di apparecchi utilizzati nell'ambito delle cure fornite. Dalla suddetta direttiva, come recepita nel diritto interno francese, risulterebbe, infatti, che il produttore del materasso dovrebbe essere considerato l'unico responsabile, in quanto, nella fattispecie, debitamente identificato.

15 Il Conseil d'ètat rileva che il suddetto principio giurisprudenziale è stato sancito nella sua giurisprudenza con decisione 9 luglio 2003, vale a dire successivamente alla notifica della direttiva 85/374 agli Stati membri. Tuttavia, poiché tale decisione è stata adottata nell'ambito di una controversia sorta anteriormente al termine stabilito per la trasposizione di tale direttiva, il Conseil d'ètat ritiene che si possa sostenere - alla luce delle disposizioni dell'art. 13 della medesima, le quali non pregiudicano «i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale» - che tale principio, rientrante in un regime di responsabilità avente un fondamento specifico, distinto da quello del regime di responsabilità istituito dalla suddetta direttiva, resta applicabile ai danni di cui alla causa principale.

16 Se così non fosse, ad avviso del suddetto giudice, l'esito della controversia sottopostagli dipenderebbe dalla

possibilità di sussumere nel regime di responsabilità definito dalla direttiva 85/374 i danni che un utilizzatore del prodotto difettoso abbia cagionato ad un terzo nell'ambito di una prestazione di servizi a favore di quest'ultimo.
17 In tale contesto il Conseil d'ètat ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
«1) Se, tenuto conto delle disposizioni del suo art. 13, la direttiva [85/374] consenta l'attuazione di un regime di responsabilità fondato sulla situazione particolare dei pazienti delle strutture sanitarie pubbliche che riconosca loro il diritto di ottenere da dette strutture, anche senza colpa delle stesse, il risarcimento dei danni causati dal malfunzionamento dei prodotti e degli apparecchi da queste utilizzati, ferma restando la possibilità per la struttura sanitaria di esercitare un'azione di regresso contro il produttore.
2) Se la direttiva [85/374] limiti la possibilità per gli Stati membri di definire la responsabilità delle persone che utilizzino apparecchi o prodotti difettosi nel quadro di una prestazione di servizi, causando in tal modo danni al destinatario della prestazione».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla seconda questione

18 Con la sua seconda questione, che occorre esaminare per prima, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la responsabilità di un prestatore di servizi che, nell'ambito di una prestazione di servizi quale l'erogazione di cure in ambiente ospedaliero, utilizzi apparecchi o prodotti difettosi e causi, in tal modo, danni al destinatario di detta prestazione, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 85/374, in maniera tale che quest'ultima osti all'esistenza di un regime nazionale, come quello di cui alla causa principale, che prevede la responsabilità di un simile prestatore per i danni così cagionati, anche in assenza di qualunque colpa imputabile al medesimo.
19 Come emerge dal suo primo 'considerando', la direttiva 85/374 ha per oggetto il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di responsabilità del produttore per i danni causati dal carattere difettoso dei suoi prodotti.
20 Occorre ricordare che, come emerge da costante giurisprudenza, la suddetta direttiva persegue, sugli aspetti che disciplina, un'armonizzazione totale delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri (v., in particolare, sentenze 25 aprile 2002, causa C-52/00, Commissione/Francia, Racc. pag. I-3827, punto 24, e causa C-154/00, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-3879, punto 20, nonché 10 gennaio 2006, causa C-402/03, Skov e Bilka, Racc. pag. I-199, punto 23).
21 La direttiva 85/374 non aspira, invece, come risulta dal suo diciottesimo 'considerando', ad un'armonizzazione completa del settore della responsabilità per danno da prodotti difettosi al di fuori degli aspetti che essa disciplina (v. sentenza 4 giugno 2009, causa C-285/08, Moteurs Leroy Somer, Racc. pag. I-4733, punti 24 e 25).
22 Il regime armonizzato di responsabilità civile dei produttori per i danni causati dai prodotti difettosi, istituito dalla direttiva 85/374, risponde, come emerge dal suo primo 'considerando', alla finalità di garantire una concorrenza non falsata tra gli operatori economici, di agevolare la libera circolazione delle merci e di evitare differenze nel livello di tutela dei consumatori. Le delimitazioni del campo di applicazione della citata direttiva stabilite dal legislatore dell'Unione sono il risultato di un complesso processo di ponderazione compiuta, segnatamente, tra questi differenti interessi (v., in tal senso, sentenze citate Commissione/Francia, punti 17 e 29, nonché Commissione/Grecia, punti 13 e 29).
23 A tale riguardo, il quarto 'considerando' della direttiva 85/374 sottolinea che, ai fini della protezione del consumatore, è necessario considerare responsabili tutti i partecipanti al processo produttivo se il prodotto finito o la parte componente o la materia prima da essi fornita sono difettosi e che, per lo stesso motivo, è necessario che sia impegnata la responsabilità dell'importatore che introduca prodotti nella Comunità e quella di chiunque si presenti come produttore apponendo il suo nome, marchio o altro segno distintivo o fornisca un prodotto il cui produttore non possa essere identificato.
24 L'art. 1 della direttiva 85/374, che stabilisce il principio secondo cui «[i]l produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto», e l'art. 3 della medesima, il quale precisa, in particolare, le condizioni alle quali deve altresì essere considerato produttore, ai sensi di tale direttiva, la persona che si presenta come produttore, l'importatore del prodotto nell'Unione o, ancora, il fornitore del prodotto, devono essere letti alla luce del primo e del quarto 'considerando' della direttiva in esame.
25 Per quanto riguarda, più precisamente, le disposizioni del suddetto art. 3, la Corte ha così già avuto occasione di indicare, al termine di un esame dei lavori preparatori che hanno condotto all'adozione della direttiva 85/374, che dopo aver ponderato i ruoli rispettivi dei vari operatori economici che intervengono nelle catene di fabbricazione e di commercializzazione è stata operata la scelta di imputare in linea di principio al produttore, e unicamente in taluni casi delimitati all'importatore e al fornitore, l'onere della responsabilità per i danni causati dai prodotti difettosi nel regime giuridico istituito dalla direttiva in parola (sentenza Skov e Bilka, cit., punto 29).
26 La Corte ha inoltre escluso che la direttiva 85/374 realizzi un'armonizzazione totale solamente con riferimento alla responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi, senza disciplinare, invece, la responsabilità del fornitore. A tale riguardo, essa ha dichiarato che gli artt. 1 e 3 di detta direttiva, i quali definiscono la nozione di «produttore», non si limitano a disciplinare la responsabilità del produttore di un prodotto difettoso, ma determinano, tra gli operatori che hanno partecipato ai processi di fabbricazione e di commercializzazione, quello che dovrà assumere la responsabilità istituita dalla direttiva, e che la cerchia dei responsabili contro i quali il danneggiato ha il diritto di intentare un'azione in base al regime di responsabilità previsto dalla direttiva medesima è, a tale riguardo, definita esaustivamente ai summenzionati artt. 1 e 3 (sentenza Skov e Bilka, cit., punti 24, 26, 30, 32 e 33).

27 Nella fattispecie, si deve rilevare che la responsabilità che può gravare su un utilizzatore il quale, come il CHU di Besançon, impieghi, nell'ambito di una prestazione di cure in favore di un paziente, un prodotto o un apparecchio precedentemente acquistato, come un materasso riscaldante, non rientra tra gli aspetti disciplinati dalla direttiva 85/374 ed esula quindi dal suo ambito di applicazione.
28 Infatti, come sostenuto dai governi francese e greco nonché dalla Commissione europea e come altresì rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 27-32 delle sue conclusioni, siffatto utilizzatore non può essere considerato quale partecipante alla catena di fabbricazione e di commercializzazione del prodotto in questione, alla quale, come si è appena ricordato, fa riferimento la definizione di «produttore» enunciata all'art. 3 della direttiva 85/374 né, pertanto - e contrariamente a quanto sostenuto dal CHU di Besançon - essere qualificato come fornitore di tale prodotto ai sensi del n. 3 di detto articolo. In particolare, non si può affermare che, nella causa principale, il CHU di Besançon ha fornito al paziente un prodotto destinato ad essere utilizzato da quest'ultimo.
29 Peraltro, la mera coesistenza, accanto al regime di responsabilità del produttore istituito dalla direttiva 85/374, di un regime nazionale che prevede la responsabilità oggettiva del prestatore di servizi il quale, nell'ambito di una prestazione di cure ospedaliere, abbia causato un danno al destinatario di tale prestazione derivante dall'uso di un prodotto difettoso, non è idonea a pregiudicare né l'efficacia del suddetto regime di responsabilità del produttore né gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione attraverso quest'ultimo regime.
30 A tale riguardo, è necessario precisare, in primo luogo, che una siffatta responsabilità del prestatore di servizi, quando sia prevista dal diritto di uno Stato membro, può comunque essere istituita - come sottolineato, in particolare, sia dai governi francese, tedesco e greco sia dall'avvocato generale al paragrafo 45 delle sue conclusioni - solamente a condizione di non pregiudicare il regime stabilito dalla direttiva 85/374. L'applicazione delle norme nazionali, infatti, non deve compromettere il suo effetto utile (sentenza 10 maggio 2001, causa C-203/99, Veedfald, Racc. pag. I-3569, punto 27). Deve inoltre essere preservata la possibilità di far valere la responsabilità del produttore qualora sussistano le condizioni alle quali la direttiva in esame subordina l'esistenza di una tale responsabilità. Tale possibilità deve quindi essere concessa non solo alla vittima, ma anche al prestatore di servizi, il quale deve dunque, a tal fine, poter disporre in particolare di un meccanismo simile all'azione di regresso menzionata dal giudice del rinvio nella sua prima questione.
31 Quanto, in secondo luogo, agli obiettivi perseguiti dal regime di responsabilità del produttore istituito dalla direttiva 85/374, si è già ricordato, ai punti 22 e 23 della presente sentenza, che quest'ultima mira, in particolare, ad agevolare la libera circolazione delle merci nonché a garantire tanto una concorrenza non falsata tra gli operatori economici interessati, quanto la tutela dei consumatori.
32 A tale riguardo, si deve anzitutto rilevare che il testo della direttiva 85/374 non consente in alcun modo di concludere che il legislatore dell'Unione, istituendo una responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi, abbia voluto sottrarre agli Stati membri, in nome dell'obiettivo di garantire una concorrenza non falsata e di agevolare la libera circolazione delle merci, la facoltà di istituire, relativamente al risarcimento dei danni cagionati da un prodotto difettoso nell'ambito di una prestazione di servizi come quella di cui alla causa principale, un regime di responsabilità del prestatore che corrisponda, eventualmente, a quello instaurato dalla suddetta direttiva (v., per analogia, sentenza Moteurs Leroy Somer, cit., punto 30).
33 Inoltre, come dedotto dal governo greco, se, da un lato, la libera circolazione delle merci dipende, anzitutto, dall'attività dei produttori, degli importatori e dei fornitori di tali merci, e le disparità dei regimi nazionali relativi alla responsabilità di tali operatori sono, pertanto, manifestamente in grado di incidere su detta libera circolazione, peraltro l'attività dei prestatori di servizi che, avendo acquistato merci, le utilizzino nell'ambito delle prestazioni che essi effettuano in favore di terzi presenta, a tale riguardo, differenze significative e non può, di conseguenza, essere assimilata a quella dei suddetti produttori, importatori e fornitori.
34 Peraltro, si deve altresì sottolineare che, dal momento che un'eventuale responsabilità oggettiva del prestatore di servizi derivante dal diritto nazionale può essere istituita, come indicato al punto 30 della presente sentenza, solamente a condizione che sia fatta salva la responsabilità del produttore quale risulta dalla direttiva 85/374, una simile responsabilità del prestatore di servizi non pare idonea a falsare la concorrenza tra gli operatori della catena di produzione e di commercializzazione.
35 Infine, l'eventuale responsabilità oggettiva del prestatore di servizi, potendo tutt'al più aggiungersi alla responsabilità del produttore derivante dalla direttiva 85/374, è idonea a contribuire ad un rafforzamento della tutela del consumatore, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 45 e 46 delle sue conclusioni.
36 Quanto ai punti 12 e 17 della citata sentenza Veedfald, richiamati nel corso del procedimento dinanzi alla Corte, si deve rammentare che la prima questione posta nell'ambito della causa all'origine di detta sentenza era relativa ad un'ipotesi nella quale «[il produttore di] un prodotto difettoso (...), nell'ambito della prestazione concreta di un servizio medico, lo fabbrica e lo applica su un organo umano» ed era unicamente volta a determinare se, in una simile ipotesi, il prodotto difettoso in parola potesse o meno essere considerato «messo in circolazione» ai sensi dell'art. 7, lett. a), della direttiva 85/374.
37 Come dedotto dal governo francese e come altresì rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 38 delle sue conclusioni, ne consegue che, poiché la persona giuridica la cui responsabilità era chiamata in causa era non solo prestatore del servizio interessato, ma anche «produttore» ai sensi delle disposizioni della direttiva 85/374, non si poneva affatto, nell'ambito della suddetta causa, la questione se tale direttiva potesse riguardare anche la re-

sponsabilità di un prestatore di servizi che utilizzi prodotti difettosi di cui non sia il produttore.
38 Pertanto, la citata sentenza Veedfald non può essere interpretata nel senso che essa avrebbe risolto tale questione. Peraltro, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 39 e 40 delle sue conclusioni, la Corte non si è pronunciata su tale questione neppure nella sentenza 25 aprile 2002, causa C-183/00, González Sánchez (Racc. pag. I-3901).
39 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la seconda questione dichiarando che la responsabilità di un prestatore di servizi che utilizzi, nell'ambito di una prestazione di servizi quale l'erogazione di cure in ambiente ospedaliero, apparecchi o prodotti difettosi di cui non sia il produttore ai sensi delle disposizioni dell'art. 3 della direttiva 85/374 e causi in tal modo danni al destinatario della prestazione non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva. Quest'ultima non osta, pertanto, a che uno Stato membro istituisca un regime, come quello di cui alla causa principale, che preveda la responsabilità di un simile prestatore per i danni in tal modo cagionati, anche in assenza di qualunque colpa imputabile al medesimo, a condizione, tuttavia, che sia fatta salva la facoltà per la vittima e/o per il suddetto prestatore di invocare la responsabilità del produttore in base alla citata direttiva, qualora risultino soddisfatte le condizioni previste dalla medesima.
Sulla prima questione
40 In considerazione della soluzione fornita alla seconda questione posta dal giudice del rinvio, non occorre esaminare la prima questione.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Laura Frata (*)

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sull'ambito applicativo della direttiva in tema di responsabilità per danni da prodotto difettoso, ne ha escluso un'interpretazione estensiva tale da ricomprendervi la responsabilità della struttura sanitaria utilizzatrice del bene fonte di danno. Alla luce della condivisibile interpretazione resa dai giudici di Lussemburgo, l'A. si sofferma sull'obiettivo di armonizzazione perseguito dalla direttiva, sotto il particolare profilo del suo rapporto con la normativa nazionale che regola la responsabilità del prestatore di cure.

La questione pregiudiziale rimessa dal *Conseil d'ètat*

Un ragazzo francese, tredicenne all'epoca dei fatti, riportava gravi ustioni nel corso di un intervento chirurgico, a causa di un difetto del sistema di termoregolazione di un materasso riscaldante. *Monsieur* D. decideva di non far valere la responsabilità del produttore del bene difettoso, richiedendo invece il risarcimento dei danni subiti al *Centre hospitalier universitarie de Besançon* ("CHU").
Il giudice condannava l'ospedale convenuto in forza del regime di responsabilità extracontrattuale che disciplina l'attività delle strutture sanitarie pubbliche nei confronti dei loro pazienti. Secondo un principio elaborato dalla giurisprudenza amministrativa francese (c.d. giurisprudenza *Marzouk* (1)), infatti, le strutture ospedaliere pubbliche sono tenute al risarcimento del danno subito da un paziente per il malfunzionamento di un apparecchio o di un prodotto utilizzato ai fini delle cure fornite, anche ove non possa essere affermata alcuna colpa in capo all'ente (2).
A seguito del rigetto dell'appello proposto presso la *Cour administrative d'appel de Nancy*, ritenendo che il produttore del materasso dovesse essere considerato l'unico responsabile, il CHU ricorreva al *Conseil d'ètat*, che sottoponeva alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una duplice questione pregiudiziale concernente l'ambito applicativo della direttiva 85/374. Da definire erano i rapporti tra la disciplina francese e la direttiva sulla responsabilità per danni da prodotto difettoso.
Alla Corte di Giustizia viene, così, demandata un'opera di corretta perimetrazione della disciplina posta dalla direttiva, per accertare se la responsabili-

Note:

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

(1) Cfr. Conseil d'ètat, 9 luglio 2003, Assistance publique - Hopitaux de Paris c. Mme Marzouck, in *A.J.D.A.*, 2003, 1946.

(2) Per approfondimenti sull'evoluzione della giurisprudenza amministrativa francese in tema di responsabilità delle strutture ospedaliere pubbliche per i danni derivanti dall'utilizzo di un prodotto difettoso, si veda il commento alla sentenza in epigrafe di L. Klesta, *Prestazioni sanitarie e prodotto difettoso: defaillance e prestige della direttiva n. 85/374/CEE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 450 ss. Sul tema, cfr. altresì L. Klesta Dosi, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, in particolare 377 ss.

tà del prestatore di servizi sanitari, che utilizzi un prodotto difettoso, sia o meno ricompresa nel suo ambito applicativo. Non solo: si richiede, altresì, se la normativa europea possa imporre limitazioni ad una disciplina nazionale sulla responsabilità del prestatore di servizi, ove questi faccia uso di un prodotto rivelatosi difettoso.

Responsabilità del prestatore di servizi *v.* responsabilità del produttore

Semplificando il duplice quesito posto alla Corte, il *Conseil d'ètat* ha essenzialmente richiesto se il regime francese di responsabilità oggettiva delle strutture ospedaliere possa coesistere con la disciplina comunitaria in tema di responsabilità da prodotto difettoso.

I giudici comunitari hanno colto l'occasione per svolgere una breve ricostruzione dei tratti fondamentali della normativa sulla responsabilità del produttore, al fine di individuarne confini e principi ispiratori. La direttiva si è posta, come ribadito dalla giurisprudenza della stessa Corte, un obiettivo di "armonizzazione totale" delle normative degli Stati membri in tema di responsabilità del produttore per i danni cagionati da prodotto difettoso, sebbene limitatamente agli specifici profili da essa disciplinati (3). Restano esclusi dall'armonizzazione totale gli aspetti non presi in considerazione dalla normativa comunitaria.

In particolare, per quanto qui rileva, la direttiva ha disciplinato espressamente il profilo della legittimazione passiva, prevedendo un'articolata identificazione del novero dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere dei danni derivanti da difetto del prodotto. Alla responsabilità dell'effettivo fabbricante del prodotto, affermata dall'art. 1, si affianca quella di altri soggetti, coinvolti a vario titolo nella catena produttiva del bene, tra cui l'importatore e il fornitore (4).

La previsione della responsabilità sussidiaria del fornitore trova la sua ragione giustificativa nell'opportunità di assicurare al danneggiato una tutela effettiva e adeguata ai differenti tipi di prodotto esistenti sul mercato, sotto il profilo della diversa articolazione del sistema di produzione e distribuzione. Il produttore resta pur sempre il "vero" responsabile, essendo il soggetto su cui grava il controllo del processo produttivo e dei rischi ad esso connessi (5).

La Corte di Giustizia, in più occasioni, ha censurato i tentativi della giurisprudenza di alcuni Stati membri di equiparare la responsabilità del fornitore a quella del fabbricante (6). Sul presupposto che l'introduzione di una disciplina armonizzata a livello comunitario precluda il mantenimento di differenze nel livello di tutela dei consumatori, la Corte ha ritenuto che non si possa prescindere dall'individuazione del produttore quale "primo" responsabile, dovendosi relegare il fornitore ad un ruolo sostanzialmente marginale e sussidiario.

Nel caso in esame, il richiamo della precisa cerchia di soggetti potenzialmente responsabili, secondo quanto previsto dalla direttiva, ha permesso di accertare come tra questi non possa essere annoverato l'ospedale, evocato in giudizio dal paziente danneggiato dal bene difettoso utilizzato durante l'intervento. La Corte di Giustizia ha escluso fermamente che la responsabilità gravante sulla struttura ospedaliera, in quanto utilizzatrice del prodotto difettoso nell'ambito della prestazione di cure a favore di un paziente, rientri tra gli aspetti disciplinati dalla direttiva.

Tale conclusione è fatta discendere, in modo del tutto condivisibile, dallo stesso fondamento della responsabilità oggettiva del produttore (e dei soggetti

Note:

(3) Cfr. punto 22 della pronuncia. Tale profilo sarà oggetto di disamina nel paragrafo 4.

(4) Sul presupposto che le conseguenze pregiudizievoli derivanti dai difetti di prodotti fabbricati in stati non membri debbano ricadere sull'importatore, il danneggiato può agire in giudizio nei confronti di un soggetto situato all'interno del mercato comune. Il consumatore può far valere la responsabilità del fornitore o dell'importatore qualora non risulti possibile citare direttamente il produttore; ciò non fa venire meno la sua centralità, restando il soggetto verso cui il danneggiato deve previamente cercare di rivalersi.

(5) La responsabilità del fornitore (ovvero di chi abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale) opera, secondo la disciplina attuativa italiana, nel caso in cui non sia individuato il produttore e il fornitore abbia omesso di comunicare al danneggiato, entro tre mesi dalla richiesta, i dati identificativi del produttore. Tra le esigue vicende di responsabilità da prodotto difettoso ad oggi approdate al vaglio dei giudici di legittimità italiani, una delle più recenti ha riguardato proprio la responsabilità del fornitore. La Suprema Corte ha precisato che in capo ad esso incombe un onere di effettiva informazione: per la sua liberazione non è sufficiente la mera "indicazione" dei dati identificativi del produttore, essendo necessaria la concreta individuazione del fabbricante. Cfr. Cass. 1° giugno 2010, n. 13432, in questa *Rivista*, 2001, 279, con nota di L. Frata, *La responsabilità del fornitore di prodotto difettoso e l'onere di una effettiva informazione*.

(6) La Corte ha negato la legittimità del regime di responsabilità diretta del fornitore, prevista, nell'ultimo caso, dalla legislazione interna danese già prima alla direttiva. Cfr. Corte giust., Grande sez., 10 gennaio 2006, n. 402, causa C-402/03, in *Foro it.*, 2006 IV, 317, con nota di A.L. Bitetto, *Responsabilità oggettiva solo per il produttore*; in questa *Rivista*, 2007, 989, con nota di M.E. Arbour, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo Lidl e Bilka: un binomio sfasato?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 80, con nota di M. Baschiera, *Dialogo antagonista tra la Corte di giustizia delle comunità Europee e corti nazionali: armonizzazione e responsabilità del fornitore-distributore*.

ad esso assimilati): ovvero, il coinvolgimento diretto nella catena produttiva del bene, o quanto meno in quella distributiva. L'individuazione dei potenziali responsabili deve ritenersi tassativa, oltre che rispondente ad una precisa *ratio*, che verrebbe snaturata da un'estensione a soggetti diversi.
Viene così ribadito come la disciplina comunitaria concerna unicamente la responsabilità di coloro che hanno preso parte, a vario titolo, ai processi di fabbricazione e di commercializzazione del prodotto: il criterio oggettivo di imputazione della responsabilità si giustifica proprio in relazione al ruolo svolto da tali soggetti (7). Ne discende che la direttiva può trovare applicazione solo qualora il prestatore del servizio sia anche il produttore o il fornitore del bene difettoso.
È evidente che l'ente ospedaliero, nella sua veste di mero utilizzatore, non ha partecipato in alcun modo a tale catena, né può essere qualificato come "fornitore" del prodotto ai sensi dell'art. 3, n. 3. Il convenuto, infatti, non ha certamente fornito al paziente un bene (il materasso riscaldante) destinato ad essere utilizzato da quest'ultimo; ne consegue che, così come non può dirsi aver preso parte alla fabbricazione o commercializzazione del materasso, la struttura sanitaria non può nemmeno essere assimilata ad un fornitore del bene rivelatosi difettoso (8).

Disciplina comunitaria *v.* normativa nazionale francese

Avendo ritenuto che la responsabilità della struttura sanitaria, non rientrando tra i profili disciplinati dalla direttiva, risulti estranea al suo ambito applicativo, la Corte di Giustizia passa ad affrontare la questione dell'ammissibilità, accanto alla normativa comunitaria sulla responsabilità del produttore, di una disciplina nazionale francese che preveda la responsabilità oggettiva del prestatore di servizi, in un caso quale quello di specie.
Tale possibilità non risulta preclusa, secondo i giudici comunitari, purché non sia pregiudicata la disciplina posta dalla direttiva, ovvero non si comprometta il suo effetto utile (9). Al contempo, deve essere garantita l'azionabilità della responsabilità del produttore - ove ne sussistano le condizioni - sia alla vittima, che al prestatore di servizi (mediante un meccanismo analogo all'azione di regresso). Ed invero, la struttura ospedaliera convenuta, condannata al risarcimento dei danni subiti dal sig. D., potrà rivalersi nei confronti del produttore del materasso difettoso.
Si esclude, poi, che in virtù dello scopo di agevolare la libera circolazione delle merci e di garantire una concorrenza non falsata tra gli operatori economici - questi erano, come noto, i principali obiettivi della direttiva 85/374 - si sia inteso impedire agli Stati membri la previsione di un regime analogo a quello della direttiva, nell'ambito del risarcimento dei danni cagionati da prodotto difettoso utilizzato da un prestatore di servizi.
Facendo salva l'applicazione della responsabilità del produttore ai sensi della direttiva, tale regime non è in grado di minacciare la concorrenza tra i soggetti che operano nei processi di fabbricazione e distribuzione dei prodotti. Aggiungendosi alla responsabilità del produttore, anzi, quella del prestatore di servizi che utilizzi il bene difettoso determina un rafforzamento della tutela del consumatore. La sussistenza di una siffatta normativa nazionale si pone, allora, in linea di continuità con la disciplina comunitaria in tema di responsabilità del produttore, risultando compatibile con il fine di armonizzazione posto dalla direttiva.

L'obiettivo di armonizzazione nella giurisprudenza comunitaria

La risposta fornita dalla Corte di Giustizia alla questione posta dal *Conseil d'ètat* risulta condivisibile e coerente con l'impianto della direttiva sulla responsabilità del produttore, contribuendo ad aggiungere un ulteriore tassello interpretativo, a distanza di 27 anni dall'emanazione della disciplina comunitaria.
Le pronunce dei giudici di Lussemburgo, chiamati in più occasioni ad interpretare tale normativa, non hanno mancato di suscitare critiche in dottrina. Profili problematici sono sorti, in particolare, in relazione ai rapporti tra la direttiva, le sue normative

Note:

(7) Nel caso *Veedfald* la Corte ha ritenuto rientrante nell'ambito applicativo della direttiva l'utilizzo di un prodotto difettoso, nell'ambito di una prestazione di servizi; tuttavia, la responsabilità del prestatore di servizi è stata affermata sul presupposto della sua concomitante qualità di produttore del bene difettoso. Sul punto, si vedano le osservazioni di R. Conti-R. Foglia, *Responsabilità per danni da prodotto difettoso*, in *Corr. giur.*, 2012, 254. Cfr. Corte giust. 10 maggio 2001, causa C-203/99, in *Racc.*, 2001, I, 3569, con nota di S. Bastianon, *La responsabilità dell'ente ospedaliero alla luce della normativa comunitaria in tema di prodotti difettosi*.

(8) Non concorda del tutto con tale conclusione L. Klesta, *Prestazioni sanitarie e prodotto difettoso: defaillance e prestige della direttiva n. 85/374/CEE*, cit., 452-453, secondo cui ragioni di *policy* suggerirebbero di far prevalere «un approccio integrato tra prestazione e prodotto, nel qual caso, rilevando il risultato dell'intero processo produttivo, potrebbe emergere l'obbligo di risarcimento da parte del *provider*».

(9) Così, Corte giust. 10 maggio 2001, causa C-203/99, *Veedfald*, cit.

d'attuazione, e le ulteriori discipline nazionali. Secondo un Autore, la direttiva costituisce esempio eclatante delle difficoltà connaturate all'armonizzazione, a livello comunitario, in settori segnati da forti implicazioni sociali, politiche e giuridiche (10).
Le critiche si sono incentrate proprio sul modello di armonizzazione proposto dal legislatore comunitario, oltre che sulle modalità con cui la Corte di Giustizia ha inteso perseguirlo a livello interpretativo. Si era rilevato, invero, il rischio che l'armonizzazione potesse generare "guasti", diventando una "soffocante camicia di forza" (11). Tale modello, disincentivando una virtuosa competizione tra ordinamenti, pareva voler indirizzare i legislatori nazionali verso una *race to the bottom* (12); con l'evidente pericolo di diminuire, anziché incrementare, il concreto livello di tutela garantito al consumatore (13).
In forza del suo diciottesimo considerando, la direttiva 85/374 si connota per un'aspirazione all'armonizzazione totale, nei profili dalla medesima contemplati (14). Tale obiettivo, da ultimo rievocato nella pronuncia in commento, è stato enfatizzato a più riprese nella giurisprudenza comunitaria. Nel caso *Leroy Somer* si proclamava un'armonizzazione "globale"; in quello *O'Byrne bis* un'armonizzazione "totale", sui punti disciplinati dalla direttiva (15). La terminologia variegata utilizzata dalla Corte aveva indotto la dottrina più attenta ad interrogarsi, in chiave critica, sull'individuazione dell'equilibrio istituzionale tra la direttiva e le discipline nazionali, così come concepito dai giudici comunitari (16).
Ripercorrendo le principali questioni su cui la Corte di Giustizia si è pronunciata, si può rammentare come sia stata ammessa la coesistenza di regimi di responsabilità concorrenti a quello introdotto dalla direttiva 85/374, a titolo sia contrattuale che extracontrattuale, in capo al produttore e agli altri soggetti coinvolti nella produzione o commercializzazione del bene difettoso, purché fondati su un criterio di imputazione differente da quello oggettivo. La direttiva, invero, non permette un'estensione della responsabilità oggettiva a soggetti diversi dal produttore, al di là dei casi contemplati dai paragrafi 2 e 3 dell'art. 3.
L'art. 13 della direttiva ha posto più volte delicati problemi di concorrenza tra normativa comunitaria e discipline nazionali (17). Proprio in nome dell'armonizzazione, la Corte di Giustizia, con tre diverse pronunce rese nel 2002, ha censurato la disciplina

Note:

(10) Cfr. S. Bastianon, *Responsabilità del produttore per prodotti difettosi: quale tutela per il consumatore?*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 997. Si deve menzionare, inoltre, l'incidenza delle opzioni lasciate ai legislatori nazionali sul livello di armonizzazione concretamente perseguibile dalla disciplina comunitaria; sul punto, si rinvia alle osservazioni svolte da A. Stoppa, *La direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi compie dieci anni*, in *Contr. impr.-Eur.*, 1996, 904-905. L'A., a distanza di circa dieci anni dall'emanazione della direttiva, affermava la "flebile valenza armonizzatrice" del regime comunitario di responsabilità del produttore. Sulle difficoltà ed i limiti dell'armonizzazione comunitaria nel settore della responsabilità da prodotto difettoso, si veda altresì S. Whittaker, *Liability for Products, English Law, French Law and European Harmonisation*, OUP, 2005, 440 ss.

(11) Ciò era stato affermato, in particolare, in relazione al profilo dell'invalicabilità della franchigia, ma anche su un piano più generale; cfr. A. Palmieri-R. Pardolesi, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*, in *Foro it.*, 2002, IV, 302-303.

(12) Così, M. Baschiera, *Dialogo antagonista tra la Corte di giustizia delle comunità Europee e corti nazionali: armonizzazione e responsabilità del fornitore-distributore*, cit.

(13) Sul punto si vedano le osservazioni di G. Ponzanelli, *Armonizzazione del diritto v. protezione del consumatore: il caso della responsabilità da prodotto difettoso*, in questa *Rivista*, 2002, 728, ove l'A. evidenziava come la direttiva non costituisca un «*plafond* minimo di tutela della responsabilità del produttore», idoneo a far sopravvivere i diritti nazionali ove più favorevoli.

(14) Secondo il diciottesimo Considerando: «… l'armonizzazione risultante dalla presente direttiva non può per ora essere totale ma apre la strada verso una maggiore armonizzazione …».

(15) Corte giust., sez. I, 4 giugno 2009, causa C-285/08, *Moteurs Leroy Somer c. Dalkia France*, punto 25, in *Foro it.*, 2009, IV, 441, con nota di richiami di A.L. Bitetto, e Corte giust., Grande sez., 2 dicembre 2009, causa C-358/08, *Aventis Pasteur Sa c. OB*, punto 38, entrambe in questa *Rivista*, 2010, 125, con nota di M.E. Arbour, *Armonizzazione del diritto e prodotti difettosi*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1006, con nota di A. Venchiarutti, *Applicazione estensiva della direttiva sulla responsabilità dei danni da prodotti difettosi: un nuovo equilibrio tra competenze comunitarie e interne?*, e *ivi*, 2009, con nota di A. Venchiarutti, Product liability *e armonizzazione del diritto comunitario: le indicazioni della Corte di Giustizia e le soluzioni della Supreme Court of United Kingdom*. Per ulteriori considerazioni critiche sul profilo dell'armonizzazione "globale", si veda M. Baschiera, *Dialogo antagonista tra la Corte di giustizia delle comunità Europee e corti nazionali: armonizzazione e responsabilità del fornitore-distributore*, cit.

(16) Si veda M.E. Arbour, *Armonizzazione del diritto e prodotti difettosi*, cit., secondo cui tale confusione terminologica ha inaugurato l'inizio di una nuova stagione interpretativa della Corte di Giustizia in tema di danno da prodotti difettosi, avente come obiettivo «la determinazione progressiva dei confini del campo magnetico entro cui opera la forza attrattiva del testo comunitario impedendogli tuttavia di fagocitare ogni componente della r.c. prodotti». Sul punto si veda altresì *infra*, nota 19.

(17) La Corte di Giustizia si è pronunciata in più occasioni sull'art. 13, ribadendo la finalità di armonizzazione della direttiva. Si veda Corte giust. 25 aprile 2002, causa C-183/00, *Gonzáles Sánchez c. Medicina Asturiana SA*; causa C-154/00, *Commissione c. Repubblica ellenica*; causa C-52/00, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Foro it.*, 2002, IV, 294, con nota di A. Palmieri-R. Pardolesi, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*; in questa *Rivista*, 2002, 728, con nota di G. Ponzanelli, *Armonizzazione del diritto v. protezione del consumatore: il caso della responsabilità da prodotto difettoso*; *ivi*, 2003, 375, con nota di M.E. Arbour, *Corte di Giustizia e protezione delle tradizioni giuridiche nell'interpretazione della direttiva CEE/374/85;* in *Resp. civ. prev.*, 2002, 997, con nota di S. Bastianon, *Responsabilità del produttore per prodotti difettosi: quale tutela per il consumatore?*. Più di recente, si veda Corte di giustizia 4 giugno 2009, causa C-285/08, cit.

francese, spagnola e greca, ritenute in contrasto con la direttiva, sebbene prevedessero soluzioni più favorevoli per i danneggiati. I giudici comunitari hanno supportato una lettura assai restrittiva dell'art. 13, tale da precludere l'applicazione del regime di responsabilità contemplato dalla disciplina nazionale, ove accomunato dal medesimo fondamento (18).
La dottrina ha individuato una parziale inversione di rotta in una recente pronuncia della Corte di Giustizia, che avrebbe tracciato un nuovo equilibrio nel processo di armonizzazione (19). Pur muovendo da premesse analoghe a quelle già espresse in passato, la Corte, valorizzando proprio il diciottesimo considerando, ha escluso che la responsabilità per danni cagionati ad una cosa destinata ed utilizzata a fini professionali rientri nel campo applicativo della direttiva (20). È stata, pertanto, ammessa la compatibilità della soluzione accolta dai giudici francesi, secondo cui il danneggiato è onerato unicamente della prova del danno, del difetto e del nesso di causalità tra il difetto e il danno.
Nella vicenda da ultimo rimessa al vaglio della Corte di Giustizia, la questione della rilevanza dell'art. 13 si è posta, come visto, rispetto al regime di responsabilità (senza colpa) della struttura sanitaria, elaborato dalla giurisprudenza d'oltralpe. L'affermata esclusione della responsabilità dell'ospedale dall'ambito applicativo della direttiva 85/374 ha precluso l'applicabilità dell'art. 13, evitando alla Corte di doversi nuovamente fronteggiare con i delicati problemi connessi a tale previsione.
Pur richiamando il modello di *harmonisation totale*, che in passato aveva evocato i profili critici a cui si è accennato, analogamente a quanto avvenuto nel caso *Leroy Somer*, la Corte di Giustizia ha dovuto, così, arrestarsi dinanzi alla riconosciuta estraneità del regime di responsabilità francese dall'ambito applicativo della direttiva - le cui aspirazioni di armonizzazione totale non possono certamente condurre ad inglobare fattispecie da essa non contemplate.

Note:

(18) Così, A. Venchiarutti, *Applicazione estensiva della direttiva sulla responsabilità dei danni da prodotti difettosi*, cit., 1009.

(19) Cfr. Corte giust., sez. I, 4 giugno 2009, causa C-285/08, cit. Si vedano le osservazioni di A. Venchiarutti, *Applicazione estensiva della direttiva sulla responsabilità dei danni da prodotti difettosi*, cit., 1011-1012. In senso analogo, cfr. M.E. Arbour, *Armonizzazione del diritto e prodotti difettosi*, cit. (nota 15), e A. Querci, *Responsabilità da prodotto negli USA e in Europa. Le ragioni di un* revirement *"globale"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 117-118.

(20) Si trattava di un dispositivo medico difettoso, che aveva arrecato danni all'ospedale, a causa del surriscaldamento.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Codice di procedura civile commentato

La "semplificazione" dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011

diretto da Claudio Consolo

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.

Ipsoa 2012, Euro 60,00

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***

Cose in custodia

La responsabilità da custodia della Pubblica Amministrazione. Variazioni sul tema tra caso fortuito e potere del custode sulla cosa

CASSAZIONE CIVILE, Sez. VI, 30 gennaio 2012, n. 1310, ord. - Pres. Preden - Rel. Giacalone - P.G. Russo - P.L.A. c. Comune di Monteroni di Lecce e altri

Ai sensi dell'art. 2051 c.c., la responsabilità dell'Amministrazione Comunale per i danni causati da beni in custodia ha natura oggettiva; tale responsabilità può essere esclusa solo dal caso fortuito (nel caso di specie la Suprema Corte ha ritenuto che la distrazione del pedone possa rappresentare un caso fortuito in grado di interrompere il nesso causale tra cosa ed evento dannoso, escludendo, quindi, la responsabilità della Pubblica Amministrazione).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 9 marzo 2010, n. 5669; Cass. 6 aprile 2004, n. 6753; Cass. 15 gennaio 2003, n. 472.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

In fatto e in diritto

Nella causa indicata in premessa, è stata depositata la seguente relazione:

1 - La sentenza impugnata, depositata il 14 ottobre 2010 e notificata il successivo 10.12, confermando quella di primo grado, ha, per quanto qui rileva, respinto la domanda risarcitoria dell'odierno ricorrente, ritenendo che "era intatti sufficiente una fugace occhiata alle foto per rendersi conto che "l'insidioso avvallamento" che secondo l'appellante era privo di idonea segnalazione e costituiva un pericolo per gli utenti della strada non era altro che un'ordinaria griglia per lo scarico delle acque piovane"; non era quindi ipotizzabile la lesione dell'aspettativa alla regolarità del manto stradale, non potendosi prescindere dagli elementi che ne costituiscono una componente ricorrente; la caduta era quindi interamente addebitabile alla distrazione del P. e non era configurabile un nesso eziologico con la griglia e con il lievissimo avvallamento in cui essa è contenuta, rispondente alla necessità tecnica di raccogliere le acque confluenti nella fogna bianca;

ricorreva quindi la tipica ipotesi di esclusione della responsabilità oggettiva del custode (art. 1227 c.c., comma 2), potendo il sinistro essere evitato se il P. avesse impiegato l'ordinaria diligenza nel percorrere la strada.

2 - Ricorre per cassazione il P. con sei motivi; il Comune resiste con controricorso.

3. - I motivi lamentano.

3.a. violazione dell'art. 2051 c.c., per errata valutazione e applicazione dei presupposti risarcitori, avendo disatteso il carattere oggettivo della responsabilità del Comune, tenuto alla manutenzione della strada a regola d'arte ed all'adozione della segnaletica dell'anomalia;

3.b. violazione dell'art. 2043 c.c. per avere la Corte territoriale riferito la regolarità alla griglia e non all'avvallamento, in contrasto con le risultanze documentali;

3.c. violazione dell'art. 1227 c.c., comma 2 e vizio di motivazione per non aver individuato l'atto o il comportamento che avrebbero interrotto il nesso di causalità e non essendovi la prova che la condotta del ciclista fosse stata talmente imprudente da interrompere il detto nesso;

3.d. ed e. violazione art. 115 c.p.c. ed insufficienza della motivazione per non aver motivato in ordine alla mancata ammissione dell'interrogatorio formale e della prova testimoniale richiesta;

3.f. violazione art. 92 c.p.c., comma 2 ed illogicità della motivazione in ordine alla mancata compensazione delle spese di lite ed alla modifica della compensazione operata dal giudice di primo grado.
4. Il ricorso è manifestamente privo di pregio. Le prime tre censure che possono trattarsi congiuntamente data l'intima connessione - implicano, nonostante le prime due siano impropriamente rubricate come violazioni di legge, accertamenti di fatto e valutazioni di merito. Ripropongono, in realtà, un'inammissibile "diversa lettura" delle risultanze probatorie, senza tenere presente il consolidato orientamento di questa S.C. secondo cui In tema di responsabilità civile per i danni cagionati da cose in custodia, la fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. individua un'ipotesi di responsabilità oggetti va, essendo sufficiente per l'applicazione della stessa la sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha dato luogo all'evento lesivo. Pertanto non assume rilievo in se la violazione dell'obbligo di custodire la cosa da parte del custode, la cui responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, fattore che attiene non ad un comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell'evento, riconducibile in tal caso non alla cosa che ne è fonte immediata ma ad un elemento esterno. Ne consegue l'inversione dell'onere della prova in ordine al nesso causale, incombendo sull'attore la prova del nesso eziologico tra la cosa e l'evento lesivo e sul convenuto la prova del caso fortuito. Sia l'accertamento in ordine alla sussistenza della responsabilità oggettiva che quello in ordine all'intervento del caso fortuito che lo esclude involgono valutazioni riservate al giudice del merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici (Cass. n. 6753/2004).
4.1. In particolare, le prime due censure non colgono nel segno, perché invocano in astratto la non corretta applicazione dei presupposti per la responsabilità sia *ex* art. 2051 c.c., sia *ex* art. 2043, senza tenere presente che l'effettiva *ratio decidendi* sta nella ritenuta prova del fortuito, consistente nella distrazione del danneggiato. Tale ultima questione, posta nel terzo motivo, è anch'essa manifestamente infondata in quanto la decisione impugnata è conforme all'orientamento secondo cui in relazione ai danni verificatisi nell'uso di un bene demaniale, tanto nel caso in cui risulti in concreto configurabile una responsabilità oggettiva della P.A. ai sensi dell'art. 2051 c.c., quanto in quello in cui risulti invece configurabile una responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'esistenza di un comportamento colposo dell'utente danneggiato (sussistente anche quando egli abbia usato il bene senza la normale diligenza o con un affidamento soggettivo anomalo sulle sue caratteristiche) esclude la responsabilità della P.A., qualora si tratti di un comportamento idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno ed il danno stesso, mentre in caso contrario esso integra un concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 1, con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante (e, quindi, della P.A.) in proporzione all'incidenza causale del comportamento stesso (Cass. n. 5669/2010; 15779/2006; 15383/2006). La sentenza impugnata, invece, ha congruamente spiegato le ragioni della propria decisione, risulta correttamente ritenuto riconducibile all'ipotesi del fortuito il caso in cui l'evento di danno sia da ascrivere esclusivamente alla condotta del danneggiato, la quale abbia interrotto il nesso eziologico tra la cosa in custodia ed il danno (v. Cass. n. 20317/2005).
4.2. Anche le censure di cui al quarto e quinto motivo sono manifestamente infondate dovendosi ribadire che la conformità della sentenza al modello di cui all'art. 132 c.p.c., n. 4, e l'osservanza degli artt. 115 e 116 c.p.c., non richiedono che il giudice di merito dia conto dell'esame di tutte le prove prodotte o comunque acquisite e di tutte le tesi prospettate dalle parti, essendo necessario e sufficiente che egli esponga, in maniera concisa, gli elementi in fatto ed in diritto posti a fondamento della sua decisione, offrendo una motivazione logica ed adeguata, evidenziando le prove ritenute idonee a confortarla, dovendo reputarsi per implicito disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con l'"iter" argomentativo seguito (Cass. n. 22801/2009; 17145/2006).
… *Omissis* ...
5. - Il relatore propone la trattazione del ricorso in camera di consiglio ai sensi degli artt. 375, 376 e 380 *bis* c.p.c., ed il rigetto dello stesso. La relazione è stata comunicata al Pubblico Ministero e notificata ai difensori delle parti costituite.
Non sono state presentate memorie né conclusioni scritte.
Ritenuto che:
a seguito della discussione sul ricorso in camera di consiglio, il collegio ha condiviso i motivi in fatto e in diritto esposti nella relazione; che il ricorso deve perciò essere rigettato essendo manifestamente infondato;
… *Omissis* …

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 22 febbraio 2012, n. 2562 - Pres. Finocchiaro - Rel. Uccella - P.G. Basile (conf.) - A.N.A.S. S.p.A. c. F.Z. e altri

Sussiste responsabilità, ai sensi dell'art. 2051 c.c., da parte dell'ente gestore di una strada anche per i danni causalmente derivanti da particolari condizioni in cui versi la strada stessa (una copiosa nevicata con conseguente presenza di ampi tratti di carreggiata ghiacciati), posto che il custode non riesca a fornire la prova di aver espletato con la diligenza necessaria l'attività di controllo, vigilanza e manutenzione necessarie sulla cosa stessa.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 24 febbraio 2011, n. 4484; Cass. 20 novembre 2011, n. 24529; Cass. 8 agosto 2007, n. 17377; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22507.
Difforme	Cass. 29 novembre 2011, n. 25243.

Svolgimento del processo

... Omissis ...

Motivi della decisione

… Omissis ...

1. - Con i primi due motivi (violazione e falsa applicazione degli artt. 2051 e 2697 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 e sotto altro profilo in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in estrema sintesi, l'ANAS si duole dell'applicazione fatta dal giudice dell'appello dell'art. 2051 c.c.

Trattandosi di sinistro avvenuto su strada pubblica di ampia estensione e dovuto ad evento esterno alla strada e/ o alle sue pertinenze (nevicata intensa e conseguente strato di ghiaccio) il danneggiato avrebbe dovuto provare il nesso causale fra la cosa in custodia e l'evento dannoso e, comunque, si era verificato un caso fortuito idoneo ad esentare da responsabilità la esponente, con responsabilità, invece, esclusiva del danneggiato.

2. - In punto di fatto, e per una migliore comprensione della vicenda, va detto che il giudice dell'appello ha accertato che il sinistro si era verificato su strada statale "in una situazione in cui non ricorrono le figure sintomatiche di effettiva sussistenza del potere di custodia (strade comunali e autostrade)".

Dalle deposizioni testimoniali è risultato che la strada era estremamente ghiacciata al punto che due testi - T. e Ag. il pomeriggio precedente il sinistro si erano recati a spargere miscela di sale e sabbia, che, però, non era risultata fruttuosa, al punto che altri testi hanno dichiarato che la strada era impenetrabile.

Le testimonianze risultarono confermate dal rapporto dei Carabinieri intervenuti subito dopo il sinistro. L'incidente si era verificato perché alla guida del mezzo pesante, di notte (ore 3,30), lo Z., malgrado la situazione obbiettiva dovuta alla presenza di ghiaccio, avrebbe proceduto ad una velocità inferiore ai 60/KMh, ma senza tener conto della presenza di cartelli che non solo prevedevano un limite di 50/KMh e sulla rampa di decelerazione 40/KMh, ma nemmeno del cartello che indicava pericolo in caso di nebbia o ghiaccio.

In tal modo ricostruita la situazione di fatto il giudice dell'appello ha ritenuto:

a) applicabile anche all'ANAS l'art. 2051 c.c., in quanto proprietaria e gestore della strada pubblica alla luce della più recente giurisprudenza di questa Corte;

b) che l'ANAS non avesse dimostrato di avere usato la diligenza che il caso richiedeva, ovvero di avere adottato tutte le misure necessarie ed idonee a prevenire ed impedire la produzione di danni a terzi (con richiamo a Cass. n. 3651/2006);

c) che, trattandosi di responsabilità oggettiva, questa resta esclusa soltanto dal caso fortuito, che attiene non già ad un comportamento del responsabile, bensì al profilo causale dell'evento, riconducibile non alla cosa (che ne è fonte immediata), ma ad un elemento esterno, recante i caratteri dell'oggettiva imprevedibilità ed inevitabilità e che può essere costituito anche da fatto del terzo o del danneggiato (richiamo a Cass. n. 15383/2006).

3. - Poste queste premesse logico-giuridiche, il giudice a quo ha, poi, sottolineato che l'ente gestore - quale in questo caso l'ANAS - non aveva provato il caso fortuito, ossia non aveva provato di avere espletate, con la diligenza adeguata alla natura e alla funzione della cosa in relazione alla situazione concretamente verificatasi ed esistente, tutte le attività di controllo, vigilanza e manutenzione su di essa gravanti in base a specifiche prescrizioni normative (nel caso art. 14 C.d.S.) e non già del principio del neminem laedere.

In sintesi, l'ANAS non aveva provato di avere fatto tutto il possibile per provvedere alla funzionalità della strada, che si era coperta dello strato di ghiaccio.

Pertanto, e condividendosi l'orientamento interpretativo fatto dal proprio dal giudice a quo e che va ribadito, come, peraltro, confermato da successive decisioni (Cass. n. 8157/2009; Cass. n. 24419/2009; Cass. n. 12695/2010), la violazione di cui all'art. 2051 c.c., sotto entrambi i profili denunciati nei due motivi non è rinvenibile nella specie.

E solo per completezza va detto che, per il caso in esame, l'argomentare del giudice dell'appello, confortato da dati fattuali e processuali, nonché dall'indirizzo interpretativo seguito dalla Corte territoriale e condiviso dal Collegio, non si pone in contrasto con altro orientamento che se ha ritenuto sussistere il "caso fortuito" quando il tratto di stra-

da su cui si è verificato l'evento dannoso non era oggetto di custodia da parte dell'ANAS o questa non aveva contribuito a renderlo pericoloso con la sua attività.
Infatti quell'orientamento precisa che l'oggettiva impossibilità della custodia non sussiste quando l'evento dannoso si è verificato su un tratto di strada che in quel momento, come nella specie, era in concreto oggetto di custodia (Cass. n. 9546/2010).
4. - Né, ad avviso del Collegio, si rinviene una insufficiente e/o contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, terzo motivo) circa la percentuale di responsabilità dell'ANAS (riconosciuta al 60%, dal giudice dell'appello nella sentenza impugnata, rispetto a quella attribuita allo Z.
Di vero, con valutazione insindacabile, perché confortata dalle risultanza processuali, il giudice a quo ha ritenuto che la condotta dello Z. fosse non completamente regolare perché di poco superiore ai limiti di velocità indicati nel cartello e, comunque, la sua velocità non era adeguata per un automezzo che percorreva, in discesa, la strada in condizioni di tempo e luogo non certo rassicuranti.
E ciò sulla base anche della relazione prodotta con l'atto di citazione dagli originari attori, tenendo presente che la condizione della strada, con presenza anche di nebbia, imponeva cautela nella guida.
Dall'argomentare del giudice a quo si evince che egli ha tenuto conto, ai fini dell'entità del richiesto risarcimento, come prevalente la condotta omissiva dell'ANAS rispetto a quella del conducente, che pure ha sanzionato perché incauta ed irregolare.
Si tratta di giudizio di merito, che, congruamente argomentato, sfugge al sindacato di questa Corte.
… *Omissis* ...
Conclusivamente, il ricorso va respinto, ma l'alterno esito delle fasi di merito inducono il Collegio a compensare integralmente tra le parti le spese del presente giudizio di cassazione.
... *Omissis* ...

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 4231 - Pres. Petti - Rel. Massera - P.G. Sgroi (diff.) - M.R. e altri c. Telecom Italia S.p.A. e Provincia di Alessandria

La responsabilità del custode di cui all'art. 2051 c.c. ha natura oggettiva, per cui il danneggiato deve provare la sussistenza di un nesso causale tra bene in custodia ed evento dannoso; tale giudizio costituisce un accertamento di fatto, quindi riservato al giudice di merito, non suscettibile di valutazione da parte del giudice di legittimità.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 19 novembre 2009, n. 24428; Cass. 10 marzo 2009, n. 5736.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

… *Omissis* ...
2.1. - Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione della l. 21 aprile 1962, n. 181 e della circolare n. 2337 dell'11 luglio 1987, attuativa della l. n. 481 del 1962; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio. Si assume che la Corte territoriale non ha fatto corretta applicazione delle norme dettate in materia di sicurezza stradale.
2.2. - La censura è infondata. Pur in presenza di riferimenti normativi errati, tuttavia la Corte territoriale, premesso di condividere l'affermazione del Tribunale, che aveva escluso che risultasse provato il nesso di causalità tra gli illeciti imputati alle convenute (anomalia del chiusino, insufficiente altezza della barriera laterale), ha spiegato che il chiusino non presentava alcuna anomalia, che non era stato accertato il punto esatto in cui il R. aveva iniziato a sbandare, che costui aveva urtato contro la ringhiera che delimitava il ponte sul fiume, più alta del minimo stabilito dalla normativa in vigore ed era caduto in basso.
I ricorrenti postulano l'applicabilità alla specie di norme diverse da quelle indicate dalla Corte territoriale, ma non riportano testualmente le pertinenti parti del proprio atto di appello al fine di dimostrare in quali esatti termini avessero prospettato tale questione. Anzi, essi stessi (pagg. 6 e 7 del ricorso) riconoscono che la Corte territoriale ha rimarcato come non avessero specificamente attaccato, sul punto, la sentenza del Tribunale.
In ogni caso i ricorrenti fanno leva su una normativa di carattere precettivo e non immediatamente cogente, sostanzialmente riferibile alle nuove costruzioni stradali o ai rifacimenti delle medesime, inidonea a dimostrare che la barriere in questione non fosse a norma.
In particolare, avuto riguardo alla circolare n. 2337 in data 11 luglio 1987 del Ministero dei Lavori Pubblici, ne offrono una lettura errata, in quanto attribuiscono all'altezza (in realtà indicata in cm. 70; la ringhiera all'origine della controversia era alta m, 1,05) delle barriere il dato (m. 1,20) riguardante la lunghezza. Non giovano loro neppure le previsioni del D.M. 5 novembre 2001, poiché esso indica l'altezza dei parapetti in m. 1, quindi inferiore a quella

della barriera de qua e dell'art. 14 C.d.S., poiché si tratta ancora una volta di una norma precettiva che impone agli enti proprietari della strada di provvedere alla manutenzione gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredi; ma nulla dimostra - e gli stessi ricorrenti non sono in grado di addurre alcun elemento al riguardo - che la barriera non fosse in condizioni ottimali. E, giova ribadirlo, nel ricorso non viene segnalato alcun elemento fattuale utile ad inferire che, ove fosse stata applicata la normativa invocata, il sinistro non si sarebbe verificato o avrebbe avuto conseguenze diverse e meno gravi.
Peraltro, anche in riferimento alle argomentazioni spese nella memoria, occorre rilevare che il tema dell'adeguatezza della barriera non può essere risolto con esclusivo riferimento alle norme di diritto, ma è connesso anche ad accertamenti di fatto riservati al giudice di merito. Nella specie i giudici dei due gradi hanno concordato nel negare che fosse risultato provato il nesso causale tra i due manufatti (tombino e barriera) e l'evento.
3.1. - Il secondo motivo adduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2051 e/o 2043 c.c.; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.
Il tema trattato è ancora quello dell'omessa manutenzione della strada da parte della Provincia di Alessandria e, in particolare, della mancata predisposizione di manufatti laterali a protezione del ponte da cui è precipitato il R..
3.2. - Neppure in questa sede viene presa posizione in modo chiaro e definitivo su quale fosse la norma posta a fondamento della domanda.
La censura è sostanzialmente ripetitiva, sia pure sotto profilo diverso, della precedente, contrasta con l'accertamento di fatto effettuato in sede di merito, e, quindi, risulta infondata per le medesime ragioni. Infatti vanno ribadite le considerazioni lì esposte sia sul piano processuale, sia sotto il profilo della mancanza di prova del nesso causale e di un diverso sviluppo degli effetti del sinistro.
4 - Pertanto il ricorso va rigettato. Le spese seguono il criterio della soccombenza.
... *Omissis* ...

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 16 marzo 2012, n. 4251 - Pres. Trifone - Rel. D'Amico - P.G. Russo (conf.) - P.P. c. A.N.A.S. S.p.A.

La responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. si applica agli enti pubblici solo se viene dimostrato che l'amministrazione era in grado di esercitare un effettiva custodia sullo stesso (intesa come effettivo potere di controllo sul bene), da valutare in relazione alle circostanze del caso concreto.

L'esistenza di un comportamento colposo dell'utente danneggiato (sussistente anche quando egli abbia utilizzato il bene senza l'ordinaria diligenza) esclude la responsabilità dell'Amministrazione Pubblica qualora si tratti di comportamento idoneo ad interrompere il nesso eziologico; in caso contrario può integrare un concorso di colpa rilevante ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 7 aprile 2010, n. 8229; Cass. 7 aprile 2009, n. 8377; Cass. 26 novembre 2007, n. 24617; Cass. 6 luglio 2006, n. 15383.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

Il Collegio ha raccomandato una motivazione semplificata.
… *Omissis* ...
Con il primo motivo del ricorso P.P. denuncia "Violazione e falsa applicazione art. 2051 c.c. e 2697 c.c. - Difetto di motivazione su punti decisivi".
Sostiene parte ricorrente che la Corte territoriale ha errato nell'escludere l'applicazione dell'art. 2051 c.c., in ragione dell'estensione della rete stradale mentre per la responsabilità prevista da tale norma 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, per cui tale tipo di responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito.
Sussiste inoltre, secondo il P., vizio di motivazione perché il giudice non ha affatto motivato riguardo all'accertamento che doveva svolgere in relazione al caso concreto.
In secondo luogo non può rientrare nel carattere dell'oggettiva imprevedibilità e inevitabilità la circostanza che un automobilista percorresse la strada nel punto in cui è ghiacciata.
Il motivo è infondato.
La presunzione di responsabilità per danni da cosa in custodia, di cui all'art. 2051 c.c., non si applica infatti agli enti pubblici per danni subiti dagli utenti di beni demaniali ogni qual volta sul bene demaniale stesso, per le sue caratteristiche, non risulti possibile - all'esito di un accertamento da svolgersi da parte del giudice di merito in relazione al caso concreto - esercitare la custodia, intesa quale potere di fatto sul bene.
L'estensione del bene demaniale e l'utilizzazione generale

e diretta di esso da parte di terzi, sotto tale profilo, assumono soltanto la funzione di circostanze sintomatiche dell'impossibilità della custodia. Alla stregua di tale principio, con particolare riguardo al demanio stradale, la ricorrenza della custodia deve essere esaminata non soltanto con riguardo all'estensione della strada, ma anche alle sue caratteristiche, alla posizione, alle dotazioni, ai sistemi di assistenza che li connotano, agli strumenti che il progresso tecnologico appresta, in quanto tali caratteristiche assumono rilievo condizionante anche delle aspettative degli utenti (Cass. 6 luglio 2006, n. 15383; Cass. 6 giugno 2008, n. 15042; Cass. 26 settembre 2006, n. 20823).
La responsabilità della P.A. non può quindi essere a priori esclusa in relazione alla natura demaniale del bene, ma neppure può essere ritenuta in ogni caso sussistente anche quando vi è l'oggettiva impossibilità di tale potere di controllo del bene, che è il presupposto necessario per la modifica della situazione di pericolo.
L'esistenza di un comportamento colposo dell'utente danneggiato (sussistente anche quando egli abbia usato il bene senza la normale diligenza) esclude la responsabilità della P.A., qualora si tratti di un comportamento idoneo a interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno e il danno stesso, mentre, in caso contrario, esso integra un concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 1, con conseguente diminuzione della responsabilità del danneggiante in proporzione all'incidenza causale del suo comportamento (Cass. 12 luglio 2006, n. 15779).
Nel caso in esame l'impugnata sentenza, esaminando la situazione di fatto, ha attribuito l'esclusiva responsabilità al danneggiato.
Per quanto riguarda il denunciato vizio di motivazione deve rilevarsi che lo stesso non sussiste in quanto l'impugnata sentenza risulta correttamente argomentata.
Con il secondo motivo si denuncia "Violazione e falsa applicazione artt. 2043 e 2697 c.c. - Difetto di motivazione anche per omesso esame di documenti decisivi".
Secondo parte ricorrente la motivazione della Corte d'Appello è incongrua e presenta salti logici, fondandosi su una sanzione amministrativa per violazione di norme del codice della strada mai irrogata.
Inoltre l'impugnata sentenza contiene una violazione dell'art. 2697 c.c., essendosi invertito l'onere della prova.
Il motivo è infondato.
Il vizio di omessa o insufficiente motivazione, deducibile in sede di legittimità *ex* art. 360 c.p.c., n. 5, sussiste solo se nel ragionamento del giudice di merito, quale risulta dalla sentenza, sia riscontrabile il mancato o deficiente esame di punti decisivi della controversia e non può invece consistere in un apprezzamento dei fatti e delle prove in senso difforme da quello preteso dalla parte, perché la citata norma non conferisce alla Corte di legittimità il potere di riesaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico-formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione fatta dal giudice del merito al quale soltanto spetta di individuare le fonti del proprio convincimento e, a tale scopo, valutare le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza, e scegliere tra le risultanze probatorie quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione (Cass. 18 marzo 2011, n. 6288).
Nel caso in esame l'impugnata sentenza ha attribuito la responsabilità al danneggiato, oltre che per la velocità, anche per l'uso di pneumatici non adatti alla condizione dei luoghi.
Con il terzo motivo si denuncia "Violazione e falsa applicazione art. 2043 c.c., sotto altro profilo e ulteriore difetto di motivazione su punto decisivo".
Secondo parte ricorrente l'impugnata sentenza avrebbe dovuto considerare, a prescindere dall'esistenza di una insidia o trabocchetto, se sussistesse un comportamento colposo dell'ente proprietario della strada per aver omesso di predisporre opere che evitassero la presenza di una fascia di acqua in caso di piogge e del ghiaccio in caso di abbassamenti della temperatura.
La visibilità o meno dello stato di pericolo non vale di per sé ad escludere la responsabilità dell'ente proprietario ma andava valutata dal giudice di merito solo in termini di eventuale concorso del danneggiato con riferimento all'evento lesivo.
Il motivo è infondato.
Correttamente infatti l'impugnata sentenza ha escluso che fosse da applicare la regola di cui all'art. 2043 c.c., osservando che le risultanze di causa escludevano che la fattispecie potesse configurare gli estremi dell'insidia e del trabocchetto, risultando che dalla enunciata dinamica del sinistro si potesse escludere la sussistenza di una situazione di pericolo occulto con le relative caratteristiche di imprevedibilità e non visibilità.
La Corte ha escluso anche un comportamento colposo dell'ente proprietario della strada, pur in presenza della formazione di ghiaccio, in quanto l'A.n. a.s. si era attivata nello spargimento di sale.
Colposo era invece il comportamento dell'automobilista in quanto alle sei circa del mattino, in stagione invernale, in località montuosa, era ben prevedibile la formazione di ghiaccio sulla strada.
Il danneggiato non ha adottato né un'attenta condotta di guida né ha utilizzato idonei pneumatici.
Con il quarto motivo si denuncia "Difetto di motivazione per omessa ammissione di mezzi di prova".
Secondo parte ricorrente la sentenza è errata per avere rigettato l'ulteriore ammissione di prove orali con una motivazione insufficiente.
Il motivo è infondato.
L'ammissione di mezzi di prova di cui all'art. 261 c.p.c., è infatti rimessa all'iniziativa ed alla discrezionale valutazione del giudice di merito, onde non è censurabile in sede di legittimità la sentenza che non abbia ammesso, ritenendole ininfluenti, le dette prove.
In conclusione, dichiarato inammissibile il controricorso, deve essere rigettato il ricorso mentre non v'è luogo a disporre delle spese del giudizio di cassazione.
... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Aldo P. Benedetti (*)

Le decisioni in commento affrontano e risolvono variamente alcune fattispecie di responsabilità della Pubblica Amministrazione nella sua qualità di custode di strade. In particolare la Cassazione si sofferma sulle questioni della effettività della custodia da parte dell'ente pubblico proprietario della strada e del contenuto della prova liberatoria a carico del custode. Nel commento l'A. analizza e presenta la giurisprudenza sul tema e rileva come questa, al di là delle ripetute affermazioni nel senso della natura oggettiva della responsabilità *ex* art. 2051 c.c., spesso risolva le controversie secondo una prospettiva che valuta la relazione-interazione tra condotta del danneggiante e del danneggiato.

Premessa

Come da più parti è stato rilevato (1), la produzione giurisprudenziale - anche della corte di legittimità - in tema di responsabilità da cose in custodia della Pubblica Amministrazione è un fiume ormai da lungo tempo in piena (2). Infatti, dopo la nota svolta con cui la Cassazione ha ritenuto di poter applicare la responsabilità (qualificata come oggettiva) di cui all'art. 2051 c.c. anche alla Pubblica Amministrazione nella sua veste di "custode" delle strade destinate all'utilizzo pubblico, le controversie aventi ad oggetto la (presunta) responsabilità degli enti pubblici proprietari di strade sono state decisamente numerose. Anche le pronunce in commento si inseriscono in questo ricco filone, confermando ancora una volta l'irrisolta tensione che permane tra effettività della tutela degli utilizzatori di strade pubbliche e desiderio di evitare un'incontrollata moltiplicazione delle ipotesi di responsabilità della Pubblica Amministrazione (3). In particolare queste decisioni affrontano (e variamente risolvono), il problema relativo alle caratteristiche che può rivestire il caso fortuito, nella sua funzione di elemento in grado di escludere la responsabilità del custode.

I casi

Come si è sopra accennato, le sentenze in commento affrontano diversi casi di responsabilità della P.A. per danni occorsi sulle strade, soffermandosi sulle caratteristiche della prova liberatoria del caso fortuito. La prima decisione (Cass. n. 1310/2012) vede la Corte di Cassazione, attraverso una stringata ordinanza, respingere il ricorso proposto da un ciclista che era caduto a causa di una normale griglia per la raccolta delle acque piovane posta sul manto stradale. La Corte di legittimità ha confermato, infatti, le decisioni di merito che avevano escluso la responsabilità del Comune proprietario della strada. La Cassazione - pur ribadendo ancora una volta come la valutazione circa la sussistenza di un caso fortuito idoneo ad escludere la responsabilità oggettiva *ex* art. 2051 c.c. del custode sia oggetto del giudizio di merito e «il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità» - ha concordato con i giudici di appello che avevano ritenuto che la distrazione del danneggiato avesse rappresentato il caso fortuito in grado di escludere la responsabilità dell'ente pubblico custode della strada (4).

Anche un'altra delle decisioni in commento (Cass. n. 4231/2012) ricorda come l'accertamento dei fatti posto a fondamento di una richiesta di risarcimento per responsabilità *ex* art. 2051 c.c. sia di competenza

Note:

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

(1) Per tutti si vedano: M. Fornaciari, *La responsabilità da cose in custodia (art. 2051 c.c.)*, in *Giust. it.*, 2009, I, 297, A.P. Benedetti, *Condotta del danneggiato e responsabilità da cose in custodia: spunti di riflessione*, in questa *Rivista*, 2011, 234.

(2) Si segnalano, tra le più recenti decisioni edite che affrontano vicende di responsabilità della P.A. nella sua qualifica di custode di strade aperte al pubblico: Cass. 9 maggio 2012, n. 7037, in questa *Rivista*, 2012, 799, Cass. 18 ottobre 2011, n. 21508, in questa *Rivista*, 2012, 614, Cass. 18 luglio 2011, n. 15723, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 515, Cass. 18 luglio 2011, n. 15720, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 519, Cass. 24 maggio 2011, n. 11430, ord., in questa *Rivista*, 2012, 284, Cass. 19 maggio 2011, n. 11016, in questa *Rivista*, 2012, 27; Cass. 22 marzo 2011, n. 6550, in questa *Rivista*, 2011, 1183; Cass. 15 ottobre 2010, n. 21739, in *Giur. it.*, 2011, 2049 e in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1043; Cass. 22 aprile 2010, n. 9546, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2679; Cass. 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 940. Si segnala anche il recente contributo di V. Montani, *Le voci di danno risarcibile nella responsabilità del custode*, in questa *Rivista*, 2012, 776, sulla quantificazione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità *ex* art. 2051 c.c.

(3) M. Nuzzo, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per sinistro su strada statale*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 745.

(4) In particolare la Cassazione rileva che in caso di danni verificatisi per l'utilizzo di beni demaniali, sia che sia configurabile una responsabilità oggettiva *ex* art. 2051 c.c., sia che si tratti di responsabilità *ex* art. 2043 c.c., «l'esistenza di un comportamento colposo dell'utente danneggiato (sussistente anche quando egli abbia utilizzato il bene senza la normale diligenza o con un affidamento soggettivo anomalo sulle sue caratteristiche) esclude la responsabilità della P.A., qualora si tratti di un comportamento idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra la causa del danno ed il danno stesso», integrandosi in caso contrario un concorso rilevanti ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c.

del giudice di merito. Ma la Cassazione, in questa sentenza, ha avuto modo di rimarcare - invero molto rapidamente - quale sia il contenuto della prova posto a carico del danneggiato in ipotesi di responsabilità per i danni riportati a causa di una caduta "stradale". Secondo i Giudici di legittimità, infatti, la vittima di una caduta da un ciclomotore, qualora asserisca che tale caduta è derivata da un chiusino stradale irregolare o che i danni subiti sono derivati dall'urto contro una recinzione stradale non idonea, ha l'onere di dimostrare specificamente la derivazione causale dell'evento dannoso dai fattori eziologici invocati. In altre parole, la prova del nesso eziologico tra cosa e danno - che, secondo l'interpretazione prevalente in termini oggettivi della disposizione di cui all'art. 2051 c.c., costituirebbe l'unico onere a carico del danneggiato deve dimostrare per ottenere il risarcimento - non può limitarsi ad assumere che la cosa sia stata «occasione» dell'evento dannoso, ma deve invece dimostrare che essa ne è stata «causa» (5).
Particolarmente interessante è la coppia di sentenze che affronta due vicende molto simili, relative ai danni riportati da automobilisti a causa di tratti di strada ghiacciata (Cass. n. 2562/2012 e Cass. n. 4251/2012) (6). In entrambi i casi un automobilista ha riportato danni (particolarmente gravi nel caso deciso da Cass. n. 2562/2012, visto il decesso del danneggiato) riconducibili all'insufficiente stato di manutenzione del fondo stradale di pertinenza dell'ANAS a causa della presenza di ghiaccio. La vicenda decisa dalla sentenza n. 2562/2012 è relativa al decesso di un'automobilista che, mentre percorreva una strada statale, a causa della presenza di ghiaccio conseguente ad una copiosa nevicata, aveva perso il controllo del mezzo di cui era alla guida, aveva urtato contro un guard-rail, sfondandolo, ed era precipitato nel vuoto. La Corte di Cassazione - confermando la decisione della Corte d'Appello - ha ritenuto che nel caso di specie sussistesse la responsabilità del gestore-custode della strada, responsabilità ridotta del 40% a causa del concorso del danneggiato che aveva tenuto una condotta imprudente. La Corte di legittimità ha precisato come il danneggiante, alla luce della natura oggettiva della responsabilità disciplinata dall'art. 2051 c.c., non era riuscito a provare l'esistenza di un caso fortuito in grado di liberarlo da responsabilità: secondo la Cassazione la prova liberatoria del caso fortuito consiste nella dimostrazione di aver espletato «con la diligenza adeguata alla natura e alla funzione della cosa, tutte le attività di controllo, vigilanza e manutenzione» necessarie (7). Nella sentenza n. 4251/2012 la Corte di Cassazione, confermando le decisione rese dai giudici di merito, ha negato la responsabilità dell'ANAS per i danni riportati da un'automobilista che aveva sbandato mentre percorreva un tratto di strada ghiacciata. In particolare, secondo le motivazioni del giudizio di legittimità, la responsabilità dell'ente pubblico custode andava esclusa per due distinti argomenti: infatti, nel caso di specie, da un lato non era ravvisabile un effettivo potere di controllo sulla strada da parte dell'ente pubblico, mentre, da altra prospettiva si doveva ritenere che la condotta colposa del danneggiato avesse rappresentato un fattore causale in grado di interrompere il nesso causale tra cosa ed evento dannoso.
Le decisioni in commento presentano diversi profili di interesse. In particolare, in questa sede, sembra opportuno soffermarsi su quello che pare essere uno dei punti centrali della responsabilità da custodia, ovvero il problema del contenuto della prova liberatoria del caso fortuito (8). Peraltro converrà, preliminarmente, accennare anche alla questione delle caratteristiche che deve rivestire la custodia perché si possa effettivamente applicare la previsione dell'art. 2051 c.c. alla P.A. in qualità di custode.

Potere effettivo sulla cosa e custodia della Pubblica Amministrazione

Le decisioni in esame, soprattutto le due sentenze che affrontano la responsabilità dell'ANAS in caso di danni verificatisi su di una strada ghiacciata, prendono in considerazione il problema della "custodia" in ipotesi di responsabilità *ex* art. 2051 c.c. della P.A. Come noto (9), la disposizione dell'art. 2051 c.c., in caso di danni subiti dagli utenti di strade pubbliche,

Note:

(5) In particolare in questa decisione la Corte di Cassazione sottolinea la necessità che il danneggiato provi che se la P.A. avesse applicato la normativa prevista ed «invocata, il danno non si sarebbe verificato o avrebbe avuto conseguenze diverse e meno gravi».

(6) Vicende analoghe, relative a danni derivanti da tratti di strada ghiacciata, sono state affrontate da numerose sentenze di merito tra cui si segnalano: Trib. Monza-Desio 17 aprile 2007, in questa *Rivista*, 2008, 452, Giud. Pace Feltre 9 gennaio 2004, in *Dir. econ. ass.*, 2004, 1274, Trib. Fermo 23 marzo 2004, in *Foro it.*, Rep. CD-ROM, Trib. Milano 11 giugno 2001, in questa *Rivista*, 2001, 1089.

(7) La Cassazione chiude esplicitamente la sua argomentazione affermando che «in sintesi, l'ANAS non aveva provato di avere fatto tutto il possibile per provvedere alla funzionalità della strada, che si era coperta dello strato di ghiaccio».

(8) Da ultimo sul punto si veda P. Laghezza, *Responsabilità da cose in custodia:prova del fortuito*, in questa *Rivista*, 2012, 499, Id., *Di custodia, caso fortuito e responsabilità oggettiva*, in questa *Rivista*, 2012, 285.

(9) Ce lo ricorda, relativamente ai danni verificatisi in autostrada, da ultimo R. Foffa, *Animale in autostrada e responsabilità del gestore,* in questa *Rivista*, 2012, 30. Per una presentazione sintetica ed efficace dell'evoluzione giurisprudenziale in materia si veda S. Scalzini, *Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento*, in questa *Rivista*, 2012, 616.

è stata ritenuta applicabile alla P.A. solo dopo un lungo dibattito: dando seguito a numerose voci critiche emerse in dottrina (10), la giurisprudenza - sia di merito che di legittimità - con l'avvento del nuovo millennio ha mutato il proprio indirizzo interpretativo tradizionale, abbandonando definitivamente le posizioni di *favor* a vantaggio della P.A. per ricondurre anche queste ipotesi all'interno del diritto comune. Non è questa la sede per ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale: sarà sufficiente ribadire come le Corti abbiano ripetutamente affermato che l'ipotesi di responsabilità disciplinata dall'art. 2051 c.c. ha natura oggettiva ed è (tendenzialmente, ma non sempre) applicabile anche alla P.A. nella sua qualità di "custode" delle strade aperte al pubblico. In particolare, l'attenzione della giurisprudenza di legittimità, nel ribadire - almeno a livello declamatorio - il carattere oggettivo di questa ipotesi di responsabilità, ha sottolineato (e variamente analizzato) i due elementi strutturali della norma (il rapporto di custodia e il nesso causale tra cosa in custodia ed evento dannoso), nonché il contenuto della prova liberatoria che competerebbe al soggetto chiamato responsabile (*id est* il caso fortuito). L'analisi della giurisprudenza mostra, peraltro, come siano state frequenti interpretazioni e decisioni non sempre coerenti né coincidenti (11), con continue sovrapposizioni di piani differenti e ritorni, più o meno consapevoli, verso soluzioni "colpevoliste" (12).

Per quanto concerne il rapporto di custodia, sono emersi, almeno *prima facie*, due differenti orientamenti (13). Il primo, ispirato alle statuizioni delle sentenze della Corte di Cassazione nn. 15383 e 15384 del 2006 (14), afferma che la sussistenza del rapporto di custodia vada investigata in concreto, in relazione alle singole fattispecie sottoposte all'attenzione delle Corti, tenendo conto di indici rivelatori quali l'estensione della strada e le sue caratteristiche e l'utilizzo che ne viene fatto da parte dei consociati (15). Di contro, altro orientamento opera uno spostamento dell'attenzione dalla valutazione concreta dell'effettivo potere di controllo sul bene demaniale in custodia alla valutazione della tipologia di causa che ha provocato il danno: se la causa del danno è un fattore "di pericolo immanente" al bene allora la responsabilità *ex* art. 2051 c.c. del custode è affermata quasi "automaticamente", mentre se il danno deriva da un qualche elemento esterno è configurabile (se tale fattore è imprevedibile ed inevitabile) un'ipotesi di caso fortuito che libera il custode (16). Questa

Note:

(10) Il dibattito dottrinale sul tema è riassunto accuratamente da P. Laghezza, *La presunzione di responsabilità dell'art. 2051 non opera nei confronti della P.A.*, in questa *Rivista*, 2002, 626. Tra le numerose voci critiche che sono emerse in dottrina contro quello che è stato definito come un vero e proprio "privilegio" della P.A. si segnalano: M. Bessone, *Commento a Corte d'App. Milano 19 giugno 1981*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 121, M. Comporti, *Presunzioni di responsabilità e P.A.: verso l'eliminazione di privilegi ingiustificati*, in *Foro it.*, 1985, I, 1497, G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 789, M. Franzoni, *L'illecito,* in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 418, M. Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053*, in *Il Codice Civile. Commentario,* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2009, 330. Per una disamina della situazione nell'«era» dell'insidia e del trabocchetto: G. Morlini, *La responsabilità custodiale della Pubblica Amministrazione per sinistri stradali*, in *Giur. mer.*, 2011, 1283, P. Laghezza, *Strade e responsabilità della pubblica amministrazione: la lenta evoluzione della giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2011, 54, P. Donadoni, *La responsabilità civile nella pubblica amministrazione tra onere di custodia e cd. "insidia" (o "trabocchetto")*, in *Contr. impr.*, 2008, 982, G. Buffone, *Responsabilità della P.A. per omessa manutenzione del demanio stradale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2432 (con un'ampia presentazione storica della questione).

(11) Sottolinea queste incertezze, da ultimo, S. Scalzini, *Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento*, cit., 617.

(12) Si veda A.P. Benedetti, *Responsabilità da beni in custodia e comportamento del danneggiato*, in questa *Rivista*, 2008, 1112 ss., che evidenzia come al di là delle affermazioni nel senso della natura oggettiva della responsabilità del custode molto spesso dalle motivazioni delle sentenze emerga una valutazione della condotta del responsabile in termini (criptici) di colpevolezza.

(13) S. Scalzini, *Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento*, cit., 618.

(14) Cass. 6 luglio 2006, n. 15383, in *Corr. giur.*, 2007, 1285; Cass. 6 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 3358 e in questa *Rivista*, 2006, 1220.

(15) Per tutte, Cass. 15 ottobre 2010, n. 21328, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1043, in *Giur. it.*, 2011, 2049, secondo la quale «i criteri di valutazione della c.d. esigibilità della custodia, ineriscono alla natura ed alle caratteristiche del bene da custodire, e dunque, nel caso di specie, riguardano la estensione della strada, la dimensione, le dotazioni ed i sistemi di assistenza, di sicurezza, di segnalazioni di pericolo, generico e specifico, che sono funzionali alla sicurezza della circolazione ed in particolare dell'utente». Vedi anche Cass. 22 aprile 2010, n. 9546, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2679.

(16) In questi termini si esprime, da ultimo, Cass. 24 febbraio 2011, n. 4484, in *Foro it.*, 2011, I, 1082, con nota di A. Palmieri (che richiama quale precedente di riferimento Cass. 13 gennaio 2003, n. 298, in *Giust. civ.*, 2004, I, 209) laddove afferma che «occorre peraltro distinguere le situazioni di pericolo immanentemente connesse alla struttura o alle pertinenze dell'autostrada, da quelle provocate dagli stessi utenti ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa, che pongano a repentaglio l'incolumità degli utenti e l'integrità del loro patrimonio. Mentre, invero, per le situazioni del primo tipo, l'uso generalizzato e l'estensione della *res* costituiscono dati in via generale irrilevanti in ordine al concreto atteggiarsi della responsabilità del custode, per quelle del secondo tipo dovrà configurarsi il fortuito tutte le volte che l'evento dannoso presenti i caratteri della imprevedibilità e della inevitabilità. Negli stessi termini si vedano Cass. 24 febbraio 2011, n. 4495, in *Arch. circ.*, 2011, 695, Cass. 3 aprile 2009, n. 8157, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1025, Cass. 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, 3461 («il caso fortuito» è configurabile «in relazione a quelle» vicende «provocate dagli stessi utenti, ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere»).

seconda linea interpretativa pare voler perseguire il fine (non dichiarato, ma parimenti evidente) di evitare ogni automatismo tra sussistenza di un potere di custodia sul bene da parte dell'ente pubblico - gestore e attribuzione della responsabilità al custode.
Le decisioni in commento sono chiara testimonianza della varietà di interpretazioni che si è sommariamente descritta. Infatti Cass. n. 4251/2012 (pur se in un *obiter dictum*) ha avuto modo di precisare, confermando quanto sancito nella sentenza di secondo grado, che il giudice di merito deve accertare, in relazione alle circostanze del caso concreto, l'effettiva possibilità di esercizio della custodia da parte dell'ente pubblico proprietario della strada, custodia «intesa quale potere di fatto sul bene» (17). Invece Cass. n. 2652/2012 fornisce una valutazione intorno a questa specifica questione assai più interessante. I giudici di legittimità - con un peculiare *iter* argomentativo, che fa interamente proprie le motivazioni del giudizio di merito - hanno confermato l'attribuzione della responsabilità all'ANAS poiché non aveva provato il caso fortuito (coincidente con la dimostrazione di aver espletato con la diligenza necessaria tutte le attività necessarie per la efficiente manutenzione e tenuta in sicurezza della strada di propria competenza), pur essendosi verificato il sinistro su di una strada «in una situazione in cui non ricorrono le figure sintomatiche di effettiva sussistenza del potere di custodia», salvo poi precisare che comunque il tratto di strada dove si è verificato il danno «era in concreto oggetto di custodia» (18). La decisione in esame parrebbe, quindi, confermare l'orientamento per cui la custodia, requisito strutturale della responsabilità del custode, deve essere concretamente accertata. In realtà - ad una lettura attenta della sentenza - il requisito della custodia risulta essere in parte accantonato ed in parte (pericolosamente, ma non sorprendentemente) sovrapposto al contenuto della prova liberatoria del fortuito e alla valutazione della condotta del danneggiante. Infatti, da un lato, il problema della sussistenza della effettiva custodia viene risolto con una semplice affermazione quasi tautologica (19). Ma, da altra prospettiva, tutta l'argomentazione è tesa a sostenere che l'ente pubblico può essere responsabile, pur in presenza di una strada pericolosa a causa di uno spesso strato di ghiaccio, per una condotta non diligente, benché le condizioni obiettive della strada stessa facessero quantomeno dubitare dell'effettivo potere di controllo da parte dell'ente pubblico. La sovrapposizione tra custodia del bene, caso fortuito e diligenza del custode (a fronte di tanto reiterate quanto tralatizie affermazioni circa l'oggettività della responsabilità *ex* art. 2051 c.c.) è quindi evidente. Ma questa confusione, come si avrà modo di precisare meglio in seguito, nasce dalla insoddisfacente situazione che si determina con la asserita affermazione della responsabilità del custode come responsabilità completamente svincolata da una valutazione della condotta del custode stesso.

Il caso fortuito: tra condotta diligente del custode e fattore causale esterno

L'aspetto di maggiore interesse delle decisioni che si sono presentate in questa sede è senz'altro costituito dalla questione del contenuto della prova liberatoria richiesta al custode. In due casi (Cass. n. 1310/2012 e n. 4231/2012) la responsabilità del custode viene assolutamente esclusa poiché sia i giudici di merito che quelli di legittimità non ritengono sussistere (o essere provato) un rapporto eziologico "rilevante" tra bene in custodia ed evento dannoso. Secondo queste decisioni, quindi, non è sufficiente per il danneggiato affermare che il danno si è verificato su di una strada e a causa di una qualche imperfezione della stessa (o delle strutture ad essa adiacenti, quali recinzioni); è necessaria la specifica prova della relazione causale tra l'anomalia stradale denunciata (qualsiasi essa sia: buca, griglia di raccolta delle acque, chiusino sporgente, recinzione non a norma) e l'evento dannoso. In tale contesto emerge chiaramente anche che il comportamento della vittima - nel caso deciso da Cass. n. 1310/2012 consistente in una "distrazione" - può ben rappresentare il fortuito in grado di escludere la responsabilità del custode.
Queste statuizioni, peraltro, paiono confermare l'opinione per cui la responsabilità *ex* art. 2051 c.c. è, in qualche modo, sensibile alle caratteristiche della cosa che si vuole causa del danno, nonostante consolidate

Note:

(17) Anche Cass. n. 1310/2012, pur nelle stringate motivazioni esposte nell'ordinanza, pare di aderire, almeno implicitamente, alla linea interpretativa che ritiene di dover distinguere - in base all'effettiva sussistenza della custodia da parte dell'ente pubblico - tra la possibilità di applicare anche alla P.A. l'art. 2051 c.c. o, piuttosto, la norma generale dell'art. 2043 c.c.

(18) Infatti, in altra parte della motivazione, la Cassazione precisa che, nonostante l'affermazione della Corte d'Appello che aveva ritenuto non sussistere nel caso di specie le figure sintomatiche della custodia, in realtà - non si capisce bene per quali motivazioni - in concreto il tratto di strada su cui si era verificato il sinistro era oggetto di custodia. Ma l'affermazione pare più una giustificazione postuma a fronte della condivisione dell'*apportionment* del danno concretamente operato dalla corte di merito (che aveva ritenuto sussistere un concorso di colpa del danneggiato rilevante con riduzione del risarcimento pari al 40%).

(19) Laddove la sentenza in commento afferma che «l'oggettiva impossibilità della custodia non sussiste quando l'evento dannoso si è verificato su un tratto di strada che in quel momento era in concreto oggetto di custodia», come a dire che la custodia può sussistere perché c'è custodia.

affermazioni giurisprudenziali in senso contrario (20). Infatti è evidente, se solo si scorre la giurisprudenza, che il custode non è responsabile per tutti i danni causati dal bene di cui ha la custodia, ma è chiamato a rispondere per i danni che derivino da qualche "anomalia" o da qualche caratteristica (almeno potenzialmente) pericolosa del bene custodito (21).
Anche le due decisioni relative ai danni verificatisi a causa della strada ghiacciata si soffermano ampiamente sulla prova liberatoria che incombe sul custode. Cass. n. 2562/2012 riconosce la responsabilità del custode (concorrente con quella del danneggiato, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c.) poiché l'ente pubblico non ha fornito la prova di «aver fatto tutto il possibile per provvedere alla funzionalità della strada, che si era coperta dello strato di ghiaccio»: la prova liberatoria - pur a fronte delle solite affermazioni circa la natura oggettiva della responsabilità *ex* art. 2051 c.c. - è tutta incentrata sulla valutazione della condotta del custode. E tale tipo di argomentazioni si dipana anche in altra parte della sentenza, quando la Corte di legittimità valuta le motivazioni in ordine al concorso di colpa del danneggiato. La Cassazione ha confermato pienamente il giudizio di merito, che ha ritenuto fronteggiarsi due condotte non corrette: quella omissiva del custode della strada e quella "incauta ed irregolare" del danneggiato che procedeva a velocità eccessiva date le concrete circostanze in cui versava il fondo stradale.
Cass. n. 4251/2012 ha, invece, completamente escluso la responsabilità del custode, mostrando di condividere le statuizioni delle corti di merito, perché il comportamento del danneggiato - utente rappresentava un comportamento colposo in grado di elidere il nesso causale tra cosa e danno. In questo caso, quindi, la condotta imprudente del danneggiato ha rappresentato il fortuito in grado di escludere la responsabilità del custode (22).
Il quadro complessivo che si ricava da queste decisioni è comunque chiaro: queste pronunce non fanno che confermare l'evidente distonia tra declamata responsabilità oggettiva del custode e concrete applicazioni della regola di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. Infatti, per quanto il richiamo alla natura oggettiva della responsabilità da custodia sia costante in tutte le pronunce del giudice di legittimità in materia, la concreta soluzione delle controversie si dipana secondo regole operazionali diverse e secondo itinerari argomentativi e motivazionali peculiari, che proprio sul punto del fortuito manifestano la loro distanza dal modello oggettivo declamato. In tal senso Cass. n. 4231/2012, pur utilizzando un linguaggio tendenzialmente causale, esclude che l'ente pubblico custode abbia in qualche modo difettato nella manutenzione della strada, mentre Cass. n. 4251/2012 (che esclude la sussistenza di un comportamento colposo dell'ente custode) e Cass. n. 2562/2012 (che si riferisce alla carenza di diligenza da parte del custode nell'espletamento dell'«attività di controllo, vigilanza e manutenzione») utilizzano esplicitamente un linguaggio che rimanda ad una responsabilità di tipo soggettivo (23).

Una conclusione ed una postilla

La conclusione che è possibile ricavare dall'analisi di queste pronunce è dissonante rispetto al coro degli entusiasti sostenitori dell'interpretazione oggettiva della responsabilità del custode. Tra invocazioni di interventi delle Sezioni Unite (che dovrebbero tacitare definitivamente tutte le interpretazioni non conformi all'ortodossia oggettivistica) (24) e continui plausi a tutte le sentenze che paiono rappresentare un ulteriore passo verso la definitiva affermazione di una tanto ideale quanto irreale dottrina pura

Note:

(20) La dottrina più risalente nel tempo aveva sostenuto, con scarsi risultati, 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. Sul tema da ultimo si veda R. Breda, *Danni da cose in custodia: pericolosità e nesso causale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 942. È, infatti, massima frequente quella per cui la responsabilità da cose in custodia ha natura oggettiva e si applica a tutte le cose, senza che rilevino le caratteristiche (di pericolosità) della stessa: Cass. 7 aprile 2010, n. 8229, in *Arch circ.*, 2010, 604, Cass. 5 dicembre 2008, n. 28811, in *Foro it.*, Rep. CD-ROM, Cass. 28 novembre 2007, n. 24739, in questa *Rivista*, 2008, 782. Ma mostrano di dare rilevanza alla pericolosità (ancorché solo potenziale) della cosa: Cass. 8 febbraio 2012, n. 1769, in questa *Rivista*, 2012, 755, Cass. 18 luglio 2011, n. 15720, in *Foro it.*, Rep. CD-ROM; Cass. 4 ottobre 2010, n. 20602, in *Arch. circ.*, 2011, 325, Cass. 3 aprile 2009, n. 8157, cit.

(21) Si veda sul punto C. Severi, *La condotta del custode nella fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1472.

(22) È massima consolidata quella per cui il fortuito in grado di escludere la responsabilità del custode può consistere anche in un comportamento del danneggiato stesso, si vedano, tra le molte: Cass. 19 maggio 2011, n. 11016, cit., Cass. 19 gennaio 2010, in questa *Rivista*, 2010, 921, Cass. 20 novembre 2011, n. 24529, in *Foro it.*, Rep. CD-ROM, Cass. 16 gennaio 2009, n. 993, in questa *Rivista*, 2009, 743, Cass. 19 febbraio 2008, n. 4279, in questa *Rivista*, 2008, 1112.

(23) Come noto decisioni in questi termini sono frequenti, si vedano, da ultimo, in tal senso: Cass. 18 ottobre 2011, n. 21508, cit., Cass. 22 aprile 2010, n. 9546, cit. (che si riferisce alla non corretta manutenzione della strada).

(24) S. Scalzini, *Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento*, cit., 620.

dell'oggettività (25), il quadro è in realtà ben diverso, se solo si accetta di leggere i dati giurisprudenziali senza le lenti del pregiudizio. In tale prospettiva risulta evidente che la questione circa la natura di questa particolare responsabilità - nonostante gli sforzi teorici di differente segno (26) - non può prescindere da una corretta ed attenta valutazione della reale applicazione della norma dell'art. 2051 c.c. che viene effettuata dalla prassi dei tribunali, come confermano anche le decisioni in commento.

Infatti le Corti, pur ripetendo quasi costantemente che la responsabilità *ex* art. 2051 c.c. ha natura oggettiva (27), applicano in concreta la norma sulla base di un'interpretazione (magari inconsapevolmente) soggettiva. Questo risultato viene ottenuto grazie alle attente valutazioni circa l'effettività della custodia (spesso valutata alla luce di prevedibilità ed evitabilità dei danni) e grazie all'interpretazione decisamente elastica del concetto di fortuito, che spesso viene ritenuto sussistente in caso di condotta diligente del custode e che, comunque, mostra spesso di essere influenzato dalla prevedibilità ed evitabilità del danno. Sempre in tale prospettiva si possono leggere anche le frequenti ricostruzioni e valutazioni della condotta del danneggiato quale fattore in grado di interrompere il nesso causale tra cosa in custodia e danno. Come testimoniano anche le decisioni in commento, le Corti operano una valutazione del concorso del danneggiato più ispirate ad una logica di *all or nothing* che ad un *apportionment* delle conseguenze del danno (28): tale atteggiamento trova, forse, la sua ragione giustificativa nel tentativo della giurisprudenza di utilizzare la valutazione della condotta della vittima quale (ulteriore) strumento per limitare le eccessive potenzialità espansive della responsabilità *ex* art. 2051 c.c., soprattutto se letta in termini di responsabilità oggettiva.

Peraltro, proprio la valutazione della condotta del danneggiato costituisce un ottimo terreno di riprova per comprendere la reale natura della regola dell'art. 2051 c.c. Come confermano anche le decisioni che si annotano, i danni che derivano dall'utilizzo di strade aperte al pubblico (sia che derivino da buche, presenza di ghiaccio, cattiva manutenzione, allagamenti) sono senz'altro caratterizzati dalla possibilità di prevenzione bilaterale degli stessi: custode e utente-danneggiato possono e debbono adottare le precauzioni loro richieste indipendentemente dalla condotta effettivamente tenuta dalla "controparte" (29). In un contesto di questo tipo il giudizio operato dalle Corti consiste in una valutazione (sintetica) comparata della diligenza tenuta dal custode e dalla vittima: peraltro, tale giudizio tiene conto non solo della sequenza e delle reciproche interazioni tra la condotta del custode e quella del danneggiato (30), ma anche di tutti i dati oggettivi rilevanti (quali le caratteristiche specifiche del bene, l'effettività della relazione tra custode e bene, i fattori causali esterni alla cosa e alla condotta del terzo, l'affidamento sulle condizioni sicure del bene che l'utilizzatore dello stesso può riporre). E tale valutazione - pur in un approccio ancora evidentemente *case by case* operato dalla giurisprudenza - nella sostanza parrebbe risolversi in una sorta di versione italiana dello "*Slight-Gross System*" (31) per la valutazione del concorso di colpa del danneggiato: se la condotta imprudente del danneggiato viene ritenuta la causa "prevalente" del danno, non si avrà nessun risarcimento, mentre altrimenti si applicheranno le normali regole di ripartizione delle conseguenze del danno.

Note:

(25) Recentemente si segnalano: P. Laghezza, *Di custodia, caso fortuito e responsabilità oggettiva*, cit., 285 ss., R. Foffa, *Animale in autostrada e responsabilità del gestore*, in questa *Rivista*, 2012, 33 (ove si plaude all'applicazione della responsabilità da custodia anche per i danni cagionati dalla presenza di un animale in autostrada).

(26) Per tutti, nelle due differenti prospettive, P. Laghezza, *Di custodia, caso fortuito e responsabilità oggettiva*, cit., 287, U. Izzo, *Aree sciabili e responsabilità extracontrattuale: il difficile rapporto tra "responsabilità oggettiva" e colpa del danneggiato (parte seconda)*, in questa *Rivista*, 2011, 774 ss.

(27) Ma non mancano sentenze come, ad esempio, Cass. 15 ottobre 2010, n. 21328, cit., 1043, che discorrono apertamente di presunzione di responsabilità; in dottrina, da ultimo, 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 e U. Izzo, *Aree sciabili e responsabilità extracontrattuale: il difficile rapporto tra "responsabilità oggettiva" e colpa del danneggiato (parte seconda)*, cit.,

(28) Il passaggio dalle semplificate regole di "tutto o niente" in caso di concorso del danneggiato alle moderne regole di ripartizione delle conseguenze del danno in tali ipotesi ha rappresentato una delle principali evoluzioni del diritto della responsabilità civile tra XIX e XX secolo; sul tema si veda A.P. Benedetti, *La colpa del danneggiato nell'illecito civile: un'analisi storico comparata,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2012, II, 358.

(29) A.P. Benedetti, *Condotta del danneggiato e responsabilità da cose in custodia: spunti di riflessione*, cit., 238, U. Izzo, *Aree sciabili e responsabilità extracontrattuale: il difficile rapporto tra "responsabilità oggettiva" e colpa del danneggiato (parte prima)*, in questa *Rivista*, 2011, 563. Giova ricordare come gli studi teorici di analisi economica del diritto invochino l'applicazione di una regola di responsabilità fondata sulla colpa in caso di *bilateral accidents*: R. Cooter-U. Mattei-P.G. Monateri-R. Pardolesi-T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*. I. *Fondamenti*, Bologna, 2006, 218, G. Frezza-F. Parisi, *Responsabilità civile e analisi economica*, Milano, 2006, 187.

(30) Si deve a F. Cafaggi, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, 481 la approfondita esposizione dei modelli elaborati dalla dottrina nordamericana che sottolineavano l'interazione tra danneggiante e danneggiato in una prospettiva che analizzava la sequenza delle rispettive condotte. Sul tema si veda anche il classico S. Shavell, *Torts in which victim and injurer act sequentially*, in 26 *J. Law & Ec.* (1983), 589.

(31) Circa "*The Slight-Gross System*" di valutazione della *comparative negligence* e i suoi derivati si veda V.E. Schwartz, *Comparative Negligence,* Albany, 2002, IV ed., 70.

Incendio

Incendio di proprietà limitrofe e responsabilità del custode

CASSAZIONE CIVILE, Sez. VI, 28 febbraio 2012, n. 3022, ord. - Pres. Preden - Est. Amendola - ROMA CAPITALE c. BUCRI S.R.L.

In tema di responsabilità per i danni da cose in custodia *ex* art. 2051 c.c., il proprietario dell'immobile, dal quale si sia propagato un incendio all'immobile confinante, è responsabile dei danni causati a quest'ultimo, qualora non riesca a dimostrare che l'incendio è originariamente divampato in una parte dei locali di cui l'attrice danneggiata aveva, in quanto conduttrice, la disponibilità ed il godimento e di cui, quindi, era essa stessa custode.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 12 novembre 2009, n. 23945; Cass. 15 ottobre 2004, n. 20335.
Difforme	Cass. 5 aprile 2011, n. 7699.

Svolgimento del processo e motivi della decisione

È stata depositata in cancelleria la seguente relazione, regolarmente comunicata al P.G. e notificata ai difensori delle parti.

"Bucri s.r.l. convenne in giudizio il Comune di Roma, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni conseguenti a un incendio che, sviluppatosi in un locale di proprietà dell'Ente, si era propagato ad altro locale, anch'esso di proprietà del Comune, provvisoriamente occupato dall'esponente, in attesa del completamento dei lavori di ristrutturazione dell'immobile di cui era conduttrice.

Il convenuto, costituitosi in giudizio, contestò le avverse pretese.

Chiese, in via riconvenzionale, la condanna della società attrice a ristorarla dei pregiudizi subiti dall'immobile locato. Chiese, ed ottenne, di chiamare in causa l'impresa alla quale aveva appaltato la costruzione dei locali, al fine di esserne manlevata in caso di soccombenza. L'A.T.I. - Associazione Temporanea di Imprese costituita tra Impregilo s.p.a. e A.C.R.R. Appalti Centri Residenziali Romani s.r.l., chiamata in causa, negò di essere in alcun modo responsabile dell'evento lesivo.

Con sentenza del 10 ottobre 2005 il Tribunale di Roma, in accoglimento della domani proposta da Bruchi s.r.l., condannò il Comune a risarcirle i danni nella misura di Euro 61.974,00, oltre accessori; respinse invece ogni altra richiesta. Proposto gravame principale dal Comune e incidentale da Bruchi s.r.l., la Corte d'appello li ha rigettati entrambi, compensando integralmente tra le parti le spese del grado. Circostanza pacifica in causa - ha osservato il decidente - è che l'incendio ebbe a svilupparsi nel locale ristorante di proprietà del Comune e che di lì si propagò all'immobile, anch'esso di proprietà dell'Ente, condotto in locazione da Bruchi s.r.l.: siffatta eziologia del sinistro era stata per vero riconosciuta, sia in primo grado che in appello, dallo stesso Ente territoriale. In ogni caso era rimasto del tutto indimostrato che le fiamme fossero originariamente divampate in parti dell'immobile delle quali la società attrice aveva, in quanto conduttrice, la disponibilità e il godimento e delle quali era quindi essa stessa custode. In tale contesto correttamente il giudice di primo grado aveva addossato al Comune la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. Quanto alla domanda di manleva spiegata dal convenuto nei confronti della impresa costruttrice, il giudizio di infondatezza espresso dal Tribunale era assolutamente condivisibile, non essendo stato né dedotto che v'era stata tempestiva denuncia di vizi costruttivi, né specificato in cosa consistessero gli asseriti difetti occulti, genericamente allegati solo in sede di gravame, e avendo d'altra parte lo stesso Comune ammesso che l'opera era stata realizzata in conformità alle disposizioni all'epoca vigenti.

2. Roma Capitale ha proposto ricorso per cassazione, formulando un solo motivo.

Hanno resistito con due distinti controricorsi Bruchi s.r.l. e l'A.T.I., quest'ultima proponendo altresì ricorso incidentale, affidato a un unico mezzo, al quale Roma Capitale ha, a sua volta, replicato.

3. I ricorsi, dei quali va preliminarmente disposta la riunione, *ex* art. 335 c.p.c., sono soggetti, in ragione della data della sentenza impugnata, successiva al 4 luglio 2009, alla disciplina dettata dall'art. 360 *bis*, inserito dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 47, comma 1, lett. a).

Essi possono pertanto essere trattati in camera di consiglio, in applicazione degli artt. 376, 380 *bis* e 375 c.p.c., per esservi entrambi rigettati.
4 L'unico motivo del ricorso principale, con il quale si denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 2051 e 2053 c.c., nonché vizi motivazionali, è, per certi aspetti inammissibile, per altri infondato.
Esso è, anzitutto, gravemente carente sotto il profilo dell'autosufficienza, nella parte in cui richiama gli esiti della espletata prova testimoniale senza riprodurne il contenuto essenziale, adempimento assolutamente necessario al fine di consentire alla Corte di controllare la decisività del mezzo (confr. Cass. civ., 23 marzo 2010, n. 6937; Cass. civ. 12 giugno 2008, n. 15808; Cass. civ. 25 maggio 2007, n. 12239).
A ciò aggiungasi che i rilievi svolti in ordine alla necessità di accertare l'obbligo di manleva in capo all'A.T.I. si risolvono nella reiterazione della domanda spiegata con la chiamata in causa della impresa costruttrice, ma non contengono, in realtà, alcuna censura alle argomentate ragioni della decisione, così contravvenendo al principio per cui i motivi di ricorso devono avere i caratteri di specificità, completezza e riferibilità alla decisione impugnata (Cass. 15 febbraio 2003, n. 2312).
5 Per il resto le critiche, attraverso la surrettizia evocazione di violazioni di legge e di vizi motivazionali, in realtà inesistenti, mirano a sollecitare una rivalutazione dei fatti e delle prove, preclusa in sede di legittimità. Valga al riguardo considerare che ogni responsabilità di Bruchi s.r.l. nella causazione dell'evento lesivo, *ex* art. 1588 c.c., è stata esclusa dal giudice di merito proprio sull'assunto dell'esistenza della prova positiva della non imputabilità alla conduttrice della causa dell'incendio e che tale convincimento è stato motivato con argomentazioni logicamente corrette ed esenti da contrasti disarticolanti con il contesto fattuale di riferimento. Ne deriva che non colgono nel segno le deduzioni in ordine al preteso malgoverno dei principi giuridici della materia e del materiale istruttorio acquisito.
6 Infondato è altresì l'unico motivo del ricorso incidentale, con il quale l'Associazione Temporanea di Imprese lamenta violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., nonché mancanza di motivazione con riferimento alla compensazione delle spese del giudizio di gravame.
E sufficiente al riguardo evidenziare che, contrariamente all'assunto dell'impugnante, la Corte d'appello ha motivato la scelta decisoria adottata sulla base della particolare natura delle questioni trattate, e cioè, in sostanza, della delicatezza e complessità dei profili giuridici in punto di oneri deduttivi e probatori nelle azioni di responsabilità. E tale valutazione, che è di stretto merito, è insindacabile in sede di legittimità".
Ritiene il collegio di dovere fare proprio il contenuto della sopra trascritta relazione, alla quale i ricorrenti non hanno del resto neppure replicato.
Ne deriva che entrambi i ricorsi devono essere rigettati.
Segue la condanna del Comune di Roma al pagamento delle spese di giudizio in favore di Bruchi s.r.l., nella misura di cui al dispositivo. Vanno invece integralmente compensate, in ragione della reciproca soccombenza, quelle tra lo stesso Comune e la costituita A.T.I.
… *Omissis* …

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 7 febbraio 2011, n. 2962 - Pres. Trifone - Est. Spirito - P.M. Russo (concl. diff.) - ADRIA POLISTIROLO S.R.L. c. P.F.

In tema di responsabilità per i danni da cose in custodia *ex* art. 2051 c.c., il proprietario del fondo, dal quale si sia propagato un incendio al fondo confinante, è responsabile dei danni causati a quest'ultimo, qualora non dimostri il caso fortuito, assumendo rilievo, al riguardo, non la circostanza che in quel fondo si sia originato l'incendio, bensì la sua situazione obiettivamente idonea ad alimentare, con accentuato dinamismo, la propagazione delle fiamme.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 9 agosto 2007, n. 17471.
Difforme	Cass. 5 aprile 2011, n. 7699.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato.
Nel riformare la prima sentenza, la Corte milanese ha sostenuto che la società non aveva assolto all'onere probatorio impostogli, in quanto non v'erano elementi per affermare che l'incendio si fosse originato nei bancali di legno accatastati sul terreno del P.; piuttosto, né i VV.FF., né il consulente erano stati in grado di stabilire in quale dei terreni compresi nell'area interessata l'incendio abbia avuto inizio. Sulla base di questa argomentazione i giudici d'appello hanno assolto il P. dalla responsabilità dell'art. 2051 c.c.
Siffatta argomentazione viola la menzionata disposizione e trasgredisce ai principi dettati in tema dalla giurisprudenza di legittimità (che, pure, la sentenza dichiara di voler seguire).
La giurisprudenza di questa stessa Corte, difattì, chiamata a pronunciarsi in casi del tutto analoghi rispetto a quello di specie, ha avuto modo di affermare (Cass. n.

6121/99, nonché n. 17471/07) che, per aversi imputazione degli effetti dannosi a norma dell'art. 2051 c.c., è necessario che il danno si sia verificato per lo sviluppo di un agente insito nella cosa e che il soggetto convenuto abbia, per il rapporto con la cosa stessa, l'obbligo di vigilare e di tenerla sotto controllo, onde impedire danni ai terzi (Cass. 4196/97).
Invece, in maniera affatto non pertinente, il giudice d'appello, come s'è visto, concentra la sua indagine intorno al punto in cui s'era originato l'incendio ed, accertata la mancanza di prova in ordine al fatto che ciò fosse avvenuto nel fondo del P., esclude la responsabilità di quest'ultimo per responsabilità da cosa in custodia.
Al contrario, per rispettare il precetto normativo, essendo indiscusso che le fiamme s'erano propagate proprio da quel fondo (verso il fondo della società), il giudice avrebbe dovuto accertare se, pur essendosi l'incendio sviluppato in altro fondo, il fondo del P. si trovava in una situazione obiettivamente idonea a determinare, di fatto, un processo dannoso che, alimentando con accentuato dinamismo la propagazione dell'incendio medesimo (per la presenza di materiale altamente infiammabile), avesse indiscutibilmente contribuito, sotto il profilo eziologico, alla produzione del danno.
Per queste ragioni, la sentenza impugnata deve essere cassata ed il giudice del rinvio si adeguerà al principio secondo cui: "In tema di responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia *ex* art. 2051 c.c., il proprietario di un fondo dal quale si propaga un incendio che si diffonde nel fondo limitrofo, invadendolo, è responsabile dei danni cagionati a quest'ultimo, qualora non dimostri il caso fortuito; assumendo rilievo, a riguardo, non la circostanza che in quel fondo si sia originato l'incendio, bensì la sua situazione obiettivamente idonea ad alimentare, con accentuato dinamismo, la propagazione delle fiamme".
Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.
... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Paolo Laghezza

La Corte di Cassazione fornisce preziose indicazioni sulla ripartizione dell'onere probatorio nel giudizio di risarcimento per danni da incendio di proprietà limitrofe, confermando un orientamento ormai consolidatosi sulla definizione della prova liberatoria posta a carico del custode e precisando, inoltre, come detto orientamento debba essere applicato nell'ipotesi di immobile condotto in locazione.

Torna agli onori della cronaca l'ipotesi di incendio di proprietà limitrofe. L'art. 2051 c.c., come è noto, pone a carico del danneggiato solo la dimostrazione del nesso causale fra l'evento dannoso e la *res* in custodia e lascia, di contro, al custode l'onere della prova liberatoria attinente al caso fortuito e consistente nella dimostrazione di un fatto idoneo a interrompere detto nesso causale, comprensivo anche del fatto di un terzo o dello stesso danneggiato (1). In materia vige, in conseguenza, il principio secondo il quale il custode non può evitare la condanna semplicemente deducendo che è rimasta ignota la causa remota dell'evento, poiché tale allegazione, inerendo all'individuazione dell'eventuale causa esterna assorbente il nesso causale, attiene alla dimostrazione del fortuito e, quindi, resta compresa nell'onere probatorio posto a carico del medesimo custode (2). Per questa ragione, ove si dimostri che l'incendio si è propagato dal fondo del convenuto a quello dell'attore, a nulla vale, ai fini dell'esclusione della responsabilità del custode, dedurre che non è stato individuato il punto esatto da cui l'incendio è divampato, ovvero che non è nota la causa determinante dello stesso.
Ed è per la stessa ragione che Cass. n. 2962/2011 cassa con rinvio la sentenza d'appello che aveva escluso la responsabilità del custode del fondo, ritenendo non esservi né l'evidenza che l'incendio si fosse sviluppato dai bancali di legno accatastati nei suoi terreni, né l'individuazione certa del terreno in cui l'incendio ha avuto inizio. Nel ribadire il principio di cui innanzi, la S.C. precisa infatti come, essendo indiscusso il fatto che le fiamme si siano propagate dal fondo del convenuto al fondo dell'attore, appare determinante accertare se, pur essendosi l'incendio sviluppato altrove, il fondo del convenuto fosse in una situazione obiettivamente idonea ad innescare, di fatto, un processo dannoso che, alimentando con accentuato dinamismo la propagazione

Note:

(1) V. Cass. 24 febbraio 2011, n. 4476, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Responsabilità civile*, n. 124; Cass. 24 febbraio 2011, n. 4484, *id.*, 2011, I, 1082; Cass. 19 gennaio 2010, n. 713, *id.*, Rep. 2010, voce cit., n. 454 ed in questa *Rivista*, 2011, 52; Cass. 1° aprile 2010, n. 8005, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 489; Cass. 28 novembre 2007, n. 24739, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 417, con nota di Boschi, in questa *Rivista*, 2008, 782.

(2) V. già Cass. 26 giugno 1997, n. 5706, in *Foro it.*, 1997, I, 2861; e cfr. Cass. 28 novembre 1995, n. 12300, *id.*, Rep. 1997, voce *Responsabilità civile*, n. 245.

dell'incendio medesimo (attraverso la presenza di materiale altamente infiammabile), abbia contribuito, sotto il profilo eziologico, alla produzione del danno. Quanto dire che il reale contributo causale fornito dal fondo del convenuto al verificarsi dell'evento dannoso deve formare oggetto di accertamento in concreto, pur in presenza di eventuali concause esterne preesistenti o concorrenti (3).

Pertanto, se il danneggiato deve fornire l'evidenza del nesso causale fra il fondo del convenuto e la propagazione dell'incendio, ove occorra accertando il contributo causale rivestito dal primo all'interno di un processo eziologico già innescato, incombe invece sul custode, ai fini della prova liberatoria, l'onere di dimostrare l'interruzione di tale nesso causale, ovvero l'irrilevanza del suddetto contributo nella concatenazione di eventi che hanno condotto alla propagazione dell'incendio (4). In assenza di tale dimostrazione, resta ferma la sua responsabilità, poiché il proprietario risponde ai sensi dell'art. 2051 c.c., anche nell'ipotesi in cui la cosa in custodia abbia contribuito concausalmente alla produzione dell'evento, inserendosi in un processo dannoso già in atto ed alimentando lo stesso con accentuato dinamismo (5).

In applicazione del medesimo principio Cass. n. 3022/2012, considerando la circostanza pacifica che l'incendio si è sviluppato nel locale di proprietà del Comune convenuto e che, di lì, si è propagato all'immobile condotto in locazione dall'attrice danneggiata, ed il fatto che sia rimasto del tutto indimostrato che le fiamme fossero originariamente divampate in parti dell'immobile delle quali la società attrice aveva, in quanto conduttrice, la disponibilità, rigetta i ricorsi del Comune di Roma e ribadisce la sua responsabilità in qualità di custode per l'evento occorso (6). Peraltro, con particolare riferimento all'addebito di responsabilità nell'ipotesi di propagazione dell'incendio da un immobile condotto in locazione, occorre considerare come la giurisprudenza addebiti, in linea di principio, la responsabilità al proprietario soltanto qualora i danni siano derivanti dalle strutture murarie e dagli impianti in esse conglobati, restando negli altri casi, l'obbligo risarcitorio a carico del conduttore (7).

Note:

(3) Con particolare riferimento alla responsabilità del condominio per i danni arrecati ai singoli condomini e alla proprietà esclusiva di questi, a causa della propagazione dell'incendio, dovuta al carattere infiammabile del materiale di rivestimento delle scale, v. Trib. Milano, 11 agosto 1997, in questa *Rivista*, 1998, 583, con commento di Garofalo. Di notevole interesse anche le conclusioni raggiunte da App. Lecce 24 maggio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2520, che ha stabilito come al proprietario di un locale al piano terra dove si è sviluppato un incendio, la cui potenza è stata amplificata a causa dei mezzanini presenti nel suo immobile, non si possa addebitare alcuna responsabilità a titolo di custodia per l'aggravamento dei danni cagionati dalle fiamme all'appartamento sovrastante, qualora l'incendio sia stato dolosamente appiccato da un terzo che, oltretutto, in quanto amministratore unico della società conduttrice di detto locale, era consapevole del rischio di incremento degli effetti distruttivi ricollegabile agli ammezzati e agli oggetti infiammabili ivi collocati.

(4) V. Cass. 14 novembre 2006, n. 24211, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 449.

(5) In questi termini, proprio con riferimento ad un caso di incendio sviluppatosi in una scarpata di proprietà del comune e di qui propagatosi, attraverso il terreno di proprietà di un privato, sino ad investire il fondo dell'attore, causando danni alle sue colture, v. Cass. 18 giugno 1999, n. 6121, in questa *Rivista*, 2000, 41; e cfr. Cass. 9 agosto 2007, n. 17471, con nota di Laghezza, *Nesso di causalità, concorso di colpa e «apportionment of liability»*, in questa *Rivista*, 2008, 743, relativa all'ipotesi di responsabilità del proprietario di un terreno coltivato a grano e privo sul confine della striscia tagliafuoco per i danni cagionati dall'incendio che, pur potenzialmente insorto altrove, si era propagato dal suo predio ad un agrumeto limitrofo.

(6) V. In proposito Cass. 12 novembre 2009, n. 23945, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 488, a cui dire, in caso di danni derivati a terzi dall'incendio sviluppatosi in un immobile condotto in locazione, la responsabilità si configura a carico sia del proprietario che del conduttore allorché nessuno dei due sia stato in grado di dimostrare che la causa autonoma del danno subìto dal terzo è da ravvisare nella violazione, da parte dell'altro, dello specifico dovere di vigilanza diretto ad evitare lo sviluppo nell'immobile dell'agente dannoso; ne consegue che, ove sia rimasta ignota la causa dello sviluppo dell'incendio, la responsabilità civile per i danni conseguenti ridonda non a carico del terzo, bensì del proprietario e del conduttore, potendo la presunzione di responsabilità del custode essere superata solo con la prova del caso fortuito. In senso parzialmente contrario v. invece Cass. 5 aprile 2011, n. 7699, *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 138, secondo la quale il conduttore risponde dei danni che l'incendio sviluppatosi nell'immobile locatogli abbia cagionato a terzi e si libera da tale responsabilità solo dimostrando di avere correttamente espletato, con la diligenza adeguata alla natura e alla funzione della cosa, tutte le attività di vigilanza, controllo e manutenzione imposte da disposizioni, anche penali, dettate per prevenire fatti pericolosi e dal principio generale del *neminem laedere*. Per la dottrina v. Pontanari, *Incendio della cosa locata e risarcimento danni*, in *Immobili & proprietà*, 2008, 36.

(7) V. Cass. 26 giugno 2007, n. 14745, *id.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 437, che ha escluso la responsabilità del proprietario dell'immobile per i danni causati a terzi da un incendio sprigionatosi da un interruttore elettrico e Cass. 28 maggio 1992, n. 6443, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 132, con commento di De Tilla in *Giust. civ.*, 1993, I, 1915. Cfr. inoltre: Cass. 15 ottobre 2004, n. 20335, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce cit., n. 536, con commento di Laghezza, *«Aquae et ignis», ovvero: dell'incendio, dell'allagamento e della causa ignota nell'art. 2051 c.c.*, in questa *Rivista*, 2005, 1101, in cui si precisa appunto che la responsabilità per custodia continua a configurarsi a carico sia del proprietario che del conduttore, allorché nessuno dei due sia stato in grado di dimostrare che la causa autonoma del danno del terzo è da ravvisare nella violazione, da parte dell'altro, dello specifico dovere di vigilanza diretto ad evitare lo sviluppo nell'immobile del suddetto agente dannoso. V. infine anche Cass. 1° aprile 2004, n. 6385, in *Foro it.*, 2005, I, 2489, con nota di Bisazza, *Responsabilità da custodia dell'immobile locato*, in *La responsabilità civile*, 2005, 211, e cfr. Cass. 12 novembre 2009, n. 23945, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce cit., n. 488; Cass. 26 giugno 1997, n. 5706, *id.*, 1997, I, 2861. Per la dottrina v. anche Primiceri, *Il danno causato dall'incendio del veicolo in sosta*, in *La responsabilità civile*, 2011, 333 e Bocci, *Responsabilità civile per danni recati a terzi dall'incendio di un cassonetto dei rifiuti*, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 121.

Responsabilità dei magistrati e "clausola di salvaguardia"

Clausola di salvaguardia e responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2107 - Pres. Massera - Est. Segreto - P.M. Apice - ITALCOM S.R.L. c. Stato italiano per esso Presidente Consiglio Ministri

La clausola di "chiusura" per l'attività d'interpretazione di norme di diritto e per quella di valutazione del fatto e delle prove si spiega col carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria, la quale è connotata da scelte sovente basate su diversità d'interpretazioni, con conseguente possibilità di un'indiscriminata dilatazione del concetto di colpa grave. Il legislatore ha inteso evitare tale risultato, e perciò - nel tipizzare le ipotesi di colpa grave - ha previsto che essa debba essere dovuta a negligenza inescusabile.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 26 maggio 2011, n. 11593; Cass. 18 marzo 2008, n. 7272; Cass. 27 novembre 2006, n. 25133; Cass. 20 settembre 2001, n. 11880; Cass. 6 novembre 1999, n. 12357.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

Assume la ricorrente che la decisione impugnata non chiarisce le ragioni logico-giuridiche poste a base della decisione, limitandosi a sostenere che la valutazione dell'appello non si risolve nella sua mera percezione, ma deriva da attività susseguente.

Assume la ricorrente che - invece - integra errore percettivo del primo collegio di legittimità l'aver ritenuto che la questione attinente alla dichiarazione di pubblica utilità costituisca domanda nuova, quando tale affermazione risulta smentita dagli atti di primo e di secondo grado; che la sentenza della cassazione n. 6488 del 2004, non ha affrontato la questione della portata dell'appello e non ha valutato lo stesso, essendosi limitata ad affermare che con esso si fosse inteso censurare la sentenza di primo grado, perché l'accessione invertita non poteva applicarsi alla ATER, mentre il contenuto testuale dell'atto riguardava l'aspetto fondamentale della mancanza assoluta di ogni atto amministrativo e l'accertamento della "occupazione abusiva" e che l'iACP aveva "realizzato *sine titulo* una costruzione - senza che il comune avesse attivato la procedura di espropriazione".

2. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'omessa motivazione del decreto in relazione al rigetto dei restanti motivi di impugnazione non evidenziandosi dolo o colpa grave dei giudici di legittimità e da un punto di vista oggettivo, non evidenziandosi la falsa percezione della realtà.

3.1. I due motivi di ricorso, stante la loro connessione, vanno esaminati congiuntamente. Essi sono infondati.

Il quadro normativo di riferimento è costituito dalla l. 13 aprile 1988, n. 117, il cui art. 2, comma 3, definisce come colpa grave del magistrato: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento. La norma prevede poi altre due ipotesi che qui non rilevano, perché il ricorso è imperniato sui precetti ora ricordati. Le due ipotesi dette, peraltro, vanno lette (come le altre) in correlazione col dettato della citata l. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2, alla stregua del quale "Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove".

Il sistema così delineato, dunque, non si limita ad un rinvio alla nozione generale di colpa grave, come fa invece l'art. 2236 c.c., quando la prestazione del professionista intellettuale implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (onde ogni richiamo a quest'ultima

norma, non è pertinente, a parte la diversità di ruoli esistente tra il libero professionista e il magistrato). Il detto sistema, invece, procede ad una definizione dei casi costituenti colpa grave, introducendo una clausola di "chiusura" per l'attività d'interpretazione di norme di diritto e per quella di valutazione del fatto e delle prove. Il che si spiega col carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria, la quale è connotata da scelte sovente basate su diversità di interpretazioni, con conseguente possibilità di un'indiscriminata dilatazione del concetto di colpa grave. Il legislatore ha inteso evitare tale risultato, e perciò - nel tipizzare le ipotesi di colpa grave - ha previsto che essa debba essere dovuta a negligenza inescusabile. Come questa Corte ha già posto in luce, tale qualificazione della negligenza, in quanto aggiunta dalla norma a fini delimitativi della responsabilità, mediante esplicitazione del concetto di gravità della colpa, integra un *quid pluris* rispetto alla negligenza, nel senso di esigere che essa si presenti come "non spiegabile", vale a dire senza agganci con le particolarità della vicenda, idonei a rendere comprensibile - anche se non giustificato - l'errore del giudice (Cass. 26 luglio 1994, n. 6950).
3.2. Ciò chiarito sul piano generale, va anzitutto osservato che nella fattispecie il ricorso è stato proposto sotto il profilo non della violazione di norma processuale da parte del provvedimento impugnato (ed ancor meno come revocazione della sentenza n. 5339/2007, stante esattamente rileva la ricorrente, la preclusione di cui all'art. 403 c.p.c.), ma esclusivamente sotto il profilo del vizio motivazionale di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c.
Ciò comporta che questa Corte non può essere giudice del fatto processuale (Cass. 8 giugno 2007, n. 13514). La deduzione di un vizio di motivazione del provvedimento impugnato con ricorso per cassazione conferisce al giudice di legittimità non il potere di riesaminare il merito della intera vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, bensì la sola facoltà di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice del merito, al quale spetta, in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento (Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 1997, n. 13045).
3.3. Nel caso di specie, la corte di appello ha ritenuto che la sentenza n. 5339/2007 non era incorsa in un errore di fatto puramente "percettivo", ma che nella specie si trattava di interpretazione e valutazione dell'atto di appello.
3.4. Tale argomentazione è corretta, avendo questa Corte già affermato che ove il ricorrente deduca, sotto la veste del preteso errore revocatorio, l'errato apprezzamento da parte della Corte di un motivo di ricorso - qualificando come errore di percezione degli atti di causa un eventuale errore di valutazione sulla portata della doglianza svolta con l'originario ricorso - si verte in un ambito estraneo a quello dell'errore revocatorio, dovendosi escludere che un motivo di ricorso sia suscettibile di essere considerato alla stregua di un "fatto" ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. potendo configurare l'eventuale omessa od errata pronunzia soltanto un "error in procedendo" ovvero "in iudicando", di per sé insuscettibili di denuncia ai sensi dell'art. 391-*bis* c.p.c. (Cass. n. 5221 del 2009). Non può, quindi, ritenersi inficiata da errore di fatto la sentenza della Suprema Corte della quale si censuri la valutazione del motivo di appello, in quanto espressa senza considerare le argomentazioni contenute nell'atto di impugnazione, perché in tal caso è dedotta una errata valutazione ed interpretazione degli atti oggetto di ricorso (Cass. 10466 del 12 maggio 2011).
3.5. Va, inoltre, considerato che, come osserva la stessa ricorrente (pag. 18 del ricorso), con l'atto di appello si chiedeva l'accertamento della "abusiva occupazione" e che l'Iacp aveva "realizzato *sine titulo* una costruzione", mentre la sentenza della Corte di cassazione n. 6488 del 2004 aveva ritenuto che la sentenza di appello era stata impugnata "sotto il profilo dell'inapplicabilità dell'istituto dell'occupazione appropriativa ... mentre non può ritenersi che quella doglianza comprendesse un'altra censura, quella della carenza della dichiarazione di pubblica utilità".
Ne consegue che correttamente il decreto oggetto di questo ricorso ha ritenuto che la sentenza della Corte di cassazione n. 5339 del 2007 aveva compiuto un'attività interpretativa e valutativa e non una svista percettiva, poiché aveva operato una scelta tra i possibili contenuti dell'atto di impugnazione. Trattandosi di attività valutativa ed interpretativa, correttamente è stata ritenuta l'inammissibilità della domanda risarcitoria della L. n. 117 del 1988, *ex* art. 2.
4.1. Quanto al secondo motivo di censura va osservato che non è mancante la motivazione del provvedimento impugnato nella parte in cui assume che con i motivi 2, 3 e 4 del reclamo non si evidenziavano dolo o colpa grave a carico dei giudici di legittimità e che dal punto oggettivo non sussisteva una vista obbiettivamente rilevabile, ma un'attività di interpretazione e valutazione.
4.2. In merito a tale censura va infatti osservato, quanto al 4 motivo di reclamo, che esso in effetti ripropone quanto già assunto nel primo motivo e cioè che non era esatta l'affermazione del giudice della revocazione, secondo cui la sentenza con tale mezzo impugnata non aveva valutato l'atto di appello. Quanto al secondo motivo di reclamo (erroneo richiamo da parte del decreto del tribunale di un arresto della S.C., n. 2478/2006) ed al terzo motivo di reclamo (erronea affermazione che la qualificazione sbagliata dell'atto processuale si risolve in ogni caso in interpretazione dell'atto), a parte altri profili, va osservato che l'omesso esame di tesi giuridiche prospettate da una delle parti, non riferendosi all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione, non può mai risolversi in un vizio di motivazione deducibile autonomamente come motivo di ricorso per cassazione, come effettuato nella fattispecie, ma può soltanto sostenere una censura di violazione o falsa applicazione di norme o principi di diritto (Cass. 2 febbraio 2002, n. 1374; Cass. 10 maggio 1996, n. 4388).
5. Il ricorso va pertanto rigettato. Nulla per le spese non avendo la parte intimata svolto attività difensiva.
… *Omissis* …

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 22 febbraio 2012, n. 2560 - Pres. Amatucci - Est. Amendola - P.M. Fresa - M.L. c. Stato italiano in persona Presidente Consiglio Ministri

La clausola di salvaguardia è giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria ed essendo attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice non tollera letture riduttive.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. 26 maggio 2011, n. 11593; Cass. 18 marzo 2008, n. 7272; Cass. 27 novembre 2006, n. 25133; Cass. 20 settembre 2001, n. 11880; Cass. 6 novembre 1999, n. 12357.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Svolgimento del processo

... *Omissis* ...

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano vizi motivazionali con riferimento all'affermazione della Corte territoriale secondo cui era palesemente infondato l'assunto che il giudice G. avesse favorito le controparti, mantenendo nelle funzioni di consulente il dott. m., benché lo stesso avesse preannunciato l'esito dell'indagine. Richiamano i gravissimi, dettagliati e documentati elementi di riscontro da essi forniti sulle anomalie della condotta dell'ausiliario, per inferirne che la sua mancata sostituzione era frutto di dolo o, almeno, di colpa grave.

2. Le critiche sono, per certi aspetti inammissibili, per altri affatto inconsistenti.

La Corte d'appello ha ritenuto palesemente infondato l'assunto che il giudice G. avesse favorito le controparti, omettendo di rimuovere dall'incarico di consulente tecnico d'ufficio il dott. m., benché lo stesso avesse preannunciato l'esito dell'indagine, segnatamente osservando che l'istanza di ricusazione venne esaminata per ben due volte dal decidente (la seconda a seguito di una richiesta di revoca della prima decisione), e che essa fu respinta perché, secondo il giudice della cautela, le affermazioni dei ricusanti non evidenziavano rapporti tra il c.t.u. e la controparte ed erano comunque prive di elementi di riscontro.

Ora, i rilievi degli impugnanti ignorano del tutto il nucleo intorno al quale, su questo specifico punto, ruota il provvedimento impugnato, e cioè il rigetto dell'istanza di ricusazione e le ragioni addotte dal giudice G. a supporto di tale decisione.

Le censure sono pertanto, prima ancora che carenti sotto il profilo dell'autosufficienza, eccentriche, rispetto alla ratio decidendi della decisione della Corte territoriale, e volte, in sostanza, a sollecitare una diretta rivalutazione del comportamento del consulente, sia pure in chiave di responsabilità del magistrato che si rifiutò di rimuoverlo: obliqua forma di neutralizzazione delle conclusioni alle quali l'ausiliario approdò e della decisione del giudice che ritenne di condividerle.

3.1 Con il secondo mezzo gli impugnanti tornano a prospettare vizi motivazionali con riferimento all'asserito espletamento di analisi microbiologiche delle acque prelevate dai pozzetti di scarico dell'impianto in contestazione, analisi che, invece, agli atti di causa non esistevano affatto, incorrendo così quanto meno in colpa grave, avendo affermato un fatto la cui esistenza era incontrovertibilmente esclusa dall'esame del fascicolo processuale.

3.2 Con il terzo lamentano insufficienza e contraddittorietà della motivazione in relazione alla affermata assenza di zanzare, anche allo stato larvale, nei campioni esaminati, senza considerare che il rilievo era da imputarsi alla bonifica eseguita dai resistenti nei giorni precedenti le operazioni peritali, il che rendeva indispensabili le analisi batteriologiche degli scarichi.

Aggiungono che l'affermazione secondo cui l'habitat dei pozzetti era incompatibile con la presenza di larve era basata su un esame chimico sbagliato, come emergeva dalle indagini effettuate da (*omissis*), dall'Ufficio Ambiente del Corpo Forestale dello Stato e dalle articolate osservazioni del consulente di parte.

4. Anche le esposte critiche, che si prestano a essere esaminate congiuntamente per la loro intrinseca connessione, sono prive di pregio.

Sul punto ha rilevato la Corte d'appello: a) che l'asserita assenza di indagini microbiologiche era smentita dalla relazione del consulente, il quale aveva dato atto dell'esito negativo di un esame biologico eseguito con stereomicroscopio, esame volto ad appurare la presenza di zanzare allo stato adulto o larvale; b) che a tale accertamento aveva evidentemente inteso riferirsi il giudice G., impropriamente indicandolo come analisi microbiologica, anziché, più correttamente, biologica; c) che avendo il c.t.u. accertato l'assenza nei pozzetti di zanzare, anche allo stato larvale, e anzi la formazione di un ambiente anaerobico incompatibile con il loro attecchimento, correttamente era stato ritenuto inutile l'esame biologico, volto ad appurare la presenza di batteri, e cioè di cibo per i predetti insetti.

5. A fronte di tale impianto motivazionale, il collegio rileva, sotto un primo profilo, che le affermazioni degli impugnanti sono prive, ancora una volta, di autosufficienza, laddove richiamano il contenuto dell'ordinanza del giudice della cautela, della relazione del consulente tecnico e di pretesi esami eseguiti da altri uffici pubblici e privati, senza riportarne compiutamente il contenuto e senza indicare la loro esatta allocazione nel fascicolo d'ufficio o in quelli di parte. Siffatte deduzioni erano invece assolutamente necessarie soprattutto con riferimento alla prete-

sa, falsa attestazione dell'esecuzione di analisi che non sarebbero state, invece, espletate, posto che andavano indicati con precisione i termini con i quali l'ausiliario aveva dato atto del loro compimento, al fine di consentire al collegio di apprezzare se l'esito di quelle indagini dovesse plausibilmente emergere da un allegato (in tesi inesistente), ovvero se quei risultati, inerendo ad accertamenti che l'esperto aveva affermato di avere svolto personalmente, fossero stati ragionevolmente inseriti tout court nell'elaborato finale.
Siffatte indicazioni erano poi tanto più necessarie, in quanto, come questa Corte ha ripetutamente evidenziato, il procedimento sulla ammissibilità della azione risarcitoria in dipendenza di responsabilità civile del magistrato, di cui alla l. n. 117 del 1988, mentre ha carattere pieno e definitivo in ordine alla configurabilità, nei fatti contestati, dei requisiti e delle condizioni ai quali la legge la subordina, ha necessariamente natura delibativa relativamente al riscontro della sussistenza degli elementi adotti a sostegno della contestazione, sicché la relativa indagine può essere condotta, in tale fase, esclusivamente in via esterna, e cioè alla stregua degli atti del procedimento, e segnatamente del contenuto del provvedimento giudiziale che si assume lesivo, rimanendo devoluta al successivo giudizio di merito l'approfondita valutazione della fondatezza della azione (confr. Cass. civ. 27 novembre 2006, n. 25123; Cass. civ. 30 luglio 1999 n. 8260): con l'ulteriore e decisiva precisazione che, nella fase preliminare del controllo di ammissibilità, la cognizione relativa alla sussistenza dei presupposti per l'attivazione delle tutele accordate dalla l. n. 117 del 1988, e, in particolare, della grave violazione di legge, in concreto dedotta a fondamento della domanda di responsabilità, ha carattere pieno e definitivo, perché la deliberazione si connota in termini di sommarietà solo in relazione alla latitudine del controllo - il quale non può tracimare dal raffronto tra la condotta ascritta e quella emergente dalla documentazione prodotta - ma non alla sua intensità (confr. Cass. civ. 27 novembre 2006, n. 25123).
A ciò aggiungasi che le censure - il cui nodo è, per il resto, la dolosa e strumentale limitazione dell'esame batteriologico alle sole acque prelevate dal serbatoio, provenienti dall'acquedotto comunale e quindi presumibilmente indenni, anziché su campioni di acque reflue attinte dai pozzetti - si risolvono nella contestazione del metodo e delle conclusioni del consulente tecnico nonché dell'apprezzamento del decidente, che quelle conclusioni fece proprie. Esse sono dunque volte a sollecitare un tipo di sindacato precluso, già in via di principio - e a prescindere dai rilievi sin qui svolti - in sede di legittimità.
6.1 Con il quarto motivo i ricorrenti denunciano vizi motivazionali con riferimento all'affermazione della Corte d'appello secondo cui, quanto alle immissioni acustiche, il giudice G., per discostarsi dalle valutazioni del c.t.u., non si sarebbe avvalso della propria scienza privata, essendosi piuttosto limitato a includere, in applicazione di criteri elaborati dalla giurisprudenza, il traffico veicolare della zona nel rumore di fondo, e a far ricorso, per la conoscenza della topografia cittadina, a nozioni di fatto di comune esperienza. Assumono per contro gli esponenti che, così argomentando, la Corte d'appello non avrebbe considerato che il c.t.u. aveva misurato il rumore di fondo con il metodo statistico;
che, per questa via, non aveva rilevato valori superiori a una certa soglia; che, conseguentemente, e correttamente, aveva escluso dal rumore di fondo il traffico veicolare. Ne deducono che il giudice G., o aveva ignorato, con negligenza inescusabile, i criteri di misurazione adottati dall'esperto, oppure, conoscendoli, li aveva volontariamente e illegittimamente disattesi, ricorrendo alla propria scienza privata.
6.2 Con il quinto mezzo i ricorrenti denunciano violazione dell'art. 115 c.p.c. Sostengono che il giudice di merito, affermando che la conoscenza della topografia e della situazione di un luogo cittadino, nel cui ambito era inserito un importante edificio pubblico come il tribunale, rientrava nelle nozioni di fatto di comune esperienza, utilizzabili ai fini della decisione, *ex* art. 115 c.p.c., avrebbe fatto malgoverno della giurisprudenza del Supremo Collegio, che costantemente circoscrive entro limiti estremamente rigorosi l'area di operatività delle predette nozioni.
6.3 Con il sesto lamentano violazione della l. 13 aprile 1988, n. 117, art. 5, comma 3. Le critiche si appuntano contro quella parte della sentenza impugnata in cui la Corte territoriale, ricordate le figure sintomatiche di colpa grave enucleate nella l. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, ha affermato che, in base alle considerazioni svolte per confutare la sussistenza dei profili di dolo denunciati dai ricorrenti, doveva escludersi anche la sussistenza di uno dei casi di colpa grave indicati dalla norma. Sostengono per contro che il giudice G. sarebbe incorso in negligenza inescusabile quanto meno con riguardo alla determinazione del rumore di fondo, al ricorso alla sua scienza privata, nonché all'affermazione dell'esistenza di analisi microbiologiche dei pozzetti, che in realtà non esistevano.
7.1 Anche gli esposti motivi, che, involgendo questioni connesse, possono essere scrutinati insieme, sono infondati. A ben vedere, essi mirano pur sempre a sollecitare, attraverso la surrettizia deduzione di malgoverno della normativa in tema di responsabilità del magistrato e di erronea ricognizione della fattispecie concreta, a mezzo delle risultanze di causa, un controllo mediato sul merito del provvedimento del giudice della cautela, senza peraltro evidenziare alcuna attività interpretativa e valutativa del magistrato connotata o connotabile in termini di dolo o colpa grave. Ne deriva che il provvedimento impugnato resiste alle critiche relative al metodo di rilevamento della soglia di tollerabilità delle immissioni acustiche nonché all'applicazione dell'istituto della nozione di fatto di comune esperienza, in ragione dell'operatività, in parte qua, della clausola di salvaguardia di cui alla l. 13 aprile 1988, n. 117, art. 2, comma 2, a tenor del quale nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di salutazione del fatto e delle prove. Né è inutile ricordare che, secondo la giurisprudenza di legit-

timità, siffatta clausola, giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria e - come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 18 del 19 gennaio 1989 - attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice, non tollera letture riduttive (Cass. civ., 27 novembre 2006, n. 25123).
7.2 Con specifico riguardo alle censure dei ricorrenti, è poi il caso di rimarcare, da una parte, il carattere di puro apprezzamento della soglia di tollerabilità delle immissioni acustiche, posto che essa non ha, notoriamente, carattere assoluto ma è relativa alla situazione ambientale, variabile da luogo a luogo, secondo le caratteristiche della zona e le abitudini degli abitanti, di talché spetta, in definitiva, al giudice di merito valutarne, in concreto, il superamento (confr. Cass. civ. 12 febbraio 2010, n. 3438); dall'altro, che è ormai pacificamente ammesso anche il cd. notorio ristretto, e cioè il fatto acquisito, con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile, alle conoscenze non già dell'intera collettività, ma di quella sola del luogo in cui abitino il giudice e le parti in causa (confr. Cass. civ. 21 febbraio 2007, n. 4051; Cass. civ. 11 febbraio 1987, n. 1492; Cass. civ. 19 maggio 1986, n. 3307). Ed è addirittura ovvio che i profili problematici di siffatte applicazioni, estremamente fluide, non si prestano a essere apprezzati in termini di colpa, né grave, né lieve, del magistrato che ad esse abbia fatto ricorso.
8. Tutte le censure appaiono, in definitiva, inficiate da un errore prospettico di fondo, nella misura in cui i ricorrenti tendono a traslare nel giudizio di responsabilità rilievi che andavano più correttamente spesi nel giudizio a valle. Ora, proprio avendo riguardo alla domanda inizialmente azionata e agli sviluppi della stessa, anche solo potenziali, non può ignorarsi che il provvedimento del giudice G. venne confermato in sede di reclamo; che su tale andamento della vicenda processuale i ricorrenti tacciono del tutto; che, senza volere qui impropriamente ripescare il principio enunciato da questa Corte nella sentenza 23 novembre 2001, n. 14860, la cui operatività è già stata fortemente circoscritta dal giudice a quo, riesce comunque difficile comprendere per quale ragione gli esponenti, tentata senza successo la via del provvedimento d'urgenza, non abbiano poi percorso quella di un ordinario giudizio di cognizione, di un giudizio, cioè, non imbrigliato negli angusti limiti della verifica della ricorrenza del fumus boni iuris e del periculum in mora, nel quale bene avrebbero potuto far valere, nella pienezza del contraddittorio, le dedotte insufficienze degli accertamenti espletati in sede di procedimento *ex* art. 700 c.p.c., nonché il preteso, inappagante approccio del giudice della cautela.
9. Tutto ciò convalida la correttezza logica e giuridica del convincimento maturato dalla Corte d'appello in sede di preventivo vaglio di ammissibilità della domanda. Né tale approdo si presta a essere ripensato alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza 24 novembre 2011 - Causa C-379/10 (segnatamente richiamate nella memoria difensiva depositata dai ricorrenti *ex* art. 378 c.p.c.), pronuncia con la quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (nel solco di precedenti arresti, quali la sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, e la sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Kobler e all'esito di una valutazione critica delle pronunce di questa Corte 18 marzo 2008, n. 7272 e 5 luglio 2007, n. 15227), ha affermato che la Repubblica italiana, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi della l. n. 117 del 1988, art. 2, commi 1 e 2, è venuta meno agli obblighi su di essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione. Tanto per l'assorbente ragione che l'arresto della Corte lussemburghese propriamente riguarda la responsabilità dello Stato italiano per violazioni manifeste, da parte dell'organo giurisdizionale di ultimo grado, del diritto dell'Unione. La soluzione del caso sottoposto all'esame del collegio non pone, dunque, alcun problema di armonizzazione ermeneutica tra la disciplina dell'azione di responsabilità civile dei magistrati, come configurata dall'ordinamento e ricostruita dal diritto vivente, e gli obblighi comunitari dello Stato italiano. E ciò al di là del rilievo che, per quanto sin qui detto, nel comportamento del giudice G. non è dato riscontrare alcuna violazione del diritto vigente, men che mai grave e manifesta, e quindi alcun profilo di colpa.
Per le stesse ragioni, e conclusivamente, qualsivoglia dubbio di legittimità costituzionale della limitazione ai soli casi di dolo o colpa grave dell'area della responsabilità civile del magistrato, è, nella fattispecie, privo di ogni rilevanza.
10. - Il ricorso è respinto.
I ricorrenti rifonderanno alla controparte le spese del giudizio, nella misura di cui al dispositivo.
... *Omissis* ...

IL COMMENTO

di Francesca Bonaccorsi (*)

Le due sentenze della Corte di Cassazione forniscono l'occasione per svolgere alcune osservazioni in merito alla c.d. clausola di salvaguardia prevista dall'art. 2, comma 2, della l. 13 aprile 1988, n. 117.

1. Premessa

Nella prima delle due sentenze in epigrafe la Corte di Cassazione ha precisato che la c.d. clausola di salvaguardia prevista dall'art. 2, comma 2, della l. n. 117 del 13 aprile 1988 sarebbe giustificata dal «carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria, la quale è connotata da scelte sovente basate su diversità d'interpretazioni». Nella seconda, la Corte di Cassazione torna, invece, sul punto per chiarire che la clausola di salvaguardia «non tollera letture riduttive» in quanto «giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria ed [...] attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice». Addirittura, secondo la Cassazione la clausola di salvaguardia non può essere messa in discussione neppure «alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza 24 novembre 2011 - causa C-379/10 [...] (nella) sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03 (e nella) sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01», dato che tali sentenze non porrebbero «alcun problema di armonizzazione ermeneutica tra la disciplina dell'azione di responsabilità civile dei magistrati, come configurata dall'ordinamento e ricostruita dal diritto vivente, e gli obblighi comunitari dello Stato italiano».

Entrambe le pronunce meritano di essere commentate perché sono le prime emesse dopo la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 24 novembre 2011 (1), con la quale l'organo di giustizia sovranazionale ha sanzionato l'Italia censurando le previsioni della l. n. 117/1988 che, da una parte, escludono la responsabilità dello Stato nei casi in cui la violazione del diritto (2) derivi da una attività di interpretazione normativa o di valutazione del fatto e delle prove e, da un'altra, limitano tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave (3).

2. Il contenuto della clausola di salvaguardia nel diritto vigente

Come è noto, l'art. 2, comma 2, della l. n. 117/1988 prevede che «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove».

Ora, a meno di non voler tornare indietro di qualche secolo per affermare che il giudice è soltanto la *bouche de la loi*, è chiaro che un qualsiasi magistrato, per arrivare a dirimere una questione a lui sottoposta, deve sempre necessariamente compiere due attività: *valutare i fatti e le prove* che vengono sottoposti alla sua attenzione e, subito dopo, *interpretare la legge* da applicare in relazione a quei fatti e a quelle prove (4). Sottrarre tali attività al giudizio di responsabilità significa rendere del tutto insindacabile l'«*hard core* dell'esercizio dell'*imperium* del magistra-

Note:

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

(1) Corte di Giustizia della Comunità Europea, 24 novembre 2011, C 379-10, in questa *Rivista*, 2012, 376, con nota di F. Bonaccorsi.

(2) Nella sentenza si fa riferimento, ovviamente, al solo diritto dell'Unione europea.

(3) Sul punto, come è noto, si era già espressa anche la Corte di Giustizia della Comunità Europea, Grande Sezione, 13 giugno 2006, C-173/03 (in *Resp. civ.*, 2007, 625, con nota di F.M. Scaramuzzino, *Mancato rinvio pregiudiziale del giudice d'ultima istanza e risarcimento del danno*; in *Guida al dir.*, 2006, n. 4, 31, con nota di A. Damato, *Cancellato il limite che subordina l'azione alla dimostrazione del dolo o colpa grave*; in *Foro it.*, 2006, IV, 420, con nota di E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, A. Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile* e M. Giovannetti, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*; in *Corr. giur.*, 2006, 1513, con nota di R. Conti, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*; in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2039, con nota di R. Caranta, *Giudici responsabili?*; in www.forumcostituzionale.it, con nota di F. Biondi, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia*), affermando la contrarietà del diritto comunitario ad una legislazione nazionale (nel caso particolare la l. n. 117 del 13 aprile 1988) che escluda la responsabilità dello Stato membro «per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove».

(4) Come sostiene proprio l'Associazione Nazionale Magistrati, «l'interpretazione della legge e la valutazione del fatto e delle prove rappresentano il cuore dell'attività giudiziaria» (così si legge nel comunicato stampa del 25 marzo 2011, reperibile sul sito internet www.associazionenazionalemagistrati.it).

to» (5) tramite una vera e propria clausola di *judicial immunity*.
Eppure la Cassazione - che in tante altre occasioni ha mostrato di essere sempre pronta a recepire le istanze provenienti da organi di giustizia sovrannazionali - ha sempre affermato (e continua oggi ad affermare) che «la c.d. clausola di salvaguardia [...] non tollera riduttive letture perché giustificata dal carattere fortemente valutativo della attività giudiziaria e, come precisato dalla Corte Costituzionale [...] attuativa della garanzia costituzionale della indipendenza del giudice (e del giudizio). [...] deve essere ritenuta la completa esenzione da responsabilità - alla stregua del carattere fondamentalmente valutativo dell'attività giurisdizionale, caratterizzata da opzioni tra più interpretazioni possibili - della lettura della norma secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, sempre che dell'opzione interpretativa accolta si fosse dato conto in motivazione e comunque l'applicazione della norma non fosse priva di supporti tali da rendere l'errore commesso comprensibile anche se non giustificato» (6).
Questo orientamento giurisprudenziale, così chiaro e consolidato (7), e che non mostra scalfitture neppure a seguito della recente pronuncia della Corte di Giustizia della Comunità Europea, non sembra davvero condivisibile. Non si capisce, infatti, come sia possibile che, in un sistema (8) dove *il magistrato* è già più che abbondantemente tutelato (vuoi perché è sempre esclusa la sua responsabilità diretta salvo nei casi di illecito che integri gli estremi del reato, vuoi perché l'eventuale azione di rivalsa dello Stato verso il magistrato non può mai superare l'ammontare - comunque non molto elevato - di un terzo dello stipendio netto del magistrato), si possano ancora seriamente invocare i principi di autonomia ed indipendenza della magistratura per giustificare la completa esenzione di responsabilità *dello Stato* nel caso in cui il danno sia stato arrecato dal magistrato durante l'esercizio dei suoi poteri-doveri di interpretazione della legge e di valutazione del fatto e delle prove.

3. (segue) ... e nelle prospettive di riforma

Se poi si analizzano i disegni di legge depositati presso Camera e Senato durante il corso dell'attuale legislatura, ci si rende conto di come in realtà anche le prospettive di riforma della l. n. 117/1988 siano, sotto questo profilo, alquanto deludenti. Ed invero, prendendo in considerazione solo le modifiche relative alla clausola di salvaguardia, e tralasciando, quindi, ogni analisi relativa agli altri aspetti della l. n. 117/1988, ci si accorge che su diciassette disegni di legge, ben undici mantengono assolutamente inalterata l'attuale formulazione della clausola di salvaguardia (9); due la mantengono ma prevedono

Note:

(5) P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 885. Cfr. anche D. Cenci, *Limiti alla responsabilità civile dei magistrati per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie*, in *Giur. it.*, 1996, 173; M. Nisticò, *Dalla Corte di giustizia una netta censura al diritto vivente in tema di responsabilità civile per fatto del magistrato*, in www.forumcostituzionale.it, per il quale «se effettivamente la clausola di salvaguardia fosse applicabile a qualsiasi tipo di attività giurisdizionale ed a qualsiasi tipo di norma, la sua stessa vigenza finirebbe con l'escludere nella sostanza la responsabilità per attività del giudice tout court, non risultando affatto difficoltoso argomentare, e non solo in sede di applicazione giurisprudenziale, che la funzione giurisdizionale si sostanzia sempre nella valutazione dei fatti e nell'interpretazione del diritto, finendo col confondersi e forse con l'esaurirsi in esse». Sempre sotto questo profilo si veda quanto affermato da Corte di Giustizia della Comunità Europea, Grande Sezione, 13 giugno 2006, C-173/03, cit., per la quale «l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti e antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti [...] al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta».

(6) Cass. 26 maggio 2011, n. 11593, in *C.e.d. Cass.*, 2011, e in senso analogo Cass. 18 marzo 2008, n. 7272, in questa *Rivista*, 2008, 1119, con note di P. Dellachà e F. Bonaccorsi; Cass. 27 novembre 2006, n. 25123, in *Giur. it.*, 2007, 846; Cass. 20 settembre 2001, n. 11880, in *Foro it.*, 2001, I, 3356, con nota di G. Scarselli.

(7) Ma in questo senso si è di recente espresso anche il CSM. Nella «*Delibera in merito alle recenti proposte di modifica dell'attuale normativa che regola la responsabilità civile dei magistrati*» si è, infatti, affermato che «non può mai dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove. L'elemento portante del tracciato normativo è dato dalla previsione di una responsabilità diretta dello Stato-giudice, in quanto titolare della funzione giurisdizionale, e non del singolo magistrato-giudice, per un atto, un comportamento o un provvedimento adottato nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali che non consista in un'attività interpretativa della legge, espressamente esclusa di per sé sola dalle ipotesi idonee a far insorgere una responsabilità civile. Infatti, proprio l'esigenza di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura [...] giustifica, da un lato, la limitazione della responsabilità ai soli casi di "dolo o colpa grave" [...] dall'altro, l'esclusione di ogni forma di responsabilità per "l'attività di interpretazione di norme di diritto" e per "quella di valutazione del fatto e delle prove"» (Consiglio Superiore della Magistratura, delibera del 28 giugno 2011, reperibile sul sito internet www.csm.it).

(8) Quello infelicemente delineato dalla l. n. 117/1988.

(9) Si veda il disegno di legge presentato al Senato n. 1879 («*Norme sulla responsabilità civile dei magistrati e sul diniego di giustizia*»), reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/34501.htm; il disegno di legge presentato al Senato n. 1889 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/34548.htm; il disegno di legge presentato al Senato n. 2390 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di*

(segue)

che la decisione relativa alla sussistenza di tale clausola possa essere presa soltanto all'interno del vero e proprio giudizio di merito, e non nella fase del giudizio sommario di ammissibilità della domanda (10); tre la abrogano completamente (11), mentre uno soltanto tenta, sia pure con difficoltà, di armonizzare la disciplina dettata dalla l. n. 117/1988 con i dettami provenienti dalle citate sentenze di matrice europea (12).

Nello scarno quadro di (possibili) riforme così formulato, quest'ultimo disegno di legge merita senz'altro una particolare considerazione, perché prevede che l'attuale art. 2, comma 2, della l. n. 117/1988 venga sostituito dalle seguenti disposizioni: «comma 2 [...] non possono dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove, fatto salvo il caso di manifesta violazione della legge o del diritto dell'Unione europea. comma 2-*bis* Al fine di determinare se vi sia stata manifesta violazione della legge, sono considerati tutti gli elementi rilevanti per l'attività interpretativa o valutativa di cui al comma 2 e, in ogni caso, il grado di chiarezza e precisione delle disposizioni violate, il carattere intenzionale della violazione, l'inescusabilità dell'errore di diritto. comma 2-*ter* Al fine di determinare se vi sia stata manifesta violazione del diritto dell'Unione europea, sono considerate l'eventuale esistenza di una posizione adottata da un'istituzione comunitaria e l'eventuale inosservanza, da parte del magistrato, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea». È chiaro che l'intento del disegno di legge è solo quello di modificare il contenuto dell'art. 2, comma 2, della l. n. 117/1988 (e non anche il resto dell'impianto normativo di tale disciplina), e solo allo scopo di venire incontro alle sempre più pressanti esigenze di armonizzazione del diritto nazionale con i principi espressi dalle sentenze della Corte di Giustizia della Comunità Europea. Tuttavia, anche in questo suo limitato intento, il disegno di legge sembra incapace di dare un'adeguata risposta alle istanze europee. Innanzitutto, non si comprende l'utilizzo del concetto generico di «legge» in contrapposizione con il concetto generico di «diritto dell'Unione europea». Se si parte dall'ovvia pre-

Note:

(continua nota 9)

responsabilità civile dei magistrati»), reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35942.htm; il disegno di legge presentato alla Camera n. 252 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=0252; il disegno di legge presentato alla Camera n. 1429 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*"), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=1429; il disegno di legge presentato alla Camera n. 3285 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=3285; il disegno di legge presentato alla Camera n. 1956 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*"), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=1956; il disegno di legge presentato alla Camera n. 2089 («*Modifiche agli articoli 2 e 8 e abrogazione dell'articolo 5 della legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=2089; il disegno di legge presentato alla Camera n. 3300 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità civile dei magistrati e al decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, in materia di sanzioni per gli illeciti disciplinari dei magistrati*»), reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?legislatura=16&tab=1&pdl=3300; il disegno di legge presentato al Senato n. 3592 («*Modifiche agli articoli 4, 7 e 8 e abrogazione dell'articolo 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35611.htm; il disegno di legge presentato alla Camera n. 4069 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati, disposizioni in materia di ineleggibilità e di incompatibilità dei medesimi, nonché delega al Governo per la separazione delle carriere della magistratura ordinaria giudicante e requirente*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?pdl=4069&ns=2.

(10) Così il disegno di legge n. 1604 («Modifica della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di responsabilità civile dei magistrati») reperibile sul sito internet http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/33799.htm ed il disegno di legge presentato alla Camera n. 2773 («Modifica dell'articolo 2 della legge 13 aprile 1988 n. 117 in materia di responsabilità per atti e provvedimenti adottati nell'esercizio di funzioni giudiziarie») reperibile sul sito internet http://www.camera.it/126?pdl=2773&stralcio=&navette=&cerca=Cerca. In senso contrario è, ovviamente, a giurisprudenza, assolutamente pacifica nel ritenere che tale valutazione rientri nella fase sommaria di delibazione dell'azione (si veda in particolare Cass. 27 novembre 2006, n. 25133, in *C.e.d. Cass.*, 2006; Cass. 20 ottobre 2006, n. 22539, *ivi*; Cass. 30 luglio 1999, n. 8260, *ivi*; Cass. 12 marzo 1999, n. 2201, *ivi*; Cass. 9 settembre 1995, n. 9511, in questa *Rivista*, 1996, 333, con nota di C. Amato).

(11) Si veda il disegno di legge presentato al Senato n. 54 («*Disposizioni in materia di responsabilità civile del giudice*»), reperibile sul sito *internet* http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/29673.htm; il disegno di legge presentato alla Camera n. 2796 («*Abrogazione della legge 13 aprile 1998 n. 117 in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?pdl=2796&ns=2 ed il il disegno di legge presentato alla Camera n. 4148 («*Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.parlamento.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/36541.htm.

(12) Così il disegno di legge presentato alla Camera n. 4127 («*Modifica all'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati*») reperibile sul sito *internet* http://www.camera.it/126?Pdl=4127.

sunzione che con il termine «legge» si volesse fare riferimento non alla *legge* in senso stretto, ma a tutte le fonti normative (leggi, decreti legislativi, decreti legge, norme di rango costituzionale ecc.), non si capisce che senso abbia distinguere tra *legge* e *diritto dell'Unione europea*, che pure ha valenza normativa nel nostro paese. Sempre in quest'ottica, non si comprende come mai «il grado di chiarezza e precisione delle disposizioni violate, il carattere intenzionale della violazione (e) l'inescusabilità dell'errore di diritto» dovrebbero essere criteri validi per stabilire se vi sia stata *manifesta violazione di legge*, mentre per stabilire se vi sia stata *manifesta violazione del diritto dell'Unione europea* bisognerebbe tenere in considerazione soltanto «l'eventuale esistenza di una posizione adottata da un'istituzione comunitaria e l'eventuale inosservanza, da parte del magistrato, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea». Perché i criteri stabiliti nel primo caso non possono essere utilizzati anche per decidere se vi sia stata manifesta violazione del diritto comunitario? E perché, nella valutazione della manifesta violazione della legge, non si può prendere in considerazione l'eventuale esistenza di una posizione adottata da un'istituzione *nazionale*? Infine, non si comprende come questo secondo nuovo comma dell'art. 2 possa coordinarsi con le previsioni del terzo comma del medesimo articolo e, in particolare, con l'ipotesi prevista dalla lettera a) dell'art. 2, comma 3, ove si stabilisce che costituisce «colpa grave … la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile». Il concetto di *grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile*, almeno per come interpretato dalla giurisprudenza, non è certamente più ampio del concetto di *manifesta violazione della legge* (13). Ma, se così è, non ha alcun senso, a livello logico prima ancora che giuridico, prevedere che la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile non possa dar luogo a responsabilità *nel caso in cui derivi da* un'interpretazione della legge o da una valutazione del fatto o delle prove, *a meno che non sia stata causata da una* manifesta violazione della legge: il combinato disposto delle due norme si risolverebbe in un autentico paradosso.

Occorre, peraltro, ricordare che in data 2 febbraio 2012 è stata approvata dalla Camera dei Deputati una proposta di modifica alla l. n. 117/1988 (14). Con questa proposta si affianca la responsabilità diretta del magistrato a quella indiretta dello Stato e si modificano, ampliandole, le ipotesi che possono dar luogo a responsabilità del magistrato: si prevede, infatti, che l'attività di valutazione del fatto e delle prove non possa dar luogo a responsabilità salvo che nei casi previsti dall'attuale art. 2, comma 3, della legge (15) e dal successivo (di nuova introduzione) comma 3-*bis*, ove si prevede che «ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste una violazione manifesta del diritto ai sensi del comma 1, deve essere valutato se il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto. In caso di violazione del diritto dell'Unione europea, si deve tener conto se il giudice abbia ignorato la posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione europea, non abbia osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché se abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea».

In pratica, con questo emendamento non solo si introduce il principio della responsabilità diretta del magistrato, ma si inverte anche il rapporto tra il secondo ed il terzo comma dell'art. 2 della l. n. 117/1988. Ed invero, nel testo della legge la regola è che si ha colpa grave nei casi previsti dal comma tre, *fatte salve* le ipotesi (comma 2) in cui si possano configurare attività di interpretazione della legge o di valutazione del fatto o delle prove, mentre con questa proposta di modifica l'interpretazione della legge e la valutazione del fatto o delle prove (comma 2) non darebbero luogo a responsabilità *salvo che* nei casi di colpa grave previsti dai successivi comma 3 e 3-*bis*. Il rapporto tra regola ed eccezione viene invertito, e vengono ampliate anche le ipotesi che possono costituire colpa grave del magistrato.

Note:

(13) In questo senso cfr. M. Nisticò, *Dalla Corte di giustizia una netta censura al diritto vivente in tema di responsabilità civile per fatto del magistrato*, in www.forumcostituzionale.it.

(14) La proposta, approvata nella forma di un emendamento alla legge comunitaria 2012, appare comunque avere un destino ancora alquanto incerto. Mentre questo articolo viene scritto, è stata infatti formulata una nuova proposta di modifica all'emendamento, con la quale si elimina la responsabilità diretta del magistrato.

(15) Ove si prevede che «costituiscono colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di un provvedimento concernente la liberà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

L'emendamento in questione ha subito da più parti vivaci critiche, alcune delle quali sicuramente fondate. La più rilevante riguarda il fatto che questa proposta di modifica tenta di usare la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea come «cavallo di Troia» per introdurre, all'interno del nostro ordinamento, il principio della responsabilità diretta del magistrato. Così facendo, però, si distoglie l'attenzione dal vero problema sollevato dall'organo di giustizia europeo (quello delle ipotesi che possono dar luogo ad un giudizio di responsabilità) spostandola su un altro problema (quello della responsabilità diretta del magistrato), sul quale la Corte di Giustizia della Comunità Europea non si è, almeno per ora, espressa. In questo modo, l'intera operazione presta facilmente il fianco alle critiche, ed i difensori della l. n. 117/1988 trovano «gioco facile» nel cercare di bloccare ogni suo tentativo di riforma. Ciò che le sentenze della Corte di Giustizia della Comunità Europea impongono, e da tempo, è che venga modificata la previsione (e l'interpretazione!) delle ipotesi che possono dar luogo a colpa grave, ed è su questa che occorre, con urgenza, intervenire.

LIBRI

COLLANA: **Le nuove frontiere della responsabilità civile**
diretta da P.G. Monateri

La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione

di Vera Sciarrino

Disponibile anche in EBOOK

Il volume, attraverso una puntuale **analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia**, si propone di approfondire la morfologia dell'**illecito eurounitario**, al fine di individuarne la struttura e gli elementi costitutivi.
Vengono esaminate le diverse ipotesi di **violazione del diritto dell'Unione** in cui lo Stato può incorrere nell'esercizio dei suoi poteri, nella triplice veste di **Stato-legislatore, Stato-amministrazione e Stato-giudice**. Particolare attenzione viene dedicata, non solo alla genesi delle diverse fattispecie, ma anche al modo in cui il legislatore italiano e la giurisprudenza nazionale hanno cercato di dare piena attuazione ai principi consacrati dai giudici di Lussemburgo.
Oggetto di indagine è, infine, lo **statuto giuridico della nuova categoria di illecito**. Nello specifico, si tenta di dare soluzione al problema dell'inquadramento dogmatico di detta responsabilità, essendo controverso se si tratti di responsabilità da atto lecito ovvero da atto illecito e, in questo secondo caso, se la si debba senz'altro sussumere, come affermato dall'orientamento prevalente, nell'alveo dell'illecito aquiliano o, piuttosto, se rientri nel paradigma applicativo dell'art. 1218 c.c. come responsabilità "relazionale" a seguito dell'assunzione di particolari obblighi da parte dello Stato nei confronti dei singoli.
In conclusione, viene presa posizione in merito al carattere oggettivo o meno della forma di **responsabilità civile** in questione.

Ipsoa 2012, pagg. 384, € 37,00

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

Danno cagionato da animali

Quando il postino non suona neppure una volta

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26205 - Pres. Filadoro - Est. D'Amico - P.M. Patrone (conf.) - F.B. c. FE.SA.

Per l'applicabilità dell'art. 2054 c.c. occorre che l'area, in cui si è verificato il sinistro, sia aperta all'uso pubblico, in termini tali da risultare ordinariamente adibita al traffico veicolare (nella specie, l'incidente, che aveva coinvolto un portalettere motorizzato, era avvenuto all'interno di area privata, in cui egli si era introdotto senza segnalare il suo accesso).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass. pen. 27 febbraio 1976, in *G.P.*, 1976, II, 713; Cass. civ. 24 aprile 1992, n. 4838, in *Arch. giur. circ.*, 1992, 822; Cass. pen. 15 maggio 1992, n. 5695, *ivi*, 1992, 655; Cass. civ. 26 luglio 1997, n. 7015, *ivi*, 1997, 890; Cass. pen. 1° dicembre 1998, n. 11778, *ivi*, 1998, 470; Cass. civ. 27 ottobre 2005, n. 20911, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, 10 e in *Arch. giur. circ.*, 2006, 5, 484; Cass. civ. 6 giugno 2006, n. 13254, in *Giust. civ.*, Mass. 2006, 6; Cass. civ. 23 luglio 2009, n. 17279 (ord.), in *Lex 24 Premium.*
Difforme	Cass. pen. 24 ottobre 1970, in *Mass. Cass. pen.,* 1972, 386; Cass. civ. 10 gennaio 2008, n. 258, in *Lex 24 Premium.*

Svolgimento del processo

… *Omissis* …

Motivi della decisione

Con il primo motivo parte ricorrente denuncia "In relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3: Violazione dell'art. 2054 c.c., e comunque dell'art. 2050 c.c. per quanto di ragione. Conseguenti falsa applicazione dell'art. 2052 c.c, per mancato coordinamento con la previsione degli artt. 2050 e 2054, e violazione dell'art. 1227 c.c.
Questione subordinata di legittimità costituzionale".
F.B. sostiene che la Corte d'Appello di Venezia ha erroneamente omesso di applicare nei confronti del Fe. la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2054 c.c., comma 1. In particolare critica la tesi secondo la quale la presunzione di cui alla suddetta norma non sarebbe applicabile qualora l'evento dannoso si fosse verificato su una strada privata.
Ritenuto che l'art. 2054 c.c. è riconducibile al principio di cui all'art. 2050 c.c., sostiene parte ricorrente che la prima disposizione andrebbe perciò svincolata dalla sua correlazione con la circolazione su strada pubblica.
La Corte, secondo parte ricorrente, avrebbe dovuto anche escludere la responsabilità del F. *ex* art. 2052 c.c. ed applicare l'art. 1227 c.c. con conseguente riduzione dell'entità del risarcimento.
La tesi è infondata.
Secondo la Corte di cassazione infatti i criteri decisivi per individuare l'ambito di applicazione dell'art. 2054 c.c. e delle regole in tema di assicurazione obbligatoria non consistono necessariamente nella natura privata o pubblica dei diritti di proprietà sulla stessa, né nel fatto che essa sia collocata in una od altra posizione rispetto ad uno stabile di proprietà privata;
consistono invece nell'apertura o meno dell'area stessa all'uso pubblico, in termini tali per cui risulti ordinariamente adibita al traffico veicolare (Cass., 23 luglio 2009, n. 17279).
Nel caso in esame l'incidente è avvenuto proprio all'interno della proprietà privata di F., dopo che il Fe. aveva superato il cancello d'entrata, quindi all'interno di un'area non aperta al pubblico transito.
Esclusa l'applicabilità dell'art. 2054 c.c., essendo stato il danno cagionato da animali, deve essere applicato l'art. 2052 c.c.
In subordine, nel medesimo motivo, parte ricorrente sostiene "l'illegittimità costituzionale dell'art. 2054 c.c. ove non diversamente interpretabile ovvero alternativamente dell'art. 2052 c.c. ove non corrispondentemente interpretabile".
Secondo parte ricorrente, in particolare, l'art. 2054 c.c. sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., per disparità di trattamento, ove lo si considerasse applicabile soltanto alle ipotesi di circolazione su strada pubblica.
La questione è infondata.
Come si è visto infatti l'applicabilità dell'art. 2054 c.c. non si collega tanto al carattere privato o pubblico dell'area quanto alla sua apertura o no al pubblico transito.

La pericolosità del fenomeno circolatorio è proprio legata alla pluralità dei soggetti coinvolti nel caso in cui lo stesso si svolga su aree aperte al pubblico, mentre tale carattere è assente ove la circolazione non sia consentita ad un numero indeterminato di soggetti. La relativa diversità di disciplina appare pertanto ragionevole.
La questione di legittimità costituzionale deve essere prospettata, secondo parte ricorrente, anche con riferimento all'art. 2052 c.c., per la parte in cui tale disposizione non esclude dalla propria sfera di applicabilità il danno cagionato da animali in un'area non aperta al pubblico.
Anche in questo caso deve escludersi l'eccezione di incostituzionalità. La pericolosità dell'animale permane infatti anche in aree non aperte al pubblico ed è conforme a costituzione l'applicazione della norma sia in riferimento ad aree aperte al pubblico che nel caso contrario.
Con il secondo motivo parte ricorrente denuncia "in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3: Questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c. per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6, p. 1 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Conseguente falsa applicazione della norma predetta".
Il ricorrente si duole che la Corte d'Appello rigettato la richiesta di escussione della teste B.I., moglie di F.B.
Il rigetto della richiesta istruttoria, secondo il ricorrente, sarebbe fondato su una norma illegittima in quanto contrastante con il 6 della CEDU, fonte avente rango costituzionale o comunque sovraordinato alla legge ordinaria.
Sostiene parte ricorrente che è rilevante e non manifestamente infondata la questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c. nella parte in cui esclude la capacità a testimoniare laddove una delle parti sia onerata della prova di un fatto al quale abbia assistito la sola persona astrattamente incapace o i litiganti, per contrasto con la disposizione dell'art. 6, p. 1 CEDU e quindi per violazione mediata dalla lesione della norma interposta dell'art. 117 Cost., comma 1.
La questione è manifestamente infondata perché il limite alla prova testimoniale è giustificato.
Se infatti nelle liti fra privati l'uguaglianza delle armi implica l'obbligo di offrire a ciascuna parte litigante la possibilità di presentare le sue prove in condizioni che non la pongano in una situazione di netto svantaggio in rapporto al suo avversario è chiaro che consentire la testimonianza del coniuge in comunione di beni con una delle parti non sarebbe affatto equo costituendo invece un vantaggio per la parte coinvolta.
L'art. 246 c.p.c. non prevede tanto l'incapacità a testimoniare del coniuge in comunione di beni, ma esprime un principio di carattere generale secondo cui non possono essere assunte come testimoni persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio.
Non è dunque la qualità di coniuge a rendere incapace di testimoniare bensì l'esistenza di un interesse nella causa.
E non è irragionevole l'equiparazione alle parti dei soggetti portatori di interessi assimilabili a quelli delle parti stesse.
Nel caso di specie avendo il coniuge un interesse giuridico all'esito della causa, lo stesso non può essere chiamato a testimoniare.
In conclusione, il ricorso deve essere rigettato con condanna di parte ricorrente alle spese del giudizio di cassazione che si liquidano come in dispositivo.
… *Omissis* …

IL COMMENTO

di Sergio Barbaro

Nella pronuncia in esame la Cassazione affronta il "classico" caso del portalettere aggredito da un cane mentre è intento a consegnare la corrispondenza, applicando principi consolidati nella giurisprudenza di legittimità sia in materia di circolazione stradale che di danno cagionato da animali in custodia.

Il caso in esame

La sentenza in esame ha per oggetto l'aggressione di alcuni cani ai danni di un malcapitato postino. Questi si era introdotto nel vialetto che conduceva all'abitazione dei proprietari degli animali con il proprio motociclo per consegnare la corrispondenza, quando, a causa dell'aggressione dei cani che si trovano nel giardino dell'abitazione, era rovinato a terra provocandosi serie lesioni.
Il postino aveva quindi agito in giudizio contro il proprietario dei cani per ottenere il risarcimento dei danni subiti. Il Tribunale di Treviso, sezione distaccata di Castelfranco Veneto, accogliendo la domanda di risarcimento, condannava il proprietario degli animali a versare la somma di euro 12.894,32, oltre accessori. Il convenuto proponeva appello verso la sentenza, che tuttavia la Corte di appello di Venezia confermava *in toto*. Il proprietario degli animali proponeva infine ricorso in Cassazione, fondandolo su due motivi. *In primis*, parte ricorrente sosteneva che la Corte d'appello di Venezia aveva erroneamente omesso di applicare, nei confronti del postino, la presunzione di responsabilità di cui l'art. 2054, comma 1, c.c., criticando in particolare la tesi del giudice di prime cure secondo cui la presunzione di cui alla suddetta norma non sarebbe applicabile qualora

l'evento dannoso si sia verificato su una strada privata. Secondo il ricorrente, inoltre, l'art. 2054 c.c. sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. per disparità di trattamento, in quanto applicabile soltanto alle ipotesi di circolazione su strada pubblica. In secondo luogo il ricorrente contestava l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 2052 c.c. in materia di responsabilità del proprietario per il danno cagionato da animale in custodia per mancato coordinamento con la previsione degli artt. 2050 e 2054 c.c. e prospettava altresì la questione di legittimità costituzionale del medesimo articolo, per la parte in cui tale disposizione non esclude dalla propria sfera di applicabilità il danno cagionato da animali in un'area non aperta al pubblico.
Con il secondo motivo di doglianza, il ricorrente denunciava altresì, «in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c., per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6, par. 1 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Conseguente falsa applicazione della norma predetta». Nello specifico il ricorrente lamentava il rigetto da parte della Corte di appello di Venezia della richiesta di escussione come teste della moglie in regime di comunione dei beni dello stesso.
La Cassazione rigetta entrambi i motivi di doglianza condannando il ricorrente alle spese del giudizio.

L'ambito di applicazione della presunzione di cui al primo comma dell'art. 2054 c.c.

La giurisprudenza afferma che, perché sorgano e operino la presunzione di colpa stabilita dall'art. 2054 c.c. a carico del conducente del veicolo e la conseguente responsabilità del proprietario, deve ricorrere il presupposto della circolazione del veicolo su strada pubblica o su strada privata soggetta a uso pubblico o comunque adibita al traffico di pedoni o di veicoli (1). Ne consegue che tale presunzione di colpa non può ritenersi applicabile nell'ipotesi in cui il danno si sia verificato in un'area privata nella quale non esista traffico e circolazione di veicoli (2).
Il criterio di distinzione tra strada pubblica e privata, secondo la prevalete giurisprudenza di legittimità, risiede non tanto nella proprietà pubblica o privata della stessa quanto nell'uso a cui essa è adibita. L'iscrizione di una strada nell'elenco formato dalla P.A., secondo tale orientamento, non possiede natura costitutiva o portata assoluta, ma riveste funzioni puramente dichiarative e determina una presunzione *iuris tantum* di uso pubblico, superabile con la prova contraria dell'inesistenza di una tale diritto di godimento da parte dalla collettività (3). Il fattore realmente determinante è costituito dall'effettiva destinazione dell'area all'uso pubblico, indipendentemente dallo stato di appartenenza di essa al demanio statale e comunale (4). Con alcune recenti pronunce il Consiglio di Stato ha ribadito i suddetti principi specificando che «un'area privata può ritenersi assoggettata ad uso pubblico di passaggio quando l'uso avvenga ad opera di una collettività indeterminata di soggetti considerati *uti cives*, ossia quali titolari di un pubblico interesse di carattere generale, e non *uti singuli* ossia quali soggetti che si trovano in una posizione qualificata rispetto al bene gravato» (5). L'adibizione ad uso pubblico di un area, secondo il Consiglio di Stato, può anche avvenire mediante la c.d. *dicatio ad patriam*, consistente nel comportamento del proprietario che metta il bene a disposizione della collettività indeterminata di cittadini, oppure nell'uso del bene da parte della collettività indifferenziata protratto per un lunghissimo tempo, che fa sì che il bene stesso venga ad assumere caratteristiche analoghe ad un bene demaniale (6). In definitiva, secondo la giurisprudenza amministrativa, perché un'area possa ritenersi sottoposta ad un uso pubblico è necessario che «l'uso avvenga ad opera di una collettività indeterminata di persone e per soddisfare un pubblico, generale interesse» (7).
In base all'orientamento suddetto, la giurisprudenza

Note:

(1) Cass. pen., sez. IV, 27 febbraio 1976, in *Giust. pen.,* 1976, II, 713; Cass. civ. 24 aprile 1992, n. 4838, in *Arch. giur. circ.*, 1992, 822; Cass. pen. 15 maggio 1992, n. 5695, *ivi*, 1992, 655; Cass. civ. 26 luglio 1997, n. 7015, in *ivi*, 1997, 890; Cass. pen. 1° dicembre 1998, n. 11778, *ivi*, 1998, 470; Cass. civ. 27 ottobre 2005, n. 20911, in *Giust. civ.*, Mass. 2005, 10 e in *Arch. giur. circ.*, 2006, 484; Cass. civ. 6 giugno 2006, n. 13254, in *Giust. civ.*, Mass. 2006, 6; Cass. civ. 23 luglio 2009, n. 17279, ord., in *Lex 24 Premium*; si veda altresì per la giurisprudenza di merito: Giud. Pace Palermo 20 febbraio 2008, n. 2062, in *Premium;* Trib. Roma 27 settembre 1997, n. 17119, in *Arch. giur. circ.*, 1998, 78; Trib. Bari 7 gennaio 2008, n. 26, in *Lex 24 Premium*; App. Firenze 14 settembre 2011, n. 1135, in *Lex 24 Premium*.

(2) Cass. civ. 26 luglio 1997, n. 7015, cit.

(3) Cass. pen. 27 febbraio 1976, cit.

(4) Cass. pen. 27 febbraio 1976, cit.; Cass. civ. 7 maggio 1992, n. 5414 in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Assicurazione (contratto),* n. 146 e *Arch. giur. circ.*, 1992, 1006; Cass. civ. 12 febbraio 1996, n. 1062, in *Giust. civ.*, Mass. 1996, 185; Cass. civ. 11 aprile 2000, n. 4603, in *Giust. civ.*, Mass. 2000, 783; Cass. civ. 27 ottobre 2005, cit.; Cass. civ. 6 giugno 2006, cit.; Cass. civ. 23 luglio 2009, cit.; Giud. Pace Palermo 20 febbraio 2008, cit.; App. Firenze 14 settembre 2011, cit.

(5) Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2012, n. 728, in *Lex 24 Premium*; Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2012, n. 3531, in *Lex 24 Premium*.

(6) Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2012, cit.

(7) Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2012, cit.

della Cassazione esclude che possa ritenersi di uso pubblico un'area privata cui l'accesso non è generalmente consentito ed è sottoposto a limitazioni e restrizioni dovute al tipo di attività che in essa si svolge (8).
Per parte sua, la dottrina ha coerentemente sottolineato come «sono […] pubbliche non solo le strade che appartengono allo Stato, alle Regioni, alle Provincie ed ai Comuni, e sono destinate all'uso pubblico, o strade propriamente dette, ma anche quelle che, pur essendo di proprietà di altri soggetti, sono gravate da un diritto reale pubblico di uso» (9). Tale tesi trova conferma nel dettato normativo e in particolare nelle disposizioni del nuovo codice della strada, introdotto con d.l. 30 aprile 1992, n. 285, che all'art. 2, comma 1, definisce la strada come «l'area ad uso pubblico destinata alla circolazione dei pedoni, dei veicoli e degli animali» (10).
Minoritario e oramai superato è l'orientamento a tenore del quale la distinzione tra strada pubblica o privata dovrebbe essere effettuata secondo criteri formalistici quali la demanialità o meno della strada (11).

Il danno cagionato da animali in custodia

Sempre con il primo motivo di gravame il ricorrente contestava l'applicabilità nella controversia in esame dell'art. 2052 c.c. in materia di responsabilità del proprietario per il danno cagionato da animale in custodia.
Una parte della dottrina sostiene che la fattispecie di cui all'art. 2052 c.c. costituisca un'ipotesi di responsabilità soggettiva aggravata per colpa presunta a carico del custode per i danni cagionati dall'animale (12). Per sottrarsi a tale responsabilità, il proprietario dell'animale deve provare di aver adottato «tutte le misure ragionevolmente idonee ad evitare quei danni che i caratteri fisici dell'animale rendono suscettibile di arrecare» (13), ossia «le opportune precauzioni per impedire ai terzi di subire danni dall'animale» (14), ad esempio collocando quest'ultimo in luoghi vietati al pubblico.
Una diversa tesi (15), invece, reputa che l'art. 2052 c.c. configurerebbe una ipotesi di responsabilità oggettiva fondata in realtà non sulla colpa, ma su un mero rapporto di fatto con l'animale (16). Il proprietario risponde per i danni provocati dall'animale in ogni caso e per l'intero, a meno che non dia la prova del caso fortuito, ossia dell'intervento di un fattore esterno idoneo a interrompere il nesso di causalità tra il comportamento dell'animale e l'evento lesivo, comprensivo anche del fatto del terzo o del fatto colposo del danneggiato che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno (17).
La recente giurisprudenza della Suprema Corte è chiaramente orientata verso la natura oggettiva alla responsabilità *ex* art. 2052 c.c. per i danni cagionati da animali sia sotto la custodia del proprietario, sia smarriti o fuggiti, escludendone la responsabilità solo nei casi in cui l'evento sia imputabile a caso fortuito (18). Secondo questo modello di responsabili-

Note:

(8) Cass. pen. 11 ottobre 1973, in *MCP*, 1975, 391. Si vedano altresì: Cass. civ. 23 luglio 2009, cit., che ha considerato l'area di parcheggio destinata agli utenti di un ipermercato, anche se di proprietà privata, inclusa in uno stabile di proprietà privata e delimitata da sbarre di ingresso destinate a regolare l'accesso ai veicoli, area aperta all'uso del pubblico potendo accedervi chiunque. In giurisprudenza si è affermata la natura di aree ad uso pubblico della aree di servizio per la distribuzione dei carburanti. Si veda Cass. 19 febbraio 2007, n. 3839, in *Lex 24 Premium*. *Contra* Cass. civ. 10 gennaio 2008, n. 258, in *Lex 24 Premium*, che ha riconosciuto la natura privata alle piazzole di distribuzione del carburante «atteso che su di esse il passaggio di utenti sulla strada, anche se in numero elevato si svolge non "uti cives", ma "uti singuli" e resta pur sempre limitato a coloro che intendono usufruire dei servizi stessi e circoscritto al tempo in cui questi servizi sono aperti». Per un approfondimento si veda altresì Peccenini, *La r.c. per la circolazione di veicoli*, in Cendon (a cura di), *La responsabilità civile*, vol. XII, Torino, 1998, 22.

(9) Orusa, voce *Strade e Autostrade*, in *Digesto*, *Disc. pubbl.*, IV ed., 122.

(10) Sul punto si veda: Orusa, *id.*

(11) Cass. pen. 4 novembre 1988 in *Giur. it.*, 1989, II, 391. Si veda altresì: Grisafi, *Sinistro stradale in area private le conseguenze pratiche*, in rete a http://www.studiogrisafi.com/sinistro-stradale-in-area-privata.html.

(12) Bianca, *Diritto civile*, *La responsabilità*, vol. V, Milano, 1994, 726; dello stesso orientamento: Jannarelli, *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 2000, 1007.

(13) Tra coloro che si richiamano alla presunzione di colpa si veda De Cupis, *Dei fatti illeciti, Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1971, 91.

(14) Bianca, *op. cit.*, 724.

(15) Franzoni, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, vol. II, Padova, 1988, 547.

(16) Sostanzialmente dello stesso orientamento si vedano in dottrina: Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1998, 117; Resta, *Danno cagionato da animali*, in Alba-Bessone, *La responsabilità civile*, *Aggiornamento* 1988-1996, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, 283.

(17) Resta, *op. cit.*, 284. Per un recente approfondimento sul dibattito sulla natura della responsabilità per il danno cagionato da animali in custodia si veda: Spagnolo-Cantarella, *La responsabilità per danni cagionati da animali a terzi*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 6, 54.

(18) Cass. 23 novembre 1998, n. 11861, in questa *Rivista*, 1999, 653, con nota di Filograna; Cass. 22 febbraio 2000, n. 1971, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Responsabilità civile*, n. 343; Cass. 22 febbraio 2000, n. 1971, in *Giust. civ.*, Mass. 2000, 428; Cass. 30 marzo 2001, n. 4742, in *Arch. civ.*, 2001, 977; Cass. 9 gennaio 2002, n. 200, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 1390; Cass. 19 marzo

(segue)

tà, una volta provato che l'animale ha cagionato il danno, non sarà necessario prendere in esame la questione della colpa del proprietario o dell'utente, poiché il fatto stesso che si sia verificato l'evento è di per sé sufficiente a dimostrare che la custodia non è stata diligentemente esercitata, senza possibilità alcuna per il convenuto di fornire prova contraria.
Pertanto, se la prova liberatoria richiesta dalla norma non viene fornita, non rimane al giudice che condannare il proprietario al risarcimento dei danni per l'intero (19). Quest'ultimo, risponderebbe, quindi, non sulla base di un comportamento o di una attività da lui stesso assunta, ma della mera relazione tra lui e l'animale, nonché del nesso di causalità sussistente tra il comportamento di quest'ultimo e l'evento dannoso (20).

La capacita di testimoniare del coniuge in regime di comunione dei beni

Con il secondo motivo di gravame il ricorrente aveva prospettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c. per violazione dell'art. 6 par. 1 della CEDU. In concreto il ricorrente lamentava il rigetto da parte della Corte di appello della richiesta di escussione di un teste, moglie dello stesso ricorrente.
L'art. 246 c.p.c. sancisce che «non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio».
È principio giurisprudenziale consolidato in materia di testimonianza del coniuge, dei parenti e degli affini che, essendo stato eliminato il generico divieto di testimoniare originariamente previsto dall'art. 247 c.p.c. (dichiarato incostituzionale (21)) ed essendo ormai superata ogni aprioristica valutazione di non credibilità, risulta fondamentale nella decisione sull'escussione di tali testi il criterio dell'attendibilità, cui si deve aggiungere la valutazione dell'interesse del congiunto (22). Ne consegue che lo *status* di coniuge in comunione legale dei beni non comporta, di per sé e sempre *ex* art. 246 c.p.c., l'incapacità a testimoniare nelle controversie in cui è parte l'altro coniuge (23). Il giudice potrà escludere la testimonianza del coniuge di una delle parti in causa qualora nel caso sottoposto al suo vaglio sussista un interesse personale, concreto e attuale del terzo legato da vincolo del matrimonio che ne legittimerebbe la partecipazione al giudizio (24). Il coniuge in comunione dei beni, pertanto, potrà essere escusso come teste in tutti i giudizi in cui è coinvolto l'altro coniuge, a condizione che l'esito del giudizio non incida sulla comunione legale (25).

Note:

(continua nota 18)
2007, n. 6454, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 475 e in *Dir. e giur .agr.*, 2008, 9, 558, con nota di Cimatti; Cass. 19 luglio 2008, n. 20063, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 468; Cass. 21 novembre 2008, n. 27673, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 470; Cass. 20 aprile 2009, n. 9350, in questa *Rivista*, 2010, 154, con nota di Barbaro; Cass. civ. 20 luglio 2011, n. 15895, *ivi*, 2012, 273, con nota di Barbaro; Cass. civ. 23 maggio 2012, n. 8102, in *Lex 24 Premium*. Per la giurisprudenza di merito tra le più recenti sentenze si vedano: Trib. Lodi 19 marzo 2009, in *Lex 24 Premium*; Trib. Roma 24 marzo 2011, n. 6220, in *Lex 24 Premium*; Trib. Roma 23 maggio 2011, n. 10910, in *Lex 24 Premium*; Trib. Potenza 3 febbraio 2011, n. 127 in *Lex 24 Premium*; Trib. Roma 23 maggio 2011, n. 10910, in *Lex 24 Premium*.

(19) Si vedano su tutte: Cass. civ. 20 luglio 2011, cit. e Cass. 19 marzo 2007, cit.

(20) Tra le più recenti sentenze della Cassazione civile in materia si veda Cass. 23 maggio 2012, cit. La fattispecie aveva per oggetto il danno provocato da un cavallo a una frequentatrice di un maneggio. La Corte in questa pronuncia, pur escludendo la responsabilità del proprietario del cavallo *ex* art. 2052 c.c., ribadisce come «la responsabilità per il danno causato dall'animale, prevista dall'art. 2052 c.c., incombe a titolo oggettivo ed in via alternativa o sul proprietario, o su chi si serve dell'animale, per tale dovendosi intendere non già il soggetto diverso dal proprietario che vanti sull'animale un diritto reale o parziale di godimento, che escluda ogni ingerenza del proprietario sull'utilizzazione dell'animale, ma colui che, con il consenso del proprietario e anche in virtù di un rapporto di mero fatto, usa l'animale per soddisfare un interesse autonomo, anche non coincidente con quello del proprietario». Si vedano anche: Cass. 7 settembre 1966, n. 2333 in *Temi nap.*,1967, I, 115, con nota di Cesaro; Cass. civ. 30 marzo 2001, cit.; Cass. 9 gennaio 2002, n. 200, cit. Per un approfondimento sulla tematica del danno cagionato da animali in custodia mi si consenta il rinvio a Barbaro, *La responsabilità da omessa custodia per le lesioni provocate dalla condotta di animali*, nota a Cass. civ. 20 aprile 2009, n. 9350, cit., in questa *Rivista*, 2010, 158.

(21) Corte cost. sentenza del 10 luglio 1974, n. 248, in *Giust. civ.*, 1974, III, 247.

(22) Si veda: Bonilini-Confortini, *Codice di procedura civile ipertestuale*, Torino, 2006, 246.

(23) Cass. civ. 9 febbraio 2005, n. 2621, in *De Jure*.

(24) Su tutte: Cass. civ. 21 novembre 1997, n. 11635, in *Giust. civ.*, Mass. 1997, 2205; Cass. civ. 28 novembre 1998, n. 12127, in *Foro it.*, Mass. 1998; Cass. civ. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 2250; Cass. civ. 15 maggio 2002, n. 7061, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 1259; Cass. civ. 20 agosto 2003, n. 12259, in *Arch. loc. cond.*, 2003, 255, con nota di De Tilla; Cass. civ. 30 agosto 2004, n. 17384, in *Lex 24 Premium*.

(25) Sul punto: Cass. civ. 9 ottobre 1997, n. 9786, in *Giust. civ.*, Mass. 1997, 1883, in cui la Corte di Cassazione ha ritenuto capace di testimoniare il coniuge del convenuto in regime di comunione legale dei beni in una controversia in materia di violazione della disciplina delle distanze, perché l'incremento eventuale del patrimonio comune non è strettamente connesso e dipendente dall'oggetto della lite e perciò l'interesse del coniuge escusso è di mero fatto, influente sulla valutazione della sua attendibilità, ma inidoneo a legittimare la sua partecipazione al giudizio; Cass. 5 marzo 2004, n. 4532, in *Lex 24 Premium*, in cui la Corte ha dichiarato capace di testimoniare il coniuge nelle controversie in cui sia parte l'altro coniuge, ove esse abbiano per oggetto crediti derivanti dall'esercizio dell'impresa di cui sia titolare esclusivo l'altro coniuge, in quanto essi diventano comuni solo al momento dello scioglimento della comunione e nei limiti in cui ancora sussistono; Cass. civ. 9 febbraio 2005, cit., in cui la Corte

(segue)

La pronuncia in esame

Nella pronuncia in esame la Suprema Corte affronta il primo dei due motivi di gravame presentati dal ricorrente applicando i principi consolidati sopra esaminati.
Difatti la Corte ribadisce che «i criteri decisivi per individuare l'ambito di applicazione dell'art. 2054 c.c. e delle regole in tema di assicurazione obbligatoria non consistono necessariamente nella natura privata o pubblica dei diritti di proprietà sulla stessa, né nel fatto che essa sia collocata in una od altra posizione rispetto ad uno stabile di proprietà privata; consistono invece nell'apertura o meno dell'area stessa all'uso pubblico, in termini tali per cui risulti ordinariamente adibita al traffico veicolare». Pertanto, tale presunzione non può applicarsi, secondo la Corte, alla fattispecie *de qua* in cui l'incidente era avvenuto all'interno della proprietà privata del ricorrente e dopo che il postino aveva superato il cancello di entrata e quindi all'interno di un'area non aperta al pubblico transito. La Cassazione dichiara altresì infondata la questione di costituzionalità prospettata dal ricorrente con riferimento allo stesso art. 2054 c.c., in quanto l'applicabilità di tale articolo del codice civile «non si collega tanto al carattere privato o pubblico dell'area quanto alla sua apertura o no al pubblico transito». Secondo la Corte, difatti, la pericolosità del fenomeno circolatorio è legata alla pluralità dei soggetti coinvolti nel caso in cui lo stesso si svolga in aree aperte al pubblico, mentre tale pericolosità è chiaramente ridotta o esclusa ove la circolazione non sia consentita ad un numero indeterminato di soggetti. Pertanto, conclude la Suprema Corte, la diversità di disciplina risulta ragionevole.
Non potendosi applicare il disposto di cui l'art. 2054 c.c. per i motivi suddetti e poiché il danno cagionato al portalettere era stato provocato dall'aggressione di animali, la fattispecie in esame, secondo la Corte, deve essere ricompresa nell'ambito di operatività dell'art. 2052 c.c., rispetto al quale la Corte non condivide la questione di costituzionalità in quanto la pericolosità dell'animale permane sia che si tratti di zone aperte al pubbliche che di aree private.
Il secondo motivo di doglianza prospettato dal ricorrente aveva per oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c. per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 par. 1 della CEDU. In concreto il ricorrente si doleva che la Corte di appello avesse rigettato la richiesta di escussione come teste della moglie in comunione dei beni.
La Corte di cassazione, anche in relazione a tale motivo di ricorso, si limita ad applicare i propri precedenti consolidati ribadendo che «l'art. 246 c.p.c. non prevede tanto l'incapacità a testimoniare del coniuge in comunione dei beni, ma esprime un principio di carattere generale secondo cui non possono essere assunte come testimoni persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio». Pertanto la conseguenza logica di tale assunto è che «non è dunque la qualità di coniuge a rendere incapace di testimoniare bensì l'esistenza di un interesse nella causa». Nel caso in esame il coniuge del ricorrente aveva un chiaro interesse giuridico all'esito della causa: *in primis* perché anch'egli proprietario e custode degli animali e in secondo luogo in quanto l'accoglimento della domanda risarcitoria avrebbe comportato un decremento del patrimonio dei coniugi in comunione legale dei beni. Pertanto, conclude la Corte rigettando anche tale motivo di doglianza, lo stesso non poteva essere chiamato a testimoniare nel giudizio.

Nota:

(continua nota 25)

ha ritenuto il coniuge in regime legale di comunione dei beni capace di testimoniare in un processo in materia di responsabilità civile da incidente stradale in cui era coinvolto l'altro coniuge; Cass. civ. 14 ottobre 2008, n. 10744, in rete a http://www.hyperlex.it/visualizza.asp?id1=333, vertente anch'esso sulla testimonianza del coniuge nelle controversie in cui è parte l'altro coniuge in relazione a crediti dell'impresa di cui è titolare esclusivo quest'ultimo; Cass. civ. 17 aprile 2009, n. 9295 in *Lex 24 Premium*, in cui è stato ritenuto capace di testimoniare il coniuge in comunione dei beni del convenuto in una causa avente per oggetto beni ereditari che non costituiscono beni oggetto di comunione legale e non vanno pertanto ad incrementare il patrimonio comune; Cass. civ. 21 gennaio 2010, n. 988, in *Lex 24 Premium*, in cui la Corte ha escluso la capacità di testimoniare del coniuge in comunione dei beni in una controversia promossa dall'altro coniuge per l'attribuzione di un bene destinato ad incrementare il patrimonio comune. Il caso aveva per oggetto la richiesta del coniuge del teste di restituzione di una somma data in mutuo, versata dal mutuatario con provvista tratta dal conto corrente bancario cointestato e il cui titolo di versamento era contestato dalla controparte. In questa fattispecie, secondo la Suprema Corte, l'altro coniuge pur non avendo la qualità di litisconsorte necessario, si trova in una situazione di incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c.p.c. stante la sua facoltà di intervenire nel relativo giudizio.

Liquidazione del danno biologico

Ancora sulla presunta incostituzionalità dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni

TRIBUNALE DI TIVOLI, Sez. civ., 21 marzo 2012, ord. - Giud. Liberati - R.A. c. Fondiaria Sai S.p.A. e Provincia di Roma

È fondata la questione di costituzionalità dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, con riferimento agli artt. 2, 3, 24, 32 della Costituzione, nonché del principio di ragionevolezza, nella parte in cui preclude l'integrale risarcimento del danno non patrimoniale arrecato alla sfera giuridica del soggetto leso, predeterminandone *ex lege* l'ammontare massimo risarcibile e conseguentemente crea una disparità di trattamento nel ristoro del danno in base al diverso elemento causativo del danno. Allo stesso è fondata la questione di costituzionalità dell'art. 139 con riferimento agli artt. 3 e 8 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, nella parte in cui preclude l'integrale risarcimento del danno non patrimoniale arrecato al bene (sfera giuridica del soggetto leso) tutelato dall'art. 2 della Convenzione EDU e dall'art. 1, prot. 1 della CEDU e conseguentemente crea una disparità di trattamento nel ristoro del danno subito - in base all'elemento causativo - all'interno del medesimo ordinamento nazionale, e nella parte in cui crea un ostacolo di fatto alla piena protezione del correlato diritto alla vita familiare e privata tutelati dagli artt. 3 e 8 della medesima Convenzione, così venendo meno agli obblighi imposti dalla Convenzione EDU.

@ Il testo integrale dell'ordinanza è disponibile su: www.ipsoa.it\dannoeresponsabilita

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Giud. Pace Torino 21 ottobre 2011; Giud. Pace Torino 30 novembre 2009.
Difforme	Corte cost. 27 aprile 2011, n. 157, ord.

… *Omissis* …

Impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma

L'art. 139 del D.Lgs. n. 209/2005 segue di fatto quanto già previsto dall'art. 5 della legge n. 57/2001, come modificato dall'art. 23 della legge 12 dicembre 2002 n. 273, che aveva il chiaro intento di contenere i costi del servizio assicurativo, intento che evidentemente si è inteso proseguire anche con il predetto art. 139.

Il tentativo di procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma non può allo stato, prescindere dagli attuali principi giurisprudenziali, quali recepiti dal diritto vivente ed indirizzati alla personalizzazione della liquidazione del singolo danno alla persona ed al suo intero ristoro cui tende appunto tale operazione, soprattutto con il ricorso al criterio equitativo (come evidenziato da Cass. n. 12408/2011 che a tal fine fa riferimento alle tabelle milanesi).

Ma l'art. 139 del D.Lgs. n. 209/2005 non consente al Giudice alcuna possibilità di adeguare al caso concreto la sua liquidazione sia nei casi in cui gli importi previsti da detta norma risultino inferiori alla reale entità del danno sia nel caso in cui detti importi risultino invece superiori, non potendo, esso Giudice, intervenire in alcun modo, in quanto deve adottare un semplice calcolo matematico che lo limita nel suo potere equitativo. Peraltro è il caso di rilevare che il testo originario dell'art. 5 della legge n. 57/2001 si limitava a precisare che "… il danno biologico viene ulteriormente risarcito tenuto conto delle condizioni soggettive del danneggiato" così consentendo un'adeguata personalizzazione del singolo danno e che solo con la modifica apportata a detta norma con l'art. 23 della legge n. 273/2002 si è posto il limite di un quinto all'aumento relativo alle condizioni soggettive del danneggiato impedendo di fatto l'utilizzo del criterio equitativo quale ora evidenziato dalla Suprema Corte.

Non è poi da sottacere il fatto che l'attuale diritto vivente non consente più la liquidazione del danno morale in casi del genere di quello in esame e ciò ad evitare la du-

plicazione del risarcimento di danni già risarciti con il danno biologico quale definito dall'art. 139 cod. assic. per cui non è possibile, nel caso di specie, cercare di adeguare il risarcimento alla reale entità del danno quanto meno liquidando al danneggiato, in aggiunta ai valori del danno biologico tabellato dalla norma, quella ulteriore parte di danno corrispondente alla sofferenza dell'individuo che viene fatta rientrare nel danno biologico.
Si potrebbe allora cercare di giungere ad una liquidazione adeguata del danno sulla scorta delle allegazioni e prove fornite dal danneggiato al fine di individuare quella norma la cui violazione ha provocato un danno non patrimoniale ovviamente diverso dal danno biologico inteso nella sua più ampia accezione, operazione questa che per le micro permanenti, in genere, diventa di indubbia difficoltà se non impossibilità.
Peraltro, nel caso concreto, il giudice *a quo* ritiene di aver individuato, per il solo danno da risarcire all'attore a titolo di risarcimento della lesione temporanea e permanente alla sua integrità psicofisica che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della sua vita, un'equa valutazione per il danno biologico permanente di 3,5% punti nell'importo di euro 6.000,00, comunque inferiore alle tabelle c.d. milanesi (2009) per i sinistri diversi da quelli stradali, ai quali aggiungere euro 1500,00 per il pregiudizio che prima dell'intervento delle Sezioni Unite si calcolava come danno morale ed euro 3.000 a titolo di danno esistenziale ed alle attività realizzatrici non ricomprendibili nel danno biologico "standard" arrecato al *quisue de populo*.
Quanto all'importo dovuto per il danno biologico temporaneo assoluto (10 giorni) e parziale al 50% (15 giorni), ritiene equo il giudice, con valori peraltro coincidenti con le c.d. tabelle milanesi (del 2009, *ratione temporis*) calcolare in euro 132,00 al giorno, per un totale di 1320,00 per i 10 giorni di ITA e di 990,00 per i 15 giorni di ITP al 50%.
Il totale complessivo dei danni non patrimoniali subiti dal G. ammonterebbe così ad euro 12.810,00.
Per contro ai sensi dell'art. 139 cod. assic. il giudice non può liquidare al danneggiato che i soli importi consentiti dalla legge, importi che compreso l'aumento del 20% non possono superare, sempre per il solo ristoro della lesione temporanea e permanente alla sua integrità psicofisica che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della sua vita, l'importo di euro 5.414,532.
Non si vede quindi allo stato in quale modo poter salvare la norma con un'interpretazione costituzionalmente orientata.

***

Motivi di contrasto con norme di rango costituzionale

Illegittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 con riferimento agli artt. 3, 24, 32, della Costituzione nonché del principio della ragionevolezza

Un primo profilo di contrasto con la carta costituzionale deve essere rinvenuto, ad avviso di questo Tribunale, del mancato rispetto del diritto alla salute, ove considerata nel suo momento patologico della verificazione del danno.
Infatti, come si vedrà meglio nel successivo punto con riferimento ai profili di ragionevolezza, il diritto alla salute è un bene incomprimibile, la cui protezione non può trovare una limitazione - sotto il profilo risarcitorio - a seconda della causa che ha procurato la lesione. In sostanza, una lesione al rachide non può trovare un risarcimento diverso a seconda che sia stato cagionato dal sinistro stradale piuttosto che da una caduta dagli sci.
Invero, nel primo caso il giudice si trova costretto ad applicare i parametri previsti dall'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209, mentre nel secondo caso può fare applicazione del criterio equitativo o, comunque, di quello stabilito convenzionalmente attraverso le tabelle dei vari tribunali per assicurare una omogeneità di risarcimento di danni.
In altre parole, il profilo psicologico causativo non può certamente giustificare una minore protezione da parte dello Stato - attraverso l'imposizione dell'assicurazione obbligatoria dei relativi parametri previsti per il risarcimento - nei confronti dei cittadini.
Per tale ragione ad avviso di questo giudice, la differenza risarcitoria che si avrebbe in un caso e nell'altro (vedasi, con riferimento al caso di specie, quanto dedotto in fatto) integra una violazione dell'art. 2 della Costituzione, in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 32 della Costituzione.

Illegittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 con riferimento agli artt. 2, 32, della Costituzione nonché del principio della ragionevolezza

In secondo luogo, ritiene il Tribunale che non sia ragionevole sostenere che l'interesse all'esercizio dell'attività assicurativa possa essere ritenuto preminente su quello all'integrale risarcimento del danno alla persona, risarcimento che è pur sempre collegato alla tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo.
L'eventuale differenza risarcitoria rispetto al danno liquidato a seguito di lesione cagionata con dinamica differente dal sinistro navale o nautico non può infatti trovare giustificazione né con riferimento agli interessi economici delle singole imprese, in ragione del fatto che sono gravate dall'obbligatorietà della stipula, né dalla necessità di assicurare la possibilità per la collettività di continuare a garantire l'assicurazione obbligatoria.
Ciò per diverse ragioni.
In primo luogo, non può certamente ritenersi che la diminuzione dei danni risarciti sia funzionale al mantenimento dell'attuale sistema di assicurazione obbligatoria. Infatti è esperienza comune che, *de facto*, l'istituto dell'assicurazione obbligatoria non assolve più pienamente la propria funzione. Invero, il costante utilizzo di una modulistica contrattuale non favorevole per il contraente debole, le numerose limitazioni e franchigie previste, il sistema di limitazione dei danni risarcibili normativamente previsto, il frequente diniego dei risarcimenti con conseguente necessità di ricorrere a lunghi, costosi e faticosi iter giudiziari (e conseguente possibilità di sfruttare

la debolezza legale delle controparti, certamente meno organizzate delle compagnie assicurative ad affrontare un contenzioso) hanno portano nel tempo le assicurazioni a non assolvere più alla funzione sociale di reale certezza del ristoro patrimoniale, tanto da far dubitare della utilità - allo stato - dell'obbligo a contrarre.
Ciò senza considerare che il legislatore, eventualmente, avrebbe potuto mantenere il livello di danno in misura equivalente a quello risarcito in ipotesi di lesione arrecata in ragione di diversi elementi causali, addebitandone in parte l'onere risarcitorio, in una misura percentuale, all'assicurato (circostanza che, comunque, ad avviso di questo giudice, avrebbe reso ancor più evidente la insostenibilità, allo stato attuale della prassi dei Tribunali, dell'obbligo assicurativo).
Sotto altro profilo, la politica imprenditoriale tenuta da molte società di assicurazione ha comunque portato all'innalzamento insostenibile dei costi, specie in alcune zone del Paese, tanto da eliminare, di fatto, una buona fetta del mercato assicurativo che, non potendo permettersi di sostenere i relativi costi, o ha rinunciato all'uso di veicoli di proprietà o, in percentuali preoccupanti, ha iniziato a circolare senza alcuna assicurazione, come dimostrano recenti statistiche riportate dai mass-media.
Infine, anche voler ritenere che la semplice previsione di un tetto risarcitorio non può costituire di per sé violazione del richiamato art. 2 Costituzione, la soluzione relativa alla ragionevolezza del limite non può che trovarsi nella verifica dell'esistenza o meno di un equo contemperamento degli interessi in gioco.
Sul punto non pare quindi ragionevole sostenere che l'interesse all'esercizio dell'attività assicurativa possa essere ritenuto preminente su quello all'integrale risarcimento del danno alla persona, risarcimento che come detto è collegato alla tutela della salute come diritto fondamentale diritto dell'individuo. È quindi ingiustificabile il subordinare diritti costituzionalmente garantiti dall'art. 32 della Costituzione agli interessi economici di singoli soggetti privati ed alle loro scelte imprenditoriali ed organizzative.
In più, a fronte della rigida limitazione risarcitoria imposta al danneggiato, questi non ottiene alcun vantaggio diretto od indiretto nei confronti del responsabile o del suo assicuratore come potrebbe essere ad esempio una responsabilità oggettiva dell'assicuratore stesso, ed anzi, per quanto detto prima, la politica imprenditoriale ha comportato una ulteriore diminuzione dei danni risarciti e in alcuni casi della stessa accessibilità alle polizze assicurative. Tali elementi portano a dubitare della compatibilità dell'art. 139 del D.Lgs. n. 209 del 2005 con l'art. 2 e 32 della Costituzione.

Illegittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 con riferimento agli artt. 2, 3 della Costituzione nonché del principio della ragionevolezza

Un altro profilo di illegittimità costituzionale, ad avviso di questo giudice, è rappresentato dalla impossibilità di risarcire il danno morale.
Il lungo percorso giurisprudenziale che ha portato alla interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ha posto in luce come, a prescindere dal nome con il quale vengano invocati, i danni non patrimoniali assumono diverse "sfumature", riconducibili al danno alla salute, da intendersi come lesione medica "standard" in un soggetto normale, al danno morale, da intendersi quale sofferenza patita in ragione dell'illecito subito, ed infine alla lesione alle attività realizzatrici della persona esulanti da quella di natura strettamente medica (a prescindere che la si consideri parte del danno biologico, in una accezione lata, o, un danno di diversa natura: esistenziale, da vacanza rovinata, alle attività realizzatrici della persona, eccetera). Infatti è indubitabile che esistano ipotesi in cui il risarcimento deve adeguarsi a tipologie di danno ulteriori rispetto alle attività normalmente realizzate dal *quisque de populo* e ricomprese nel danno biologico standardizzato.
Fermo restando quanto si dirà breve in merito alla natura ed alla illegittimità della limitazione prevista dall'art. 139 cod. ass. in merito alla possibilità di aumentare di solo un quinto la lesione biologica, non può tuttavia non rilevarsi l'assoluta mancanza di una previsione della risarcibilità del danno morale.
Tale componente di danno (o elemento o voce) viene solitamente risarcita in via del tutto autonoma nelle lesioni causate da fatti diversi dal sinistro stradale o nautico. In quest'ultimo caso, invece, l'art. 139 cod. ass. - nel prevedere i criteri e limiti risarcitori - non ha menzionato affatto il danno morale, escludendone così ogni possibilità risarcitoria. Giova solo rammentare che l'entità del danno morale può raggiungere anche quantificazioni elevate, specie laddove si consideri che sovente il sinistro stradale costituisce sovente anche ipotesi penalmente rilevante.
Da tali considerazioni deriva che l'assoluta mancanza di una previsione di risarcibilità del danno morale per una medesima lesione cagionata da sinistro stradale rispetto ad una cagionata in diverso modo (ad esempio cadendo da cavallo) rende ad avviso di questo giudice l'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 in contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Illegittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 con riferimento agli artt. 2, 3 della Costituzione nonché del principio della ragionevolezza

Nel caso di specie è incontestato che l'avvocato appellante svolgesse attività extra lavorative di tipo ludico quali il football americano, il calcetto, lo spinning, la vela ed il windsurf.
A prescindere dalla qualificazione dogmatica (se si tratti cioè di una componente del danno biologico o di una voce di danno *ex se*) è fuor di dubbio che nel danno biologico risarcito ai sensi del codice delle assicurazioni (che è risarcito in modo eguale per ogni persona, in base a parametri legati alla età ed al grado della lesione) certamente non viene calcolato il maggior danno che una persona può aver subito (a parità di lesione fisica) in ragione del

fatto di non potere svolgere una attività ulteriore rispetto alle normali incombenze tipiche di ogni soggetto.
In altre parole, un violinista in pensione che per hobby pratichi quotidianamente attività concertistica gratuita di beneficienza, il quale riporti una micropermanente ad un dito che gli precluda di suonare lo strumento con l'abituale destrezza, dovendo così rinunciare alla attività concertistica che gli riempie la vita dandole un senso, pur non subendo un danno patrimoniale avrà certamente una lesione alle attività realizzatrici della persona che esulano (e superano) la normale posta risarcitoria prevista in modo standardizzato dal D.Lgs. 209/2005 (anche se aumentata di 1/5), a prescindere dal fatto che la si consideri un danno a sé o, invece, un danno biologico "allargato".
Infatti, l'art. 139 del D.Lgs. 209/2005 offre una definizione normativa del danno biologico, affermando testualmente che "2. Agli effetti di cui al comma 1 per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito". Tale formula è evidentemente onnicomprensiva e non consente al Giudice di tenere conto delle differenze di danno (a parità di lesione fisica) che possono prodursi in capo a soggetti che svolgono attività eccedenti la "norma" di ogni persona non rilevanti a fini reddituali, contrariamente a quanto accade per lesione dello stesso tipo ed entità cagionate in modo diverso dai sinistri stradali.
In questa prospettiva è evidente che la possibilità di aumentare al massimo di 1/5 il danno biologico, in relazione alle caratteristiche personali ed al caso concreto, non è affatto satisfattiva, essendo un parametro predeterminato del tutto disancorato dal danno effettivo, il quale, invece, non può che essere risarcito nella sua integrità.
In conclusione, l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 139 in relazione ai mutati indirizzi giurisprudenziali quali recepiti dal diritto vivente - posto che detta norma non lascia spazi di manovra al giudicante il quale si deve limitare ad un conteggio matematico che impedisce un'adeguata personalizzazione del danno - determina la violazione dei precetti costituzionali. Ad avviso di questo Tribunale è dunque irragionevole e contrario al principio di equità sancito dall'art. 3 della Costituzione l'aver previsto una limitazione del danno risarcibile in relazione al fatto causativo.

Illegittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 con riferimento all'art. 76 della Costituzione, per la previsione di un limite non previsto dalla legge delega 23/7/2003 n. 229

La legge delega (l. n. 229/2003) prevedeva testualmente all'art. 4 che: "Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni, ai sensi e secondo i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15/3/1997 n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali; b) tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto, avendo riguardo anche alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali di tale servizio …".
Il codice delle assicurazioni elaborato con il D.Lgs. 209/2005 avrebbe quindi dovuto tutelare i contraenti più deboli con adeguata informazione avendo anche riguardo alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali del relativo servizio. Non ritiene questo Tribunale che nelle indicazioni fornite dal legislatore delegante rientrasse la possibilità di precedere dei limiti alla risarcibilità del danno.
In particolare, l'aver riguardo alla correttezza del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali del servizio, non sembra a questo Giudice possa significare anche il potere di porre dei limiti al risarcimento. Si verte dunque in ipotesi di eccesso di delega.
Al contrario, l'aver introdotto valori tabellari vincolanti per il Giudice (oltre tutto con importi notevolmente inferiori a quelli normalmente utilizzati dai Tribunali nelle vicende diverse da quelle di cui alla circolazione dei veicoli), si pone in senso contrario rispetto ai criteri guida della legge delega che risultano pur sempre indirizzati alla tutela del contraente più debole e comunque del consumatore del servizio assicurativo, posizione questa che indubbiamente può rinvenirsi nell'assicurato che a sensi dell'art. 149 agisca direttamente contro il proprio assicuratore per i danni alla persona che restano contenuti nel limite previsto dall'art. 139 ed identico discorso potrebbe farsi, in considerazione degli scopi cui era diretta l'istituzione dell'assicurazione obbligatoria dei veicoli e dei natanti, anche per qualsivoglia altro soggetto danneggiato da incidente stradale.
Infatti, per quanto detto sopra, l'assicurato che come conducente del proprio veicolo abbia riportato un danno alla persona che si sia concretato in una micro permanente, otterrà un risarcimento che non necessariamente potrebbe corrispondere al suo intero danno proprio per la presenza del limite al risarcimento previsto dall'art. 139 richiamato dall'articolo 149, e tanto non pare in linea con la tutela del contraente più debole il ché pare oggi contrastare anche con gli accordi internazionali, se si pensa che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in G.U. 23/1/2008 n. 223) precisa testualmente all'articolo 38: "Nella politica dell'Unione è garantito un elevato livello di protezione dei consumatori."
Da quanto sin qui detto emerge allora come l'art. 139 del D.Lgs. n. 209/2005 risulti costituzionalmente illegittimo difettando della necessaria autorizzazione parlamentare e

ponendosi quindi in contrasto con l'art. 76 della Costituzione.

Illegittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 con riferimento agli artt. 2 e 8, e art. 1 prot. 1, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo

Non vi è dubbio che la lesione derivante da sinistro stradale, comportante un danno biologico, si riverberi sulla integrità psicofisica e quindi anche sulla attività familiare e sulla vita privata.

Orbene, la Repubblica Italiana è una delle Parti contrenti della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e, in quanto tale, è gravata anche dei c.d. obblighi positivi, che impongono cioè di attivarsi positivamente affinché i principi stabiliti dalla Convenzione, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, vengano pienamente attuati nel Paese.

La tutela della integrità psico-fisica e quella alla attività privata e familiare trovano il proprio fondamento negli artt. 3 e 8 del testo della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo.

L'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 si pone ad avviso di questo Giudice quale limite ostativo al pieno riconoscimento del diritto alla vita familiare ed alla vita privata, impedendo *ex lege*, una volta che si è realizzato un sinistro, il risarcimento integrale del danno, necessario a ripristinare i diritti invocati.

Ciò è evidente in quanto la stessa parte aderente al trattato (la Repubblica Italiana) riconosce una diversa entità del danno in caso di sinistri causati in modo diverso dall'incidente stradale, rispetto a quelli derivanti da circolazione stradale, con soluzione legislativa che non consta a questo giudice avere eguali disposizioni in altri Paesi aderenti alla CEDU.

Questo non assicura la piena possibilità di un ristoro del danno alla vita familiare e privata ed incide sugli obblighi positivi previsti per assicurarne il pieno rispetto. Deriva pertanto da tali considerazioni la violazione dell'art. 139 D.Lgs. 205/2009 degli artt. 3 e 8 della CEDU.

Illegittimità costituzionale dell'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 con riferimento agli artt. 2 e 8, e art. 1 prot. 1, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo

Analogamente, un risarcimento minore al danno effettivamente cagionato (quale è, per quanto detto, quello previsto per i sinistri stradali) costituisce lesione al "bene" del soggetto leso, nella larga eccezione elaborata dalla Corte di Strasburgo con riferimento al concetto di proprietà previsto dall'art. 1 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo.

Invero, si è assistito negli anni, da parte della Corte di Strasburgo, ad una costante elaborazione del concetto di bene in senso "sociale", con interpretazione estesa dell'accezione di proprietà/bene tutelato dalla Convenzione (come dimostrano, ad esempio, le numerose decisioni relative al diritto alla pensione), che, ad avviso di questo Tribunale, è in grado di ricomprendere anche il diritto al pieno ristoro del "bene vita/integrità psico-fisica" leso da sinistri stradali, rispetto ai quali la legislazione nazionale (ed in specie l'art. 139 cod. ass.) si pone in senso ostativo.

Sussiste quindi ad avviso di questo Tribunale un contrasto tra l'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209 e l'art. 1 prot. 1, della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo.

Sulla rilevanza nel caso di specie della questione di illegittimità costituzionale formulata

Come fin qui diffusamente argomentato nel presente giudizio il remittente ha individuato nella somma indicata in precedenza l'ammontare monetario che intende attribuire all'attore avv. G.T. a titolo di risarcimento della lesione temporanea e permanente alla sua integrità psicofisica che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita di un uomo medio. Oltre tale somma sarebbe intenzione del giudicante attribuire anche l'ulteriore importo di euro 1500,00 a titolo di danno morale, importo che dopo il noto intervento delle Sezioni Unite non gli è però possibile riconoscere, e corrispondere altresì l'importo aggiuntivo di euro 3.000,00 calcolato in forma equitativa "ragionata", in ragione della impossibilità di svolgere nel medesimo modo ed intensità le attività ludico sportive che prima praticava (calcio, football americano, windsurf, spinning, vela ecc.) e che certamente eccedono l'attività standard del *quisque de populo*. A prescindere dalla qualificazione che si vuole dare a tale ultima posta risarcitoria (che si tratti cioè della maggiorazione "*ad personam*" di un danno biologico o, invece, di un danno autonomamente considerabile alle attività realizzatrici) l'art. 139 cod. ass. non ne consente allo stato il risarcimento, limitandone eventualmente la personalizzazione ad 1/5 del quantum stabilito in base alle previsioni contenute nella medesima norma.

La questione di legittimità dell'art. 139 cod. assic., come in precedenza chiarito, non viene ovviamente sollevata in relazione ai rapporti tra una norma di legge ed una tabella ministeriale, ma in riferimento alla impossibilità per il remittente di provvedere ad un integrale risarcimento del danno sui livelli dell'equità in concreto individuata nei valori come sopra precisati, con riferimento a quanto risultante in atti, a ciò ostando i rigidi limiti della norma di legge.

Resta dunque il fatto che l'attuale domanda non potrebbe essere esaminata nella sua completezza, laddove si debbano applicare rigorosamente i criteri dell'art. 139 cod. assic., sia nella parte in cui detta norma indica i valori che fungono da soglia limite, sia nella parte in cui essa limita ad una percentuale prestabilita, la possibilità per il giudice di procedere all'aumento del valore del risarcimento. L'applicazione dei criteri dell'art. 139 cod. assic. impedirebbe, infatti, di procedere ad una adeguata valutazione del danno o meglio ad una sua personalizzazione alla luce dell'art. 2059 c.c. come ora concepito dal diritto vivente tanto è vero che questo giudice ha provveduto ad evidenziare quella che a suo avviso deve essere una liqui-

dazione maggiormente aderente alla reale entità del danno, liquidazione ben diversa da quella che sarebbe consentita con l'applicazione dei criteri di legge.
È allora evidente l'interesse della parte e dello stesso giudice ad una pronuncia sulla legittimità costituzionale di detta norma sia nella parte in cui fissa una tabella inderogabile, sia nella parte in cui non consente un'adeguata personalizzazione del singolo danno, posto che, laddove tale norma della cui costituzionalità si dubita, venisse confermata, si impedirebbe appunto una valutazione adeguata della domanda impedendo, comunque, una personalizzazione del danno, che finirebbe, quindi, per non venir integralmente risarcito, non osservandosi i criteri posti a base dell'equità dalla più recente giurisprudenza.
In ordine al decreto ministeriale applicato *ratione temporis* dal giudice di primo grado (e che questo giudice ritiene di dover considerare quale parametro di riferimento, trattandosi di giudizio di appello con cui si muovono censure alla decisione di prime cure) a sensi del comma 5 dell'art. 139 cod. assic. si può ancora osservare che anche qualora si dovesse ritenere applicabile un diverso decreto ministeriale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. assic. qui sollevata, sarebbe comunque attuale e rilevante. Infatti, il ministero competente con il decreto annuale previsto dall'art. 139 si limita a disporre l'aumento dei valori mediante l'adeguamento degli stessi al costo della vita, aumento del quale non potrebbe non tener conto il giudicante e del quale tengono notoriamente conto anche le tabelle milanesi che pur non essendo termine di paragone per la presente questione di legittimità costituzionale, restano comunque, ad avviso del giudicante e della giurisprudenza di legittimità, parametro dell'equità e notoriamente vengono anch'esse aggiornate annualmente per adeguarle all'inflazione dal che ne discende la ininfluenza del decorrere del tempo e dell'eventuale applicazione di un nuovo decreto ministeriale in relazione alla questione di legittimità che qui si solleva.
Tanto precisato la questione di legittimità costituzionale come sopra enunciata appare a questo Giudice seria e non manifestamente infondata e rilevante nel processo il cui esito resta ad essa collegato per cui lo stesso non può essere definito indipendentemente dalla sua risoluzione.
Ciò considerando anche che le ragioni di possibile contrasto con la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, come sopra evidenziate, potrebbero esporre la Repubblica Italiana, quale parte aderente, alla possibile condanna da parte della Corte di Strasburgo per ogni singola controversia oggetto di ricorso individuale innanzi alla CEDU, in caso di mancato adeguamento della norma, con conseguente carico dei relativi costi sul bilancio dello Stato.
… *Omissis* …

TRIBUNALE DI BRINDISI, Sez. Ostuni, 3 aprile 2012, ord. - Giud. Natali - S.A. c. S.U.O.A. S.p.A. e A.D.

È fondata e rilevante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139, comma 1, 3, 6, per violazione degli artt. 2, 3, 24, 32, 76, 117 della Costituzione nei termini e per le ragioni di cui in motivazione.

@ Il testo integrale dell'ordinanza è disponibile su: www.ipsoa.it\dannoeresponsabilita

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Giud. Pace Torino 21 ottobre 2011; Giud. Pace Torino 30 novembre 2009.
Difforme	Corte cost. 27 aprile 2011, n. 157, ord.

… *Omissis* …

2. La rilevanza della questione nel caso di specie.
In primis, sotto il profilo della rilevanza della norma, ai fini del *thema decidendum*, non vi è dubbio che l'art. 139, volto a disciplinare - così come espressamente previsto dal comma 1 dello stesso - le micropermanenti (rinvenienti la propria genesi nella circolazione dei veicoli a motore e dei natanti), trovi applicazione nel caso di specie.
Così, ovviamente, anche la tabella delle micro-permanenti adottata in attuazione dello stesso.
Infatti, a fronte di un sinistro stradale, l'odierna appellante riportava lesioni agli arti inferiori.
Orbene, la CTU, espletata nel giudizio di primo grado, ha accertato che le lesioni subite dalla sig.ra S. risultano oramai stabilizzate e hanno comportato una menomazione funzionale in 30 giorni di inabilità temporanea totale, 30 giorni di inabilità temporanea parziale al 50% ed un danno biologico permanente pari al 2%, ovvero nei limiti previsti per l'applicazione dell'art. 139.
Le conclusioni del medico legale sul danno biologico sono condivise da questo Giudice, in quanto basate su un completo esame anamnestico e su un obiettivo e coerente studio della documentazione medica prodotta, valutata con criteri medico-legali immuni da errori e vizi logici.
Risulta, inoltre, provata, nel caso di specie, anche l'ulteriore figura descrittiva del danno non patrimoniale, individuata dalle Sezioni Unite del 2008 nel danno morale e, dalla stessa pronuncia, disancorato dal dato temporale, con conseguente abbandono dello schematismo concettuale per cui il danno morale deve essere necessariamente transeunte.

Del resto, risponde ad una regola di esperienza di difficile smentita e, quindi, all'*id quod plerumque accidit*, che un fatto del tipo di quello accertato, nella fattispecie concreta sia idoneo a determinare una sofferenza di carattere morale. Ciò, sia per la capacità inabilitante e parzialmente compromissoria della funzionalità degli arti delle lesioni subite dall'attrice, sia in considerazione della sua giovane età (18 anni) che deve fare presumere che la S., al momento del sinistro, da poco conseguita la maggiore età, si trovasse in una fase contraddistinta da una particolare intensità relazionale.
Le indicazioni, fornite dal CTU, ed, in particolare, la quantificazione dei postumi permanenti (2%) dovrebbero portare alla determinazione del complessivo danno non patrimoniale, patito dalla, in virtù della Tabella del danno biologico di lieve entità, *ex* art. 139 del Codice delle Assicurazioni, aggiornata al D.M. Sviluppo Economico del 17.6.2011.
Dunque, a titolo di danno non patrimoniale, di tipo biologico, all'appellata dovrebbero essere liquidati euro 1.603,09, a titolo di danno non patrimoniale di tipo biologico e permanente.
Quanto, invece, al danno da inabilità temporanea, esso, in applicazione dei suddetti valori tabellari e considerato che il risarcimento per ogni giorno di invalidità assoluta è stato quantificato in euro 44,28, dovrebbe essere liquidato in euro 1.328,40 l'ITT, giorni 30; euro 664,20, l'ITP al 50% giorni 30, per complessivi euro 1.992,60. Dunque, a titolo di danno non patrimoniale di tipo biologico, all'attrice dovrebbero accordarsi euro 3.595,69.
Quanto al danno non patrimoniale di tipo morale - pure accertato nel caso di specie -, aderendo alla tesi, "c.d. costituzionalmente orientata", dell'inapplicabilità dell'art. 139 a quest'ultimo pregiudizio (cfr. Tribunale di Varese, sez. I, sentenza 8 aprile, sulla quale ci si soffermerà nel prosequio), ne discenderebbe la non operatività del meccanismo dell'aumento, della suddetta misura risarcitoria, nei limiti di un quinto e il potere, per questo Giudicante, di applicare un'ulteriore entità monetaria, a titolo risarcitorio, che, in considerazione delle predette circostanze, potrebbe essere equo liquidata in euro 1.400,00, per complessivi euro 4.995,69.
Se, invece, si ritiene non praticabile la suddetta interpretazione restrittiva della norma (da considerarsi, cioè, inapplicabile al pregiudizio morale), dovrebbe concludersi che, per il risarcimento del danno morale, sarebbe al più possibile una maggiorazione di un quinto di quanto liquidato a titolo di danno non patrimoniale, di tipo biologico (ovvero euro 3.595,69), per complessivi euro 719,38.
A voler applicare le tabelle di Milano approvate nel 2009, poco dopo la sentenza dell'11 novembre 2008, e aggiornate nel 2011 - la cui operatività, stando all'attuale quadro legislativo, dovrebbe essere esclusa in virtù della speciale previsione di cui all'art. 139 - per la medesima situazione avremmo un esito liquidatorio, complessivo, apprezzabilmente diverso.
In primo luogo, l'applicazione del punto del danno non patrimoniale consentirebbe di riconoscere l'automatico risarcimento ai pregiudizi morali che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, si accompagnano alla lesione dell'integrità fisica medicalmente accertata, ovvero pari al 2%.
Ciò, anche perché, nel caso di specie, non constano circostanze di fatto che debbano portare ad escludere, in capo all'attrice, tale "dose presunta" di sofferenza morale.
Come noto, il punto su cui è incentrato il danno non patrimoniale, previsto dalle Tabelle milanesi, è un punto di per sé ricomprensivo sia del pregiudizio all'integrità fisica, sia del pregiudizio morale, quali voci descrittive dell'unitaria categoria del danno morale.
Dunque, mutuando i concetti espressi dalle Sezioni Unite del 2008, secondo cui non esiste un danno esistenziale quale categoria concettuale a sé stante, per contro, costituendo il danno non patrimoniale, una categoria unitaria omnicomprensiva (rispetto al quale quelle che si è soliti considerare come singole e autonome poste risarcitorie - danno estetico, danno alla vita di relazione, danno biologico … -, assumono, invece, la valenza di mere esemplificazioni descrittive) le tabelle Milanesi propongono un concetto di punto accorpato, omnicomprensivo.
Poi, le stesse tabelle prevedono la possibilità di una personalizzazione del danno, ma ciò non tanto al fine di consentire all'interprete di riconoscere rilievo, in sede di liquidazione, al danno morale abitualmente riconnesso ad ogni tipo di lesione fisica permanente tabellata, in quanto già incorporato nel punto del danno non patrimoniale (comprensivo del pregiudizio all'integrità fisica e del pregiudizio alla sfera morale), quanto in considerazione di altri e ulteriori pregiudizi di carattere non patrimoniale che siano ravvisabili nel caso di specie.
Quindi, la personalizzazione interviene per dare rilievo non tanto al pregiudizio morale, che già di per sé è incorporato nel punto del danno non patrimoniale, ma ad altri profili risarcitori, in considerazione della lesione di altri diritti costituzionalmente garantiti, oppure, in alternativa, ai fini di assicurare il ristoro di una sofferenza morale maggiore a quella presuntivamente liquidata con il punto di danno non patrimoniale (a sua volta, correlata ad età ed entità dei postumi permanenti).
Ciò premesso, in applicazione delle suddette tabelle, «oggi applicabil(i), in guisa di uso normativo, alla stregua della citata sentenza 12408/2011, che ne ha consapevolmente e motivatamente espunto un criterio paralegislativo di valutazione cui il giudice di merito dovrà attenersi nella liquidazione del danno non patrimoniale alla persona» (Cassazione civile, sez. VI, 2.11.2011, n. 22709, nonché Cass., sez. III, 12 settembre 2011, n. 18641), il danno non patrimoniale, di tipo biologico, da invalidità permanente subito dall'attrice dovrebbe essere quantificato in euro 2.673,00, per postumi permanenti nella misura del 2% (anni 18 al momento del sinistro).
Quanto, invece, al calcolo del danno da inabilità temporanea, in applicazione dei suddetti valori tabellari e considerato che il risarcimento per ogni giorno di invalidità assoluta è pari ad euro 91,00, si dovrebbe liquidare in euro 2.730,00, l'ITT (giorni 30) e in euro 1.365,00, l'ITP al 50% (giorni 30), per complessivi euro 4.095,00.
In totale, per i danni su indicati, alla attrice, andrebbero liquidati complessivi euro 6.768,00.

Orbene, questo Giudice ritiene che solo tal ultima opzione risarcitoria sia idonea ad assicurare un risarcimento equo, ovvero idoneo - come si avrà modo di esplicitare - a garantire la duplice esigenza di una uniformità pecuniaria di base e di una idonea personalizzazione del danno.
Pertanto, questo Giudice, dovendo, per contro, applicare l'art. 139 Cod. Ass., non può prescindere dal soffermarsi sulla costituzionalità della norma stessa.

3. Non manifesta infondatezza della questione.
L'art. 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005 n. 209, secondo questo giudice, è affetto da molteplici profili di incostituzionalità. Incostituzionalità che, come si avrà modo di spiegare - almeno per quanto concerne la compatibilità con le norme sovranazionali e coi correlati dettami costituzionali - può dirsi sopravvenuta, perché conseguente all'evoluzione dell'ordinamento interno ed, in particolare, del c.d. livello sovranazionale di tutela.

3.1. Violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 T.U.E. quale modificato dal Trattato di Lisbona nonché agli artt. 1 e 3 della Carta di Nizza.
Come noto, al Trattato di Lisbona deve riconoscersi un apprezzabile impatto ordinamentale, avendo avuto l'effetto di porre i diritti inalienabili della persona a fondamento dell'Unione, con ovvie implicazioni anche per l'ordinamento interno etero-integrato da quello comunitario.
La nuova formulazione dell'art. 6 TUE, proprio ad opera del suddetto trattato, secondo cui «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati», consente di riconoscere alla Carta di Nizza dei diritti lo stesso valore cogente dei Trattati fondamentali dell'Unione Europea (adottata il 7 dicembre 2000) e, quindi, la portata di diritto primario, destinato a prevalere su qualunque norma con esso confliggente, determinandone l'inapplicabilità.
Peraltro, quale norma di chiusura del sistema - preordinata ad evitare che la prassi applicativa dei vari stati membri possa svuotare la tutela dei beni di rango comunitario - si prevede, al comma 2, che «I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.».
Orbene, il preambolo della Carta di Nizza, nel definire la fonte genetica dei diritti cui vuole offrire tutela, contiene un espresso riferimento «(a)lle tradizioni costituzionali e (a)gli obblighi internazionali comuni agli stati membri, al Trattato sull'Unione europea e (a)i Trattati Comunitari, (a)lla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (a)lle Carte sociali adottate dalla comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché (a)i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee e da quella della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.».
Può, dunque, dirsi perfezionata la "comunitarizzazione" della Carta di Nizza, o meglio dei diritti in essa sanciti (1), con la conseguenza che la loro violazione può considerarsi presidiata dalla più incisiva tutela apprestata dal diritto comunitario alle posizioni giuridiche soggettive di rilevanza sovranazionale ed, in particolare, dalla c.d. primazia della norme comunitarie.
Inoltre, come agevolmente desumibile dal preambolo della Carta di Nizza, la comunitarizzazione dei suddetti diritti può dirsi avvenuta nella portata e nell'ampiezza che agli stessi deve riconoscersi alla luce, peraltro, delle pronunce delle Corti sovranazionali nonché della stessa Cedu che ne costituiscono, in un certo qual modo, il parametro di "concreta commisurazione".
Tornando agli effetti di tale scelta, è noto come il problematico rapporto fra ordinamento comunitario e ordinamento interno, dopo un tortuoso percorso interpretativo, è stato risolto con l'elaborazione del principio del primato (c.d. primauté) delle norme comunitarie sul diritto interno, con il solo limite dei principi supremi del nostro ordinamento. Principio, il cui fondamento costituzionale è stato individuato nell'art. 11 Cost.
In virtù di tale articolo, l'ordinamento italiano, ricorrendo le condizioni individuate dalla stessa Assemblea Costituente, può limitare la propria sovranità. Quindi l'art. 11 Cost., è stato letto come fonte idonea ad attribuire determinate competenze normative all'Unione; competenze che possono esplicarsi con norme direttamente operative nel nostro ordinamento, siano esse quelle dei trattati, siano esse quelle dei regolamenti e delle direttive *self-executing*.
Peraltro, a tal ultima norma, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione di cui alla Legge Costituzionale 18.10.2011, n. 3, si è aggiunta l'introduzione espressa, di cui all'art. 117, primo comma, Cost., dell'obbligo di rispettare i vincoli posti dall'ordinamento comunitario.
Orbene, deve ritenersi che il sistema risarcitorio delineato dall'art. 139 con il duplice limite dei valori tabellari, da applicarsi in relazione alle diverse ipotesi di lesione dell'integrità psico-fisica, nonché dell'aumento nei limiti del quinto, sia incompatibile con la tutela effettiva delle nuove posizioni giuridiche di diritto comunitario ed, in particolare, del "Diritto all'integrità della persona", di cui all'articolo 3 della Carta di Nizza, intesa - come desumi-

Nota:

(1) Infatti, si è affermato che «Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla Cedu come principi interni al diritto dell'Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilevo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno.».

bile dal primo comma, secondo cui «Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» - nella duplice valenza di salute fisica e psichica, così della "Dignità umana" di cui all'articolo 1, definita, peraltro, quale bene-valore inviolabile.
Ciò tanto più che la stessa Suprema Corte (cfr. sentenza n. 12408 del 2011) ne ha, ad altri fini, evidenziato la non equità perché inidonee, diversamente dalle Tabelle milanesi, a garantire la duplice esigenza di una uniformità pecuniaria di base e di una idonea personalizzazione del danno.

3.2. Violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 T.U.E., quale modificato dal Trattato di Lisbona, nonché in relazione all'art. 2 Cedu.

3.2.1. Il controverso ruolo nel nostro ordinamento della Cedu.

Controverso è, invece, se a seguito della modifica dell'art. 6 Tue, per effetto del Trattato di Lisbona, le norme Cedu abbiano acquisito diretta rilevanza in ambito comunitario e, per l'effetto, anche nel nostro ordinamento.
Infatti, ai successivi paragrafi 2 e 3, lo stesso art. 6 prevede che «l'Unione europea aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; e che «i diritti fondamentali», garantiti da detta Convenzione «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.».
Alla luce di tali previsioni, indipendentemente dalla formale adesione alla Cedu da parte dell'Unione europea - non ancora avvenuta, ma comunque preannunciata - i diritti elencati dalla Convenzione sarebbero stati ricondotti all'interno delle fonti dell'Unione sotto un duplice profilo. Da un lato, cioè, in via mediata, tramite la loro elevazione a «principi generali del diritto dell'Unione»; dall'altro lato, in via immediata, come conseguenza della «trattatizzazione» della Carta di Nizza.
L'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - contenuto nel titolo VII, cui lo stesso art. 6 del Trattato fa espresso rinvio - prevede, infatti, che, ove la Carta «contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione»; fermo restando che tale disposizione «non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.».
Di conseguenza, tutti i diritti previsti dalla Cedu che trovino un "corrispondente" all'interno della Carta di Nizza dovrebbero ritenersi «tutelati (anche) a livello comunitario (*rectius*, europeo, stante l'abolizione della divisione in "pilastri"), quali diritti sanciti […] dal Trattato dell'Unione.».
Coerentemente con tali premesse concettuali, un cospicuo orientamento di pensiero - in ciò avallato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220 e T.a.r. Lazio, sez. II *bis*, 18 maggio 2010 n. 11984) - ritiene che le norme Cedu beneficerebbero del medesimo statuto di garanzia delle norme comunitarie. Esse, pertanto, non sarebbero più considerate quali norme internazionali e parametro "interposto" di legittimità costituzionale di norme domestiche *ex* art. 117 Cost., bensì quali norme comunitarie (in quanto "comunitarizzate" con il Trattato di Lisbona). Quindi, in virtù della "*primautè*" del diritto comunitario, sarebbe doverosa la non applicazione di norme interne con esse contrastanti.
Da ciò, la legittimità del ricorso, per l'interprete, non più al solo strumento della rimessione alla Corte Costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost., primo comma, della norma interna che non consenta una tutela (idonea) - e compatibile coi dettami comunitari - di un diritto fondamentale di rilevanza comunitaria, ma al più incisivo meccanismo della disapplicazione, quale mezzo idoneo a consentire un controllo diffuso di compatibilità comunitaria.
Invero, la ricostruzione *de qua* è stata oggetto di critica da parte di un'autorevole dottrina per cui se è vero che «il Trattato Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente l'adesione dell'Unione alla Cedu», è vero anche che «non solo tale adesione deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato, ma soprattutto non comporterà l'equiparazione della Cedu al diritto comunitario, bensì - semplicemente - una loro utilizzabilità quali principi generali del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.».
Quindi, «il Trattato di Lisbona nulla avrebbe modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della Cedu che resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale.».
Né il suddetto art. 6 potrebbe avere, di per sé, la valenza di un "assenso" dell'Italia (o di un altro stato membro) a quella limitazione di sovranità che, in conformità all'art. 11 Cost., avrebbe consentito (come già verificatosi in occasione dell'adesione dell'Italia al Trattato istitutivo della CE) la diretta operatività della norma internazionale sul piano interno, della regolamentazione dei rapporti giuridici fra i singoli consociati. Infatti, gli stati membri non avrebbero espresso alcuna volontà di autolimitazione e di rinuncia al proprio potere di normazione dei rapporti giuridici creati all'interno di ciascuno di essi.
Né l'assenso alle limitazioni di sovranità *ex* art. 11 Cost. sarebbe da considerarsi definitivamente "delegato" al legislatore comunitario per effetto dell'iniziale sottoscrizione del Trattato Istitutivo della CEE, ora Unione Europea.
Dunque, quest'ultima, se può aderire alla Cedu quale soggetto internazionale e, in virtù della personalità giuridica di diritto internazionale che gli viene riconosciuta dall'art. 47, non può, però, "disporre", quale soggetto internazionale, della sovranità dei rispettivi stati membri.
Accedendo a tale seconda ricostruzione, per effetto dell'art. 6 la sola UE si sarebbe autovincolata ad aderire alla Cedu in rappresentanza di se stessa e quale soggetto internazionale distinto dagli stati membri.

Ne discende che le norme Cedu sarebbero idonee a dare luogo a vincoli internazionali nei confronti della UE, così come degli Stati membri, ma non sarebbero "garantite" dallo statuto tipico del diritto comunitario e, quindi, dal meccanismo della loro diretta applicabilità.
A diverse conclusioni, si sarebbe potuto pervenire, in sede interpretativa, se fosse stata prevista espressamente, nel Trattato di Lisbona, l'equiparazione del valore giuridico tra le norme comunitarie e quelle della Cedu, così come, appunto, previsto per le disposizioni della Carta di Nizza.
Invero, la Consulta con la sentenza n. 80 del 2011 sembra accedere a tale seconda opzione ricostruttiva dei rapporti fra norme Cedu e ordinamento interno. Infatti, ricostruendo la portata delle sue stesse decisioni, evidenzia «come, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che le norme della Cedu - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) - integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (sentenze n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008).».
Ne consegue che «ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della Cedu, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo - non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante - egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte Costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della Cedu data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se, così interpretata, la norma della Convenzione - la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale - si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: «ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato.».
Al di là della questione relativa alla rilevanza della Convenzione Europea nell'ordinamento comunitario, e cioè, se la stessa sia "diretta" (perché da considerarsi quale parte integrante dello stesso), o mediata (perché rilevante quale fonte di principi generali, al più alto livello delle fonti - il Trattato sull'Unione Europea -), deve considerarsi consacrato il principio per cui i diritti sanciti dalla C.e.d.u. sono tutelabili, quali principi generali del diritto comunitario, di fronte agli organi comunitari e a quelli degli stati membri.
In tal senso depone l'univoco dato testuale dell'art. 6 che, come già affermato, prevede che «i diritti fondamentali», garantiti dalla Cedu «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.».
E, ovviamente - come precisato dal preambolo della Carta di Nizza - lo sono nei limiti individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea cui compete il ruolo istituzionale di "delineare" le fattispecie di diritti della persona suscettibili di tutela, nonché di modularne i limiti operativi.
Ciò, in virtù della portata etero-integratrice dei diritti fondamentali - e, in generale, dei Trattati e della normativa comunitaria suscettibile di diretta applicazione - che deve riconoscersi alle pronunce dei suddetti organi giurisdizionali cui è riconosciuto il potere di variamente modulare e graduare gli strumenti di tutela.

3.2.2. Il caso di specie.

Non è revocabile in dubbio che il bene dell'integrità psicofisica, così come la sfera morale dell'individuo, siano tutelati dalla Cedu ed, in particolare, dall'art. 2 Cedu, in materia di "diritto alla vita", secondo cui (comma 1), «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge». Norma, dalla portata volutamente generica e ricomprensiva, pertanto, di ogni possibile declinazione del bene-vita, incluse le condizioni materiali e giuridiche perché la stessa possa svolgersi in modo dignitoso, così come gli strumenti processuali per ottenere la riparazione del danno.
D'altronde, le potenzialità applicative della norma *de qua* sono agevolmente evincibili dall'ampiezza delle decisioni della Corte che, in relazione alla responsabilità dello Stato da emotrasfusioni, richiamando l'art. 2, ha affermato il principio secondo cui quando il pregiudizio alla vita o all'integrità fisica non sia volontario, è sufficiente che il sistema giudiziario offra agli interessati degli strumenti di tutela giurisdizionale, da azionare anche davanti alla giurisdizione civile, per accertare l'eventuale responsabilità dei medici ed ottenere ristoro per i danni subiti.
Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che sebbene il sistema giudiziario italiano abbia offerto ai ricorrenti strumenti di tutela giurisdizionale che, sul piano teorico, rispondevano ai requisiti prescritti dall'art. 2, sul piano pratico essi si sono rivelati del tutto inidonei ed inefficaci, in quanto i giudizi volti all'accertamento delle responsabilità non avevano dato esiti tempestivi e soddisfacenti, avendo il processo maturato enormi ritardi tali da superare i termini della ragionevole durata (Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1° dicembre 2009 - Ricorso n. 43134/95 - G.N. c. Italia).
Orbene, in relazione alla tutela della proprietà privata, da parte della Corte europea deve ritenersi oramai acquisito il principio per cui il risarcimento del danno, in applicazione dell'art. 41 Cedu, deve essere, se non integrale (2), almeno equo.

Nota:

(2) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Strasburgo, n. 24638/94, 11 dicembre 2003, caso Carbonara e Ventura c. Italia, in materia di art. 41 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (equa soddisfazione), e di articolo 1 del Protocollo n. 1, sul diritto di proprietà, in ipotesi di accessione invertita = espropriazione indiretta). Si afferma il principio che: «Stante la mancata restituzione dell'area acquisita illegalmente e proprio a motivo dell'illiceità dell'acquisizione, l'indennizzo a carico dello Stato italiano deve necessariamente riflettere il valore pieno ed integrale del bene.».

Dunque, deve ritenersi che sia coerente con lo spirito della Convenzione europea e, quindi, della stessa Carta di Nizza (che alla prima rinvia, elevandone il contenuto a parte integrante dei principi generali del diritto comunitario) l'affermazione per cui l'equità del risarcimento è indefettibile anche per quanto concerne ogni altro diritto fondamentale.
E tale deve ritenersi il diritto all'integrità psico-fisica di cui all'art. 2 Cedu.
Giovino, inoltre, le seguenti considerazioni.
Come già evidenziato, nella controversia Carbonara e Ventura contro Italia, la Corte dei diritti dell'uomo, per l'ipotesi di occupazione acquisitiva concretante (come in quella usurpativa) una violazione dei diritti dell'uomo, ha individuato la tutela da concedere, in via principale, nella integrale *restitutio in integrum*, in quanto misura idonea ad elidere gli effetti della perpetrata violazione del diritto umano di proprietà.
Ciò, salvo la possibilità degli Stati contraenti di scegliere di sostituirla con un risarcimento equivalente al valore attuale del bene trattenuto.
Orbene, se, in materia espropriativa o di occupazione illegittima, laddove esiste un interesse pubblico da soddisfare, come, nell'ipotesi di «obiettivi legittimi di utilità pubblica, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o di giustizia sociale» sarebbe, comunque, giustificabile un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo (ma, comunque, equo); per contro, in materia di risarcimento del danno da circolazione dei veicoli - ambito nel quale, gli interessi da soddisfare sono di natura privata (quello al contenimento degli esborsi per il danneggiante e quello, di rilevanza costituzionale, del danneggiato alla riparazione della sua sfera giuridica) - il risarcimento dovrebbe essere integrale.
Ciò, se si vuole evitare di postulare un'irrazionalità intrinseca del sistema di tutela garantito dalla Cedu, specie se si considera la preminenza valoriale dell'integrità psico-fisica rispetto al mero *dominium*.
Per contro, è agevolmente intuibile che la previsione di una soglia invalicabile al risarcimento del danno, per di più, "livellata" verso il basso (ovvero nei limiti di 1/5), unitamente alla previsioni di valori tabellari non "equi", perché difformi da quelli previsti dalle tabelle Milanesi (assunte dalla stessa giurisprudenza di legittimità a parametro equitativo), si ponga in contrasto con il principio, non solo di integrale ma anche di equa riparazione del danno, quale principio immanente al sistema di tutela così delineato.
Da ciò, a parere del giudice remittente, la violazione dell'art. 2 Cedu e, dunque, dell'art. 6 TUE e, mediatamente, dell'art. 117, comma 1.
Ciò, tanto più che, come spesso precisato dalla stessa Suprema Corte, il risarcimento del danno costituisce, di per sé, la tutela minima concedibile a fronte della lesione di diritti costituzionalmente garantiti e qualunque restrizione quantitativa o qualitativa (non ragionevole e giustificata dal contemperamento di interessi preminenti) si traduce nella negazione della tutela stessa.

3.3. Violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 Cedu che riconosce il "Diritto ad un processo equo".

Sotto altro profilo, l'art. 6 Cedu, nel riconoscere il "Diritto ad un processo equo", specifica che «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta.».
È ovvio che l'avverbio "equamente", quale parametro conformativo dell'agire del c.d. "giudice comune", chiamato a dare applicazione alla convenzione, non allude alla mera indipendenza dell'organo giudiziario, ma, in quanto valore testualmente preso in considerazione dalla stessa norma, e riferito dalla stessa al tribunale davanti al quale sia radicato il giudizio.
Di contro, presupporre questa coincidenza concettuale vorrebbe dire ammettere una superfetazione normativa che è in contrasto con la stessa effettività del diritto sovranazionale.
Ciò premesso, la qualificazione in termini di equità deve essere riferita non soltanto alle regole processuali, ma anche al risultato dell'esito del giudizio e, quindi, alle regole di diritto sostanziale, sottese alla valutazione giudiziale e coincidenti, nel caso di specie, con le regole che presiedono al risarcimento del danno da micropermanenti da circolazione stradale.
D'altronde, predicare l'equità delle sole regole processuali avrebbe l'effetto di consentire, in astratto, un esito (in termini di tutela accordata), processualmente equo, ma quantitativamente o qualitativamente non equo perché conseguente all'applicazione di regole di diritto sostanziale, non "eque", come quelle in materia di prescrizione dell'azione, di decadenza o, come nel caso di specie, relative alla concreta commisurazione del danno risarcibile.
Dunque, è innegabile che un microsistema risarcitorio, qual è quello delineato dall'art. 139 Cod. Ass., nel porre valori risarcitori (quelli relativi al singolo giorno di inabilità temporanea totale o parziale), così come limiti quantitativi alla personalizzazione non equi (e considerati tali dalla stessa Corte di Cassazione) si pone in contrasto "mediato" con l'art. 6 Cedu che riconosce il "Diritto ad un processo equo" e "diretto" con l'art. 117 Cost., primo comma.

3.4. Violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione in relazione al principio comunitario dell'effettività della tutela (sub specie di tutela risarcitoria), riconosciuta a livello nazionale.

Sotto altro profilo, e proprio in considerazione della comunitarizzazione dei diritti sanciti dalla Carta di Nizza (e, cioè, "dignità morale" e "integrità psico-fisica"), deve ritenersi che operino, anche con riguardo alla tutela dei suddetti beni, i principi generali dell'ordinamento comunitario, peraltro, espressamente indicati, nel preambolo della Carta di Nizza, quali criteri di "commisurazione"

della tutela comunitaria dei diritti fondamentali, sanciti dalla stessa Carta di Nizza.
In primis, viene in rilievo il principio di "leale cooperazione" solitamente declinato nel senso che gli organi nazionali devono «facilitare le istituzioni comunitarie nell'assolvimento dei loro compiti» (ad esempio dando tempestiva e puntuale attuazione alle direttive, così come agevolando l'attività di controllo della Commissione tenendo un comportamento "collaborativo").
Più in generale, però, gli Stati membri, nei loro rapporti con la Comunità, devono avere comportamenti atti a garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico comunitario, nel quale si iscrivono, appunto, i diritti della Carta di Nizza.
Invero, il principio di effettività può considerarsi l'esito di un graduale percorso interpretativo, non essendo espressamente codificato da alcuna norma del trattato.
Una delle norme che ha funto da fondamento normativo è, però, individuabile nell'art 10 del T.C.E. Detto articolo, sancisce l'obbligo per gli stati membri di adottare tutti i provvedimenti idonei al fine di rendere effettiva l'applicazione del diritto comunitario, al contempo, dovendosi astenere da condotte che possano esserne di ostacolo. L'art. 2 T.U.E., ad esempio, dopo aver elencato gli obiettivi dell'U.E., afferma che la stessa si impegna a raggiungere tali obiettivi nel rispetto del principio di sussidiarietà, vale a dire quel principio secondo cui l'intervento dell'U.E. è subordinato all'impossibilità degli stati membri di intervenire, per mezzo dei loro strumenti nazionali.
Il principio *de quo* - abitualmente inteso come divieto per gli stati membri di rendere, attraverso le scelte dei propri organi, impossibile o difficoltoso l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) -, in una necessaria proiezione sotto il profilo del diritto sostanziale, deve considerarsi in grado di imporre il più generale principio dell'integralità del risarcimento della posizione giuridica di rilevanza comunitaria lesa o, comunque, della sua commisurazione secondo criteri equitativi.
Orbene, la Cassazione con sentenza n. 12408 del 2011 ha ricordato la duplice valenza dell'equità cui sarebbe consustanziale non solo l'idea di adeguatezza, ma anche quella di proporzione, divenendo in tale seconda accezione, strumento attuativo del precetto di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.
Infatti, la stessa consentirebbe di trattare i casi dissimili in modo dissimile, ed i casi analoghi in modo analogo, in quanto tutti ricadenti sotto la disciplina della medesima norma o dello stesso principio.
Perciò, se equo, come affermato dalla suddetta pronuncia, è il solo trattamento previsto dalle tabelle Milanesi (perché idonee ad assicurare una misura risarcitoria adeguata rispetto alle esigenze di tutela), il principio di effettività, *sub specie* di una determinazione equa della misura risarcitoria, risulta violato da tale microsistema normativo (art. 139 Cod. Ass.). L'art. 139, infatti, prevede valori tabellari riconosciuti non "equi" dalla stessa giurisprudenza di legittimità che, al contempo, pone alla concreta personalizzazione del danno, un limite che non si concilia con il principio di una modulazione caso per caso della misura risarcitoria.
Per mera completezza espositiva si ritiene di dover fare propri anche i profili di illegittimità evidenziati dal Giudice di pace di Torino, sez. V civile, con l'ordinanza 21.10.2011, perché pienamente condivisi da questo Giudice.

3.5. *Violazione dell'articolo 3, comma 1, della Costituzione sotto il duplice profilo della differenza di trattamento accordato alle micropermanenti a secondo della loro genesi e della diversità di regime fra micropermanenti e macropermanenti.*

L'art. 139 del Cod. Ass., introducendo un microsistema risarcitorio differenziato rispetto a quello individuato come equo e, quindi, doverosamente applicabile, in relazione non solo a tutte le micropermanenti che rinvengano la propria genesi in un ambito differente dalla circolazione stradale, ma anche alle c.d. macropermanenti, non è compatibile con l'art. 3 Cost.
Poiché la salute, così come la dignità morale, sono beni "neutri" dell'individuo che devono essere tutelati, in egual misura, in relazione a tutti gli individui, appare irragionevole che una stessa lesione debba essere risarcita in modo diverso a seconda che, come nel caso *de quo*, derivi da un sinistro stradale con conseguente applicazione dell'art. 139) o abbia altra genesi.
Parimenti, irragionevole è che la lesione al medesimo bene debba essere risarcita sulla base di parametri apprezzabilmente diversi, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, a secondo che venga in rilievo una lesione permanente inferiore o superiore al 9 per cento.
E il *vulnus* con la norma costituzionale è tanto più evidente ove si consideri che, come ribadito dalla Suprema Corte (con la pronuncia n. 12408 del 2011), le Tabelle milanesi, stante l'attuale quadro interpretativo, costituiscono, per come concepite, l'unico strumento di attuazione del principio equitativo.
Tali non possono considerarsi i valori tabellari attualmente applicabili alle micropermanenti da circolazione stradale.
A tal riguardo, occorre premettere talune considerazioni di carattere concettuale.
Come noto, l'equità, a sua volta, ha la funzione di «regola del caso concreto», e di assicurare, mediante la garanzia dell'uniformità pecuniaria di base (conseguente all'applicazione del punto del danno non patrimoniale), la «parità di trattamento».
Come evidenzia la Suprema Corte, «se in casi uguali» come le micropermanenti «non è realizzata la parità di trattamento, neppure può dirsi correttamente attuata l'equità, essendo la disuguaglianza chiaro sintomo della inappropriatezza della regola applicata.».
Tale affermazione si coglie in tutta la sua pregnanza nell'ipotesi, qual è quella del danno non patrimoniale, in cui ontologicamente difetti, per la diversità tra l'interesse leso (ad esempio, la salute o l'integrità morale) e lo strumento compensativo (il denaro), la possibilità di una si-

cura commisurazione della liquidazione al pregiudizio aredditiuale subito dal danneggiato.
Tuttavia, i diritti lesi (ovvero dignità morale e integrità psico-fisica) si presentano uguali per tutti, «sicché solo un'uniformità pecuniaria di base può valere ad assicurare una tendenziale uguaglianza di trattamento, ad un tempo sintomo e garanzia dell'adeguatezza della regola equitativa applicata nel singolo caso, salva la flessibilità imposta dalla considerazione del *particulare*.».
D'altra parte, la regola della parità di trattamento, quale declinazione del principio equitativo, è già stata affermata in numerose occasioni sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Cassazione, con riferimento alla liquidazione del danno non patrimoniale di tipo biologico.
In particolare, con la sentenza 14 luglio 1986, n. 184, la Consulta ha chiarito che, nella liquidazione del danno alla salute, il giudice deve combinare due elementi: da un lato una «uniformità pecuniaria di base», la quale assicuri che lo stesso tipo di lesione non sia valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto; dall'altro «elasticità e flessibilità», per adeguare la liquidazione all'effettiva incidenza della menomazione sulle attività della vita quotidiana.
Il criterio della contestuale garanzia dei valori di uniformità e flessibilità del trattamento risarcitorio è stato condiviso dalla Suprema Corte, la quale ha ripetutamente affermato che «nella liquidazione del danno biologico il giudice del merito deve innanzitutto individuare un 1) parametro uniforme per tutti, e 2) poi adattare quantitativamente o qualitativamente tale parametro alle circostanze del caso concreto.».
In definitiva, la liquidazione equitativa dei danni alla persona deve evitare due estremi:
– da un lato, che i criteri di liquidazione siano rigidamente fissati in astratto e sia sottratta al giudice qualsiasi seria possibilità di adattare i criteri legali alle circostanze del caso concreto (in questo modo l'ordinamento garantirebbe sì la massima uguaglianza, oltre che la prevedibilità delle decisioni, ma impedirebbe nello stesso tempo un'adeguata personalizzazione del risarcimento);
– dall'altro, che il giudizio di equità sia completamente affidato alla intuizione soggettiva del giudice, al di fuori di qualsiasi criterio generale valido per tutti i danneggiati a parità di lesioni (sarebbe, infatti, bensì teoricamente assicurata un'adeguata personalizzazione del risarcimento, ma verrebbe meno la parità di trattamento e, con essa, la prevedibilità dell'esito del giudizio, costituente uno dei più efficaci disincentivi alle liti giudiziarie).
Quindi, condivisibilmente, la sentenza n. 12408 del 2011 afferma che «Il conseguimento di una ragionevole equità nella liquidazione del danno deve perciò ubbidire a due principi» tendenzialmente contrapposti: «la fissazione di criteri generali e la loro adattabilità al caso concreto.».
Dunque, l'equità richiede sistemi di liquidazione che associno all'1) uniformità pecuniaria di base del risarcimento, 2) ampi poteri equitativi del giudice, 3) eventualmente entro limiti minimi e massimi, necessari al fine di adattare la misura del risarcimento alle circostanze del caso concreto.
Le tabelle di Milano consentono, accanto alla liquidazione di una misura risarcitoria equa, un'idonea personalizzazione del danno, laddove il microsistema di cui all'art. 139 conduce all'applicazione di valori risarcitori, di per sé, non equi, nella duplice accezione già illustrata, per di più prevedendo una personalizzazione incongrua perché ammissibile, al più, nei limiti di un quinto.
Come evidenziato dal Giudice di Pace di Torino, con l'ordinanza 21.10.2011, «le differenze (tra valori di cui alle Tabelle di Milano e Tabella delle micropermanenti) in termini monetari risultano notevoli se si pensa che nel primo caso in forza del punto base del decreto ministeriale ad un soggetto di dieci anni che abbia riportato un 1% di invalidità da circolazione, viene corrisposto euro 759,04 (con i valori di cui al D.M. 17.6.2011) mentre allo stesso soggetto che abbia riportato sempre un'invalidità dell'1% cadendo in una buca può venir corrisposto (con le attuali tabelle del Tribunale di Milano) l'importo di euro 1.313,00 e con l'aumentare dell'invalidità le differenze risultano ancora maggiori se si pensa che un 9% in un soggetto di 24 anni con la tabella ministeriale viene risarcito con euro 14.612,28 e con euro 19.160,00 con la tabella di Milano, salvo l'incremento equitativo in relazione alle condizioni soggettive dell'infortunato.». Pertanto, «La differenza di trattamento in presenza di identiche situazioni, che consegue a quanto appena rilevato, risulta allora evidente con conseguente violazione dell'articolo 3 comma 1 della Costituzione.».
Invero, non consta che questa differenziazione del trattamento risarcitorio, in materia di circolazione stradale, possa rinvenire la propria ragion di essere nel contemperamento del principio di eguaglianza con altri e prevalenti interessi di rango costituzionale.
Spesso si invoca l'impatto che, a livello macroeconomico, riveste il risarcimento delle micropermanenti da circolazione stradale. Elevatissimi, si evidenzia, sono i costi complessivi sopportati dal sistema assicurativo, anche in conseguenza di atteggiamenti fraudolenti dei danneggiati, volti a mistificare l'origine "casalinga" dei postumi di cui si chiede il risarcimento, così come di prassi giudiziarie "generose", nella valutazione della ricorrenza di menomazioni permanenti di non lieve entità.
Orbene, se anche si volesse riconoscere la veridicità delle suddette affermazioni, rimarrebbe il ragionevole dubbio - di cui è evidente la valenza ideologica - relativo alla possibilità che un fenomeno di malcostume sociale e culturale possa giustificare scelte legislative, consistenti in compressioni qualitative e quantitative alla tutela risarcitoria di diritti fondamentali dell'individuo, quali sono la salute, così come la stessa dignità morale della persona.
Questo Giudice ritiene che, in un sistema ordinamentale, conformato dal principio personalistico, la "ragione assicurativa" non possa considerarsi prevalente rispetto al principio dell'effettiva ed equa riparazione del danno. Ciò, tanto più che a tale scelta, sottesa all'art. 139 *de quo*, osta la necessità di preservare la coerenza del sistema ordinamentale, quale interpretato dalla stessa Suprema Corte, in ciò avallata dal Giudice delle Leggi.

Costituisce, infatti, principio immanente e coessenziale al sistema di tutela quello per cui «il risarcimento del danno non patrimoniale … nel caso di lesione di interessi di rango costituzionale, … costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a limiti specifici, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi.».

3.6. Violazione dell'articolo 32, 2, 24 della Costituzione sotto il profilo della necessità di assicurare (accanto ad un'uniformità pecuniaria di base) un'adeguata personalizzazione della misura risarcitoria.

Si è già detto come costituisca principio consolidato della giurisprudenza della Corte Costituzionale quello per cui, nella liquidazione del danno non patrimoniale, deve essere assicurata - accanto ad una «uniformità pecuniaria di base», strumentale all'attuazione del principio di eguaglianza - un'adeguata personalizzazione della misura risarcitoria, così da assicurarne la conformità all'effettiva incidenza del pregiudizio sul bene leso.
Dunque, così può stato conformato dal Giudice delle leggi, in tale ambito materiale, il diritto sostanziale del danneggiato e il correlato *ius* di agire in giudizio di cui all'art. 24 Cost.
Il principio, enucleato espressamente con riguardo al pregiudizio di tipo biologico *ex* art. 32 Cost., può dirsi valevole - a pena di un'irrazionalità intrinseca al sistema costituzionale di tutela - per ogni diritto costituzionalmente garantito, e, quindi, per quella personalità morale dell'individuo di cui, al di là delle summenzionate norme sovranazionali (art. 1 della Carta di Nizza), è possibile rinvenire un fondamento nella clausola generale dell'art. 2 Cost.
Non v'è dubbio che l'art. 139, così come congeniato, prevedendo un contenuto margine di aumento della misura risarcitoria (1/5), non sia idoneo ad assicurare non solo la parità di trattamento di fattispecie di offesa omogenee, ma anche un'adeguata personalizzazione del danno, con conseguente violazione delle disposizioni costituzionali soprammenzionate.

3.7. Violazione dell'articolo 76 della Costituzione per la previsione di un limite non previsto dalla legge delega 23.7.2003 n. 229.

La l. n. 229/2003 all'art. 4 disponeva testualmente: «Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni, ai sensi e secondo i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15.3.1997 n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali; b) tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto, avendo riguardo anche alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali di tale servizio …».
Secondo questa disposizione, il legislatore delegato - chiamato, per contro, ad attuare scelte normative, idonee a riequilibrare l'intrinseca disparità di forza contrattuale ed economica fra l'esercente l'attività assicurativa, da un lato, e il cliente, dall'altra - non poteva porre alcun limite.
Il fine era quello di assicurare una maggiore armonia e coerenza dell'ordinamento italiano con quello comunitario. A quest'ultimo, infatti, deve riconoscersi il merito di un generale innalzamento del livello di tutela (3), apportato in materia consumeristica, così giustificando l'affermazione per cui il *favor* per il consumatore (in un sistema ordinamentale integrato dalla disciplina comunitaria e in cui il giudice nazionale è, al contempo, giudice investito di una funzione di garanzia della tenuta complessiva del sistema) deve intendersi, al contempo, *ratio* ispirativa delle singole norme, così come parametro idoneo a conformarne l'interpretazione.
Orbene, è innegabile che la previsione di valori tabellari apprezzabilmente inferiori a quelli ritenuti equi dallo stesso giudice di legittimità, depositario della funzione di nomofilachia, così come di un potere-dovere di una contenuta e limitata personalizzazione, sia in contrasto con la *ratio* ed i principi della legge delega.
Ne consegue non solo l'"esorbitanza" della norma delegata rispetto alla legge delega, ma anche il contrasto con la *ratio* della stessa.
... Omissis ...

Nota:

(3) Cfr. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in G.U. 23 gennaio 2008, n. 223), art. 38, secondo cui: «Nella politica dell'Unione è garantito un elevato livello di protezione dei consumatori.».

IL COMMENTO

di Giulio Ponzanelli

Dopo l'ordinanza del Giudice di Pace di Torino, sono questa volta due Tribunali a sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 139 Codice delle Assicurazioni, sottolineandone il contrasto con alcuni principi costituzionali e norme comunitarie. Un intervento chiarificatore della Corte Costituzionale è non più rinviabile, anche nell'attesa dell'emanazione della Tabella Unica Nazionale per le lesioni di non lieve entità di cui all'art. 138 Codice delle Assicurazioni.

Dopo il Giudice di Pace di Torino, ecco le due ordinanze di Tivoli e Brindisi (sezione distaccata di Ostuni)

Nel settore della r.c. auto, proprio a ragione della presenza d'interessi di natura pubblicistica, il legislatore è intervenuto direttamente, all'inizio del ventunesimo secolo, a fissare il *quantum* del risarcimento spettante a titolo di danno biologico. Per le lesioni di lieve entità (le cc.dd. micropermanenti) l'art. 139 Codice delle Assicurazioni riprende i valori monetari già indicati nell'art. 5 della l. n. 57/2001, che sono più bassi nella misura del 30/35% rispetto a quelli contenuti nelle tabelle giudiziali generaliste adottate dal Tribunale di Milano. Per le lesioni di non lieve entità (le cc.dd. macropermanenti) l'art. 138, invece, rinvia all'emanazione di una Tabella Unica Nazionale che, ancora dopo sei anni, non è stata emanata. E il fatto che il settore delle lesioni da r.c. auto sia oggi disciplinato da due fonti (una legislativa e una pretoria, anche se di valore paranormativo, in virtù della lettura offerta dalla Corte di Cassazione con la decisione 7 giugno 2011, n. 12408) certamente non fa onore al sistema italiano.

Sin dal momento dell'entrata in vigore della l. n. 57/2001, i giudici di pace, autonomamente o imbeccati da qualche associazione di consumatori, hanno più volte sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 139 C.d.A., ritenuto contrario al generale principio di uguaglianza che non può consentire che allo stesso tipo di lesioni possa essere attribuito un diverso risarcimento. Tante sono state le rimessioni (1), ma la Corte, forte dei limiti strutturali presenti nelle singole ordinanze, non ha fin qui affrontato il merito della questione, fermandosi ad un giudizio di inammissibilità. Oggi le ordinanze di rimessione sono tre: oltre a quella (largamente attesa) del Giudice di Pace di Torino (2), dopo l'intervento interlocutorio nell'aprile 2011 (3), ne sono state depositate altre due, non più da parte di giudici di pace, ma da parte di giudici togati (che hanno avuto anche il merito di allargare la questione ad una prospettiva di diritto comunitario).

Le due ordinanze sono indice dell'insofferenza giudiziale verso qualsiasi limitazione nel risarcimento

Più complete e motivate rispetto al contenuto dell'ordinanza torinese, le due ordinanze di Tivoli e di Brindisi sono contraddistinte da una precisa e omogenea identità culturale: da una parte, l'insofferenza, se non una vera e propria ostilità, verso qualsiasi limitazione al risarcimento in sede legislativa; dall'altra, una mancata percezione delle caratteristiche specifiche del sistema della responsabilità derivante dalla circolazione auto che sempre più si appalesa, invece, come un settore a parte nell'ampio universo della responsabilità civile.

Non solo: il principio di uguaglianza, per il quale non potrebbe avere una giustificazione costituzionale una differenza di risarcimento a parità di lesioni, in una con la valorizzazione della funzione riparatoria della r.c., induce i due giudici, laziale e pugliese, a sollevare la questione di costituzionalità (per i limiti contenuti nell'art. 139), collocando così la questione in uno scenario di diritto comunitario, ove il valore dell'integralità del risarcimento è affermato anche sotto la specie della violazione della dignità umana. In particolare, è censurato il ridotto potere equitativo, nei limiti del venti per cento, e la difficoltà (impossibilità) per il giudice che accerti le micropermanenti di liquidare il danno morale a favore del danneggiato (4).

Note:

(1) Cfr. per la prima volta Giudice di Pace di Roma 14 gennaio 2001, in questa *Rivista*, 2002, 309, con mio commento, *Micropermanenti, "undercompensation" e censure di incostituzionalità.*

(2) Giudice di Pace di Torino 21 ottobre 2011, in questa *Rivista*, 2012, 439, con mio commento, *L'art. 139 di nuovo di fronte alla Corte Costituzionale.*

(3) Cfr. Corte cost. 27 aprile 2011, n. 157, in *Foro it.*, 2011, I, 1961.

(4) Cfr. G. Positano, *Effetti processuali e sostanziali della legge n. 27 del 24 marzo 2012 in tema di micropermanenti in materia di infortunistica stradale*, in corso di pubblicazione in questa *Rivista*, 2012.

Non si analizza, invece, quello che avrebbe dovuto essere preliminarmente approfondito: la sussistenza di un diritto costituzionale all'integrale riparazione del danno, dando quasi per scontato che le limitazioni previste siano di per sé non permesse dalla nostra carta costituzionale; non considerando cioè la specificità del sistema della r.c. auto ove vige, da una parte, un doppio obbligo di assicurazione (a carico del proprietario dell'autoveicolo, ma anche dell'impresa di assicurazione), e, dall'altra, un sistema di premi assicurativi controllato: l'interesse del danneggiato al risarcimento integrale non deve farci dimenticare, infatti, l'interesse dello stesso al contenimento del livello dei premi.
Entrambi i profili non possono che incidere sul livello del risarcimento, legittimandone una riduzione alla luce degli interessi presenti.

Non presenta natura costituzionale il principio di integrale riparazione del danno

Non è sufficiente, infatti, allegare la sola violazione del principio di uguaglianza; è necessario individuare un diritto leso avente natura costituzionale; e verificare, inoltre, come la sua lesione sia inaccettabile anche alla luce della discrezionalità legislativa presente in questa materia. Doveroso e non più differibile sembra l'intervento della Corte.
Questi, in breve, i punti sui quali la Corte sarà chiamata a rispondere:
a) se il diritto all'integrale riparazione del danno alla persona abbia o meno natura costituzionale. In altre occasioni, la Corte lo ha escluso e questa opinione dovrebbe essere confermata;
b) ciò dovrebbe comportare che il legislatore possa legittimamente limitare il risarcimento, potendo consentire però che quanto riconosciuto sia un risarcimento ridotto e non un indennizzo simbolico;
c) e si dovrà verificare allora la misura concreta del risarcimento ridotto, rispetto agli altri settori della responsabilità civile e se tale riduzione possa essere giudicata o meno lesiva del principio di uguaglianza.
Una riduzione del risarcimento non è quindi costituzionalmente sospetta: i dubbi e le perplessità verteranno, come d'altra parte avvenne nel *leading case* deciso nel 1985 (decisione La Pergola in tema di limitazioni al risarcimento in tema di contratto di trasporto aereo di persone), sulla misura concreta della stessa.
L'indicazione che la Corte vorrà offrirci al riguardo, sarà assai importante anche per permettere di definire, con maggiore grado di certezza, le caratteristiche della Tabella Unica Nazionale per le lesioni di non lieve entità (di cui all'art. 138 C.d.A.).

Osservatorio di legittimità

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

Assicurazioni

Contrassegno contraffatto

Cassazione civile, sez. VI, 5 luglio 2012, n. 11295, ord. - Pres. Preden - Est. Amendola

In forza del combinato disposto dell'art. 7 l. 24 dicembre 1969, n. 990 (attuale art. 127 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209) e dell'art. 1901 c.c., il rilascio del contrassegno assicurativo da parte dell'assicuratore della r.c.a. vincola quest'ultimo a risarcire i danni causati dalla circolazione del veicolo, quand'anche il premio assicurativo non sia stato pagato, ovvero il contratto di assicurazione non sia efficace, giacché, nei confronti del danneggiato, quel che rileva, ai fini della promovibilità dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile è l'autenticità del contrassegno, non la validità del rapporto assicurativo. Tuttavia, posto che la disciplina del citato art. 7 mira alla tutela dell'affidamento del danneggiato e copre, pertanto, anche l'ipotesi dell'apparenza del diritto, per escludere la responsabilità dell'assicuratore in ipotesi di contrassegno contraffatto o falsificato occorre che questi provi l'insussistenza di un proprio comportamento colposo, tale da ingenerare l'affidamento erroneo del danneggiato stesso.

Il caso

La sig. F. cita in giudizio l'investitore e la sua compagnia assicuratrice per sentirli condannare al risarcimento dei danni che l'autovettura di sua proprietà aveva riportato in un incidente stradale. I giudici del merito condannano l'investitore ma dichiarano il difetto di legittimazione passiva della compagnia, ritenendo che dall'istruttoria espletata era emerso in maniera inconfutabile che l'autovettura investitrice non era assicurata al momento del sinistro; che la documentazione esibita ai Carabinieri, intervenuti dopo l'incidente, era inappropriata o falsa, tanto che successivamente fu elevato nei confronti del conducente dell'auto investitrice verbale di contestazione per guida senza assicurazione; che di ciò la danneggiata venne avvertita, prima dell'inizio dell'azione giudiziaria.
La danneggiata propone, allora, ricorso per cassazione facendo rilevare che l'art. 127 del D.Lgs. n. 209 del 2005, per consolidata interpretazione del giudice di legittimità, obbliga l'impresa assicuratrice a risarcire i danni subiti dal terzo perciò solo che l'operatività della copertura emerga dai documenti esibiti dal danneggiarne al momento del sinistro.

La decisione

La S.C. accoglie il ricorso, spiegando che nella giurisprudenza di legittimità è praticamente costante l'affermazione che, in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli, il contrassegno e il certificato di assicurazione operano nell'interesse e a tutela dell'infortunato, in quanto assolvono alla funzione di comunicare ai terzi (segnatamente i danneggiati e gli organi accertatori del traffico), la copertura assicurativa del veicolo; che conseguentemente il danneggiato che inoltri la sua richiesta di risarcimento per r.c.a. all'assicuratore e che proponga contro il medesimo azione diretta, nel ragionevole affidamento della veridicità della comunicazione, resta esonerato dall'onere di accertare se il contratto sia ancora vigente o sia stato sciolto; che, in sostanza, il rilascio del contrassegno assicurativo da parte dell'assicuratore della r.c.a. vincola quest'ultimo - in forza del combinato disposto del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 127 (che ha sostituito la l. 24 dicembre 1969, n. 990, art. 7), e dell'art. 1901 c.c. - a risarcire i danni causati dalla circolazione del veicolo, quand'anche il premio assicurativo non sia stato pagato, ovvero il contratto di assicurazione non sia efficace, giacché, nei confronti del danneggiato, quel che rileva, ai fini della promovibilità dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile è l'autenticità del contrassegno, non la validità del rapporto assicurativo.
I giudici di legittimità concludono, dunque, che la soluzione del giudice di merito non si è adeguata a siffatti principi, siccome la documentazioni esibita dalla danneggiante al momento del sinistro viene definita nella sentenza impugnata inappropriata o falsa, senza che sia dato comprendere in che senso essa lo fosse, e come avesse potuto ingenerare, non solo nella danneggiata, ma anche nei militi, la convinzione della esistenza di una copertura assicurativa, che invece, a quanto sembra, mancava del tutto.

I precedenti

Il principio risulta già espresso da Cass. 13 dicembre 2010, n. 25130.

La dottrina

A. Carrato, *Natura giuridica ed efficacia del contrassegno assicurativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 343.

Risarcimento del danno

Perdita del contributo al bilancio familiare e danno patrimoniale

Cassazione civile, sez. VI, 12 luglio 2012, n. 11812, ord. - Pres. Preden - Est. Amendola

Affinché i genitori di una persona di giovane età, deceduta per colpa altrui, possano ottenere il risarcimento del danno patrimoniale per la perdita degli emolumenti che il figlio avrebbe loro verosimilmente elargito una volta divenuto economicamente autosufficiente, non è sufficiente dimostrare né la convivenza tra vittima ed aventi diritto, né la titolarità di un reddito da parte della prima, ma è necessario dimostrare o che la vittima con-

tribuiva stabilmente ai bisogni dei genitori, ovvero che questi, in futuro, avrebbero verosimilmente e probabilmente avuto bisogno delle sovvenzioni del figlio.

Il caso

I genitori di un bambino investito nel mentre attraversa la strada citano in giudizio l'investitore e la sua compagnia assicuratrice chiedendo il risarcimento dei danni fisici, patrimoniali e morali subiti dal figlio, nonché di quelli da essi stessi patiti, in conseguenza del sinistro.
I giudici del merito riconoscono in favore dei genitori il risarcimento del danno morale, ma rigettano la domanda volta al riconoscimento del danno patrimoniale indiretto, osservando che la relativa domanda doveva essere rigettata perché, se era documentato lo stato di disoccupazione del padre e di casalinga della madre nel periodo immediatamente successivo all'incidente, nulla era stato tuttavia dimostrato sulla situazione occupazionale del padre in epoca successiva, sulle condizioni patrimoniali della madre e sulla presenza di altri figli, il che rendeva impossibile qualsivoglia giudizio prognostico, anche in base a fatti notori e a dati di comune esperienza, in ordine alla verosimiglianza di una contribuzione della vittima in favore dei genitori.
Questi ultimi propongo ricorso per cassazione, sostenendo che i giudici del merito nel respingere la domanda non avrebbero tenuto conto della perdita del posto di lavoro del padre, dell'aggravarsi delle condizioni di salute dello stesso, e della gravità delle lesioni subite dal figlio.

La decisione

La S.C. respinge il ricorso rilevando che i parametri evocati sono all'evidenza distonici rispetto al tipo di pregiudizio del quale i ricorrenti hanno chiesto il ristoro. Ed invero il danno di cui si discute compete solo qualora appaia probabile - sulla base di oggettivi e ragionevoli criteri prognostici, rapportati al caso concreto, nonché di parametri di regolarità causale - che il figlio, una volta inserito nel mondo del lavoro, avrebbe contribuito al sostentamento della famiglia di origine, tenuto conto della condizione economica dei genitori, della loro età, di quella del minore gravemente invalido nonché della prevedibile entità del reddito di costui, fermo, peraltro, che spetta pur sempre *ei qui dicit* l'onere di allegare e provare le predette circostanze.

I precedenti

Il principio, consolidato nella giurisprudenza di legittimità, risulta di recente affermato da Cass. 11 maggio 2012, n. 7272.

La dottrina

P. Morozzo della Rocca, *Sulla condizione di convivenza nel risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione del familiare*, in *Corr. giur.*, 2012, 1059.

Riduzione della capacità lavorativa specifica

Cassazione civile, sez. III, 19 luglio 2012, n. 12463 - Pres. Segreto - Est. Lanzillo

In caso di illecito lesivo dell'integrità psico-fisica della persona, la riduzione della capacità lavorativa generica, quale potenziale attitudine all'attività lavorativa da parte di un soggetto che non svolga attività produttive di reddito, né sia in procinto presumibilmente di svolgerne, è risarcibile quale danno biologico, che comprende tutti gli effetti negativi del fatto lesivo che incidono sul bene della salute in sé considerato. Qualora invece si faccia valere, oltre alla riduzione della capacità generica, una riduzione della capacità lavorativa specifica, che a sua volta dia luogo ad una riduzione della capacità di guadagno, detta diminuzione della produzione di reddito integra un danno patrimoniale autonomamente risarcibile che deve essere allegato e provato.

Il caso

Il sig. D. subisce gravi danni alla persona a seguito di un incidente stradale. I giudici del merito attribuiscono l'esclusiva responsabilità al conducente dell'autovettura investitrice e riconoscono all'infortunato i danni patrimoniali da lucro cessante, tenendo conto del solo reddito da lui percepito quale lavoratore autonomo; ritengono, invece, mancante la prova che le lesioni da lui riportate (che hanno comportato postumi permanenti invalidanti la capacità lavorativa nella misura del 20%) abbiano cagionato un'effettiva riduzione del reddito percepito dal danneggiato come lavoratore dipendente.
Il sig. D. propone ricorso per cassazione sul rilievo che il danno patrimoniale futuro può essere dimostrato anche per presunzioni e che - quanto al reddito da lavoro dipendente - è per l'appunto da presumere che la percentuale di inabilità da lui riportata è destinata a ripercuotersi anche sui redditi da lavoro dipendente, pur non potendo essere fornita la prova del preciso ammontare di un tal danno. Sostiene, dunque, di avere a suo carico solo l'onere di dimostrare l'entità delle lesioni riportate e la loro incidenza sulla capacità lavorativa, dovendosi la diminuzione del reddito desumere presuntivamente ed in via equitativa dal dato di cui sopra.

La decisione

La S.C., nell'enunciare il principio di cui in massima, respinge il ricorso, spiegando che non può farsi discendere in modo automatico dall'invalidità permanente la presunzione del danno da lucro cessante, derivando esso solo da quella invalidità che abbia prodotto una riduzione della capacità lavorativa specifica. Detto danno patrimoniale deve essere accertato in concreto attraverso la dimostrazione che il soggetto leso svolgesse (o presumibilmente in futuro avrebbe svolto) un'attività lavorativa produttiva di reddito, ed inoltre attraverso la prova della mancanza di persistenza, dopo l'infortunio, di una capacità generica di attendere ad altri lavori, confacenti alle attitudini e condizioni personali ed ambientali dell'infortunato, ed altrimenti idonei alla produzione di altre fonti di reddito, in luogo di quelle perse o ridotte.
La prova del danno grava sul soggetto che chiede il risarcimento, e può essere anche presuntiva, purché sia certa la riduzione della capacità di guadagno. Nella fattispecie, rileva la S.C., i giudici del merito hanno ritenuto che l'attore non abbia provato, neppure allegando fatti presuntivi, che per effetto dei postumi alla persona vi sia stata una contrazione della sua capacità di guadagno anche in relazione al lavoro dipendente.

I precedenti

Nello stesso ordine di idee risulta già affermato che l'accertamento di postumi, incidenti con una certa entità sulla capacità lavorativa specifica, non comporta l'automatico obbligo del danneggiante di risarcire il pregiudizio patrimoniale, conseguenza della riduzione della capacità di guadagno - derivante dalla ridotta capacità lavorativa specifica - e, quindi, di produzione di reddito. Detto danno patrimoniale da invalidità deve, perciò, essere accertato in concreto, attraverso la dimostrazione che il soggetto leso svolgesse o - trattandosi di

persona non ancora dedita ad attività lavorativa - presumibilmente avrebbe svolto, un'attività produttiva di reddito. La liquidazione del danno, peraltro, non può essere fatta in modo automatico in base ai criteri dettati dall'art. 4 l. 26 febbraio 1977, n. 39, norma che non comporta alcun automatismo di calcolo, ma si limita ad indicare alcuni criteri di quantificazione del danno sul presupposto della prova relativa, che comunque incombe al danneggiato e che può essere data anche in via presuntiva, purché sia certa la riduzione di capacità di lavoro specifica (Cass. 20 gennaio 2006, n. 1120).

La dottrina

D. Chindemi, *Incapacità lavorativa specifica e prova del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, II, 290; A. Mazzucchelli, *La riduzione del futuro guadagno va calcolata anche per i disoccupati*, in *Guida al dir.*, 2006, 52.

LIBRI

COLLANA: **Codici Legali Ipsoa**

Codice penale
Codice di procedura penale – XVI ed.

Leggi complementari

Giovanni Fiandaca – Angelo Giarda

Il volume propone il testo aggiornato del codice penale e di procedura penale, il Trattato sul funzionamento UE (ex Trattato CE), la Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Costituzione della Repubblica italiana e una ricca raccolta di Leggi complementari suddivise per materia.
La sezione Giurisprudenza riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione penale (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice).

Il codice penale è corredato dalle note procedurali, segnalate per ciascun tipo di reato.

Aggiornato, da ultimo, con: L. 15 febbraio 2012, n. 12, "Norme in materia di misure per il contrasto ai fenomeni di **criminalità informatica**"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9, c.d. "**sovraffollamento delle carceri**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**"; D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, c.d. "**Codice delle leggi antimafia**"; L. 14 settembre 2011, n. 148, in materia di **intermediazione illecita** e **sfruttamento del lavoro**; D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, di "**stabilizzazione finanziaria**"; D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, in materia di "**reati ambientali**".

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

Ipsoa 2012, Euro 30,00

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**

RISARCIMENTO DEL DANNO

REVOCA DI UNA GARA DI APPALTO DI FORNITURE E ONERE DI IMPUGNAZIONE DELLA NOTA DELLA P.A.

T.a.r. Sardegna, sez. I, 21 agosto 2012 - Pres. Ravalli - Rel. Manca - Promo Office c. Comune di Teulada

A seguito dell'annullamento dell'atto che dispone di archiviare gli atti relativi ad un appalto, la nota dell'amministrazione comunale, con la quale viene comunicato alla ricorrente che la fornitura non corrisponde alle attuali necessità dell'amministrazione, concretizza una revoca della procedura, che va regolarmente impugnata, altrimenti il risarcimento del danno non è dovuto.

Il caso

Un'impresa ha partecipato alla procedura di gara per la fornitura degli arredi del Palazzo comunale di Teulada, indetta con la deliberazione della Giunta comunale. All'esito della procedura di gara e della valutazione delle offerte ricevute dalla stazione appaltante, la commissione aggiudicatrice proponeva l'aggiudicazione del contratto a favore della Promo Office. Una successiva deliberazione della Giunta Comunale disponeva, tuttavia, la ripetizione del procedimento di gara «dal momento successivo all'apertura dei plichi» e la nomina di una nuova commissione esaminatrice. Anche al termine della nuova procedura di valutazione, l'offerta della ricorrente risultava collocata al primo posto della graduatoria finale stilata dalla commissione di gara. Un'altra deliberazione della Giunta Comunale, sul presupposto che la proposta approvata dalla commissione di gara configurava «un risultato negativo per l'Ente per l'eccessiva economicità dell'offerta, in quanto si acquisirebbero prodotti scarsi dal punto di vista qualitativo», disponeva di «archiviare gli atti relativi all'appalto concorso … senza che gli stessi vengano approvati e possano produrre effetti per l'Ente»; nonché, di procedere a trattativa privata «fra ditte scelte dal Responsabile del Settore Tecnico che curerà l'iter procedurale nel rispetto delle norme in materia …».
Il T.a.r. Sardegna, sez. I, 24 aprile 2008, n. 764, accoglieva il ricorso relativamente al vizio, ritenuto assorbente, dell'incompetenza della Giunta comunale all'adozione dell'atto impugnato, in quanto l'art. 51, commi 3 e 3-*bis*, della l. 8 giugno 1990, n. 142, applicabile *ratione temporis*, attribuisce la competenza sugli atti di gestione ai dirigenti.
A fronte di questa prima decisione, la Promo Office, con separato ricorso, chiede il risarcimento dei danni subiti per la mancata esecuzione della fornitura oggetto del contratto.

La decisione

Il ricorso è stato ritenuto infondato e quindi rigettato.
A seguito dell'annullamento giurisdizionale della delibera della Giunta, la procedura di affidamento della fornitura avrebbe dovuto essere ripresa dal responsabile del servizio competente e definita con l'adozione di un nuovo provvedimento di aggiudicazione a favore della ricorrente; ovvero, con un motivato provvedimento di diniego dell'aggiudicazione medesima. Rimane, peraltro, salva la facoltà dell'amministrazione di revocare l'intera procedura di affidamento, purché tale decisione sia sostenuta da adeguata motivazione (si veda, per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6).
In effetti, la nota dell'amministrazione comunale, con la quale viene comunicato alla ricorrente che la fornitura non corrisponde alle attuali necessità dell'amministrazione, concretizza una revoca della procedura. La motivazione è riferita al notevole lasso di tempo trascorso dalla indizione della procedura, quindi si fonda su una sopravvenienza che renderebbe non più utile l'acquisizione della fornitura.
I giudici sottolineano che la revoca adottata dall'amministrazione comunale intimata, non è oggetto di contestazione da parte della ditta ricorrente con il (secondo) ricorso. Pertanto, la revoca è divenuta inoppugnabile.
Il diritto al risarcimento del danno, cagionato dall'illegittimo diniego di aggiudicazione definitiva, sulla base delle considerazioni svolte dai giudici non è stato ritenuto sussistente. Secondo il T.a.r., la pretesa risarcitoria avanzata sarebbe intrinsecamente incompatibile con gli effetti del provvedimento di revoca, se questo non sia inficiato quanto alla sua legittimità.

I precedenti

Sulla riduzione *ex* artt. 1227, comma 2, c.c. e 30, comma 3, c.p.a., in caso di mancata impugnazione dell'atto da cui deriva il danno, cfr. T.a.r. Firenze-Toscana, sez. I, 12 giugno 2012, n. 1140 e T.a.r. Latina Lazio, sez. I, 24 gennaio 2012, n. 44, in *Foro amm. T.a.r.*, 2012, 1, 185. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 11, 3442, secondo cui nel caso di azione risarcitoria nei confronti della Pubblica amministrazione affinché il comportamento del creditore possa essere ritenuto conforme all'ordinaria diligenza, non è indispensabile il necessario esperimento degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione, atteso che ciò sarebbe contrario alla *ratio* sottesa all'art. 30 c.p.a., che ha escluso la necessità di previa impugnazione dell'atto ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno patrimoniale, nonché alla lettera del comma 3, che chiaramente si riferisce a strumenti di tutela, non già di tutela giurisdizionale e, comunque, non li considera ineluttabili.

La dottrina

Ben nota la *querelle* sulla c.d. pregiudiziale amministrativa. Relativamente alla responsabilità precontrattuale della P.A., si rinvia, tra gli altri, a M. Didonna, *Fatti vecchi e nuovi in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Corr. merito*, 2011, 1113; A. Ardizzi, *Rapporti tra*

ritiro in autotutela degli atti di gara e culpa in contrahendo *della pubblica amministrazione*, *ivi*, 2010, 2621; C. Castellani, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra regole di validità e regole di condotta*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, 266.

Concause nei disturbi da causa di servizio

T.a.r. Liguria, sez. II, 26 luglio 2012, n. 1110 - Pres. Di Sciascio - Rel. Caputo - M.R. c. Ministero della Difesa

L'infermità da causa di servizio può essere in rapporto di semplice concausa con il servizio prestato, senza che, allo scopo, sia necessario accertare il nesso di causalità esclusiva.

Il caso

Un soggetto, in servizio nell'Arma dei Carabinieri dal 3 maggio 1978, impugna il decreto della direzione generale della previdenza militare che, in conformità al parere del Comitato di verifica per le Cause di servizio, escludeva la dipendenza delle patologie accusate (obesità di III classe, displidemia e disturbo dell'adattamento) da causa di servizio.
L'atto impugnato respingeva le istanze presentate dal ricorrente volte ad ottenere la concessione dell'equo indennizzo.
L'impugnazione ha riguardato sia l'eccesso di potere sotto vari profili sintomatici, segnatamente difetto di motivazione, sia la violazione di legge.
Ha ritenuto che la cartella medica attesterebbe il nesso eziologico, seppure non esclusivo, ma di concausa, fra patologie accusate e servizio prestato nel Corpo militare. Gli accertamenti specialistici sarebbero stati tenuti in non cale dal Comitato di verifica che si sarebbe espresso in termini affatto generici. Il Carabiniere ha lamentato che non sarebbe stata valutata la gravosità del servizio di intercettazione prestato in turni di notte, con alterazione del ciclo psico-biologico del ricorrente.
Su richiesta istruttoria del ricorrente è stata disposta verificazione eseguita dalla Clinica Universitaria San Martino di Genova.

La decisione

Con l'impugnazione si è ritenuto che il Comitato di verifica, chiamato ad accertare la dipendenza delle patologie accusate da causa di servizio, avrebbe, per un verso, espresso le proprie valutazioni in termini di insussistenza del rapporto di causalità esclusiva; e, per l'altro, non avrebbe tenuto in debito conto il tipo di mansioni effettivamente disimpegnate dal ricorrente.
Il tutto espresso con formule generiche ed ellittiche non in grado di palesare l'iter tecnico-specialistico seguito dal Comitato nel redigere il giudizio attestante la non dipendenza da causa di servizio.
L'orientamento giurisprudenziale in proposito ravvisa la dipendenza da causa di servizio laddove l'infermità accusata dal militare consegua da rapporto di semplice concausa con il servizio prestato, senza che, allo scopo, sia necessario accertare il nesso di causalità esclusiva (cfr., Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2009 n. 1370; T.a.r. Emilia Romagna-Bologna, sez. I, 15 gennaio 2010, n. 110).
I giudici del T.a.r. ligure hanno condiviso l'indirizzo.
La verificazione redatta da Clinici specialistici dell'Università di Genova ha infatti accertato con riguardo al disturbo dell'adattamento che «non è ravvisabile la dipendenza esclusiva della patologia accusata dal servizio prestato ma si può considerare il servizio come concausa del disturbo di cui il periziando soffre».
La verificazione ha escluso (anche) il nesso di concausa con l'obesità accusata dal ricorrente. Obesità a cui è altresì riconducibile la sindrome dislipidemica.
Secondo i giudici, gli accertamenti, accuratamente eseguiti dall'organo di verificazione di provata competenza scientifica, sia tramite visita medica che mediante comparazione fra dati acquisiti e cartelle cliniche prodotte, corredati da specifici riferimenti agli studi specialistici, vanno ritenuti concludenti.
Integrano infatti compendio probatorio tecnico-scientifico di elevato livello d'attendibilità in grado nel giudizio di legittimità di consentire d'affermare che ricorre il nesso di concausa fra il disturbo adattativo accusato dal ricorrente ed il servizio prestato nell'Arma dei Carabinieri.
La concausa invece è stata esclusa per le altre patologie, cioè con riguardo all'obesità di III classe e alla sindrome dislipidemica.

I precedenti

Oltre alle sentenze citate nel testo, si riportano due recenti decisioni. T.a.r. Lecce-Puglia, sez. II, 6 aprile 2012, n. 614, in *Foro amm. T.a.r.*, 2012, 4, 1389, ha ritenuto che ai fini del riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di infermità, nella nozione di concausa efficiente e determinante di servizio possono farsi rientrare soltanto fatti ed eventi eccedenti le ordinarie condizioni di lavoro, gravosi per intensità e durata, che vanno necessariamente documentati, con esclusione, quindi, delle circostanze e condizioni del tutto generiche, quali inevitabili disagi, fatiche e momenti di stress, che costituiscono fattore di rischio ordinario in relazione alla singola tipologia di prestazione lavorativa. T.a.r. Napoli-Campania, sez. IV, 16 dicembre 2011, n. 5878, *Foro amm. T.a.r.*, 2011, 12, 4023, ha chiarito che le infermità e le lesioni si considerano dipendenti da fatti di servizio non soltanto quando questi ne sono stati causa unica, ma anche quando ne sono stati concausa efficiente e determinante. La concausa può ritenersi efficiente, allorché connota la genesi della malattia (rapporto di causa ed effetto) mentre si qualifica determinante, allorché i fatti di servizio assurgono, invece, a ruolo di elementi preponderanti ed idonei ad influire sul determinismo del male, nel senso che in loro difetto questo non sarebbe insorto o non si sarebbe aggravato.
Sostanzialmente nello stesso senso, cfr. anche T.a.r. Campobasso-Molise, sez. I, 9 agosto 2011, n. 538, in *Foro amm. T.a.r.*, 2011, 7-8, 2423.

La dottrina

Per qualche spunto cfr. G. Ferrari, *Il procedimento amministrativo per l'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio e la liquidazione dell'equo indennizzo (nota a Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2683)*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1951, Id., *L'invalidità per causa di servizio e l'equo indennizzo nel pubblico impiego*, III ed., Milano, 2007.

Osservatorio di merito

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

Diffamazione

Esercizio del diritto di critica

Tribunale di Roma, sez. I, 9 luglio 2012 - Enel s.p.a., Enel produzioni s.p.a. c. Y

Il parametro della continenza formale non deve essere valutato in astratto ma in concreto, essendo suscettibile di esame caso per caso, in rapporto al contesto nel quale la critica è espressa ed ai destinatari del mezzo attraverso il quale è manifestata.

Il caso

Con ricorso cautelare la Enel s.p.a. chiedeva di inibire a Y, organizzazione non governativa ambientalista, la diffusione di materiale informativo ritenuto diffamatorio in quanto attributivo di responsabilità per danni ambientali e alla salute derivanti dalla gestione delle centrali elettriche alimentate dal carbone.
Quanto al *fumus* la società ricorrente denunciava il superamento dei limiti previsti per il libero esercizio del diritto di cronaca e critica. Dal punto di vista del *periculum in mora*, la ricorrente deduceva l'imminenza e l'irreparabilità del danno connesso al protrarsi della realizzata diffamazione sino all'instaurazione del giudizio di merito, in considerazione della notevole risonanza delle notizie divulgate sull'opinione pubblica.
Nel costituirsi in giudizio, la resistente contestava la fondatezza dell'avversa domanda sotto il profilo di entrambi i presupposti costitutivi, stante la veridicità delle notizie diffuse e la mancata attualità del *periculum in mora*, avendo l'organizzazione intrapreso la propria attività di divulgazione sin dal 2006.

La decisione

L'iter argomentativo della decisione prende avvio dall'esame del contenuto del diritto di critica, quale espressione del principio costituzionalmente garantito della libertà di manifestazione del pensiero. La critica, a differenza della cronaca, configura l'espressione di un giudizio di valore inevitabilmente soggettivo. Da ciò deriva che il diritto di critica può essere esercitato anche in modo graffiante e con toni aspri, ma pur sempre osservando il parametro della proporzione tra l'importanza del fatto criticato ed i contenuti espressivi utilizzati.
Ad avviso del decidente nel caso di specie l'attività della resistente non ha violato i requisiti di legittimità elaborati dalla giurisprudenza.
Con riferimento al parametro della verità, si evidenzia come le informazioni divulgate siano supportate da argomentazioni di carattere tecnico, fondate sugli esiti di una ricerca commissionata dall'organizzazione ad un istituto indipendente; tali dati risultano inoltre conformi a quelli già noti alla comunità scientifica internazionale.
Secondo il giudicante, la condotta di Y risulta legittima anche sotto il profilo della continenza, da intendersi tanto in senso sostanziale, quanto in senso formale.
Detto parametro deve essere valutato in concreto, essendo suscettibile di esame caso per caso, in rapporto al contesto nel quale la critica è espressa ed ai destinatari del mezzo attraverso il quale è manifestata.
Nella specie, le espressioni utilizzate dalla resistente sono ritenute conformi all'importanza ed all'interesse della tematica trattata ed al contesto espressivo tipico delle campagne di denuncia ambientale a vasta diffusione.
Le considerazioni esposte conducono ad escludere la sussistenza del *fumus boni iuris* e, conseguentemente, la fondatezza della domanda.

I precedenti

Cass. 19 giugno 2012, n. 10031; Cass. pen. 11 aprile 2012, n. 21044; Cass. 22 marzo 2012, n. 4545; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1753; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4325; Cass. 19 gennaio 2010, n. 690.

La dottrina

U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006; P. Cendon, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, vol. II, Torino, 2009; M. Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2010.

Responsabilità civile

Stato di necessità

Tribunale di Enna, 25 luglio 2012 - Giud. Ferreri

Nell'ambito della responsabilità civile lo stato di necessità si qualifica non quale esimente idonea ad escludere l'antigiuridicità del fatto ma quale ragione di responsabilità attenuata. A differenza della omologa scriminante in ambito penale, lungi dall'escludere la responsabilità dell'agente e quindi dallo statuire la mancanza di antigiuridicità ed ingiustizia del fatto, ne conferma la responsabilità sia pur con obbligo attenuato, ovverosia quello della dazione di un equo indennizzo.

Il caso

Con citazione regolarmente notificata parte attrice conveniva in giudizio Tizio e l'Azienda Ospedaliera X di Enna chiedendone la condanna in solido a risarcire un danno biologico e morale pari a 100 milioni delle vecchie lire.
Parte attrice aveva subìto un danno a seguito di un incidente nel mentre che si trovava nel reparto di otorinolaringoiatria

Nota:

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

per visitare ed assistere la figlia Caietta, la quale era in attesa di intervento chirurgico.
Parte attrice esponeva nel ricorso di trovarsi nella camera di degenza ove era ricoverata la figlia, alle ore 10:15, e che mentre si trovava nei corridoi era stata spintonata con violenza da Tizio, infermiere presso il reparto, e cadendo a terra aveva riportato una frattura alla gamba sinistra, a cui era seguito un ricovero nel reparto di ortopedia del medesimo nosocomio. Tuttavia, in tale orario, non erano consentite le visite dei parenti come desumibile dagli orari indicati in una tabella affissa alla porta di ingresso del reparto.
Parte convenuta, per contro, sosteneva che l'incidente si era verificato a seguito delle grida dei parenti di un altro paziente, che da poche ore aveva subìto un intervento alle tonsille. Tizio sosteneva che, nella fretta di prestare soccorso, a seguito delle urla dei parenti del bambino i quali ritenevano che quest'ultimo fosse morto, aveva inciampato e travolto la ricorrente. Deduceva altresì che quale dipendente del servizio sanitario trovava applicazione il d.P.R. n. 3 del 1957 riguardante gli impiegati civili dello Stato che ne limitava la responsabilità verso i terzi ai soli casi di dolo o colpa grave.
Si costituiva in giudizio anche l'Azienda Ospedaliera X che declinava ogni responsabilità e, in caso di condanna, chiedeva di chiamare in causa la Milano Assicurazioni a copertura del rischio.
Pertanto, anche la Milano Assicurazioni si costituiva in giudizio deducendo la violazione da parte dell'Azienda Ospedaliera, con conseguente sospensione della copertura assicurativa, dell'obbligo di cui all'art. 18 della polizza assicurativa.
Il giudizio si interrompeva per il decesso del convenuto Tizio, in luogo del quale, previa riassunzione del processo ad opera di parte attrice, si costituivano in giudizio tutti i suoi eredi.

La decisione

Il Tribunale di Enna ha accolto parzialmente le domande proposte nel ricorso da parte attrice, condannando l'Azienda Ospedaliera X al pagamento in favore della ricorrente della somma di euro 14.000. Per contro, rigetta la domanda dell'attrice nei confronti degli eredi di Tizio, e condanna, altresì, la Milano Assicurazioni s.p.a. al pagamento in favore della predetta Azienda Ospedaliera di un indennizzo assicurativo pari all'importo che l'Azienda è tenuta a pagare alla ricorrente.
L'istruttoria svoltasi con l'assunzione di numerosi testi ha consentito al Tribunale di ricostruire puntualmente la vicenda, appurando che i fatti così come dedotti dalle parti corrispondevano al vero.
In ragione della ricostruzione dei fatti, il Tribunale ha sostenuto che la caduta della ricorrente non possa essere ascritta al caso fortuito e non possa negarsi un comportamento imprudente di Tizio; debba tuttavia ritenersi che il comportamento imprudente fosse giustificato dallo stato di necessità *ex* art. 2045 c.c.
Il giudice ha sostenuto che il convenuto era un infermiere in servizio e come tale era tenuto a verificare prontamente - udite le angosciate ed allarmate grida - se vi fosse necessità di richiedere l'intervento del medico.
Di conseguenza, sussisteva una situazione di attuale e grave pericolo alla persona, non determinato dall'infermiere e non altrimenti evitabile se non accorrendo sul posto e verificando il da farsi nel più breve tempo possibile e di qui la necessità (strumentale all'intervento professionale) di raggiungere il bambino al più presto.
Il Tribunale ha ritenuto che vi fosse una proporzionalità del fatto dannoso rispetto all'interesse salvaguardato essendo evidente che il bene da proteggere, ovverosia la vita del bambino, si pone sullo stesso livello dell'incolumità degli (abusivi) astanti.
Il giudice ha sostenuto che seppur tele conclusione non sia pacifica in dottrina e giurisprudenza, è tuttavia quella maggiormente seguita in entrambi gli ambiti e che appare coerente non soltanto con quanto si evince dalla Relazione al codice civile (n. 798) ma, altresì, col dato testuale della norma del codice civile (art. 2045 c.c.).
Richiamando la giurisprudenza costante, il Tribunale di Enna ha asserito che lo stato di necessità non escluda la responsabilità del soggetto agente, ma produce una attenuazione della responsabilità.
Tuttavia, non può discenderne una responsabilità a carico di Tizio. Egli era un infermiere e quindi un pubblico impiegato la cui responsabilità per danni nei confronti dei terzi il cui diritto sia stato da lui leso, per ragioni di servizio, è delimitata dagli artt. 22 e 23 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 alla sola presenza, nel comportamento, di dolo o colpa grave. Il Tribunale ha sostenuto che «nella fattispecie, l'aver affrontato il percorso di corsa nonostante l'ingombro del corridoio e la modesta stabilità ed aderenza delle calzature che indossava, ne rivela certamente un agire imprudente ma non qualificato da gravità», pertanto Tizio si sottrae al pur limitato onere risarcitorio.
Per contro l'Azienda Ospedaliera, che risponde del comportamento antigiuridico colposo dei suoi dipendenti senza le restrizioni circa il grado della colpa (art. 2049 c.c.), è, invece, tenuta verso la ricorrente al pagamento dell'indennizzo risarcitorio *ex* art. 2045 c.c. Il giudice ha quindi determinato, con "equo apprezzamento", il detto indennizzo nella misura di euro 14.000.
L'Azienda Ospedaliera ha chiamato in causa la Milano Assicurazioni assumendo il diritto di fruire della copertura assicurativa che, per la responsabilità civile, discende dalla polizza stipulata con detta società il 19 settembre 1996 ed avente durata fino al 19 settembre 1999.
Tuttavia, la società assicuratrice eccepiva che in base all'art. 18 del contratto e 5 delle condizioni particolari di esso, il premio assicurativo era soggetto alla c.d. clausola di regolamento, alla scadenza di ogni periodo annuale di assicurazione, regolamento da effettuarsi in base a dati variabili che era onere dell'Azienda assicurata comunicare alle dette scadenze e riguardanti, in base al detto art. 5, l'ammontare delle retribuzioni corrisposte nell'anno al personale dipendente (e dichiarate inizialmente in lire 30 miliardi). L'Azienda assicurata non aveva provveduto a comunicare i dati del periodo settembre 1997-settembre1998 pertanto dal 19 settembre 1998 la copertura assicurativa, in base alla clausola, doveva considerarsi sospesa con la conseguenza che il sinistro verificatosi il 18 novembre 1998 non era coperto da garanzia assicurativa.
Malgrado ciò, il giudice ha escluso la fondatezza dell'eccezione sollevata dalla Milano Assicurazioni sotto il profilo della assenza della copertura assicurativa perché l'evento si è verificato durante legittima sospensione della efficacia del contratto.
Ne consegue che la misura risarcitoria che discende *ex* art. 2045 c.c. dalla verificazione del fatto dannoso in esame deve essere indennizzata dalla detta compagnia assicuratrice alla Azienda convenuta.

I precedenti

Cass. n. 2913/1966; Cass. n. 3464/1962; Cass. n. 9199/2003.

Tutela del consumatore

Vendita di pacchetti turistici e reponsabilità dell'organizzatore di viaggi

Tribunale di Grosseto, sez. civ., 19 giugno 2012 - Giud. Caporali

Il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo), in cui è confluito il D.Lgs. n. 111 del 1995, disciplina la vendita o offerta di vendita a prezzo forfettario dei pacchetti turistici, che hanno ad oggetto la «prefissata combinazione» di almeno due tra gli elementi di trasporto, alloggio e servizi turistici «non accessori», che siano parte significativa del pacchetto stesso. L'organizzatore e il venditore, secondo le rispettive responsabilità, sono tenuti al risarcimento del danno per il mancato o inesatto adempimento, che non dipenda da fatto del consumatore o da fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile o da caso fortuito o forza maggiore.

Il caso

Con atto di citazione ritualmente notificato, gli attori convenivano in giudizio, innanzi al Tribunale di Grosseto, la Società Alfa per sentirla condannare al risarcimento di tutti i danni riportati a seguito di prolungati ritardi dei vettori aerei in relazione ad un contratto di viaggio alle Mauritius, stipulato con la convenuta, per il periodo 23-31 dicembre 2007, con partenza e ritorno dall'aeroporto di Fiumicino con la Compagnia aerea Beta. Lamentavano gli attori che la partenza avveniva con un aeromobile di diversa Compagnia, con cinque ore di ritardo rispetto all'orario prestabilito e che il viaggio di ritorno, programmato per il 31 dicembre, veniva posticipato al 1° gennaio, con arrivo a Fiumicino il 2 gennaio, con trenta ore di ritardo. Gli attori, inoltre, a seguito del descritto evento, lamentavano di non aver potuto partecipare ai festeggiamenti organizzati per il capodanno in un ristorante romano.
Si costituiva in giudizio la Società convenuta contestando la propria responsabilità in ordine ai ritardi dei voli, ascrivibili unicamente alla Compagnia aerea Beta, della quale chiedeva la chiamata in garanzia al fine di essere manlevata in caso di soccombenza. La convenuta contestava altresì la genericità delle pretese risarcitorie e l'esorbitanza del *quantum* richiesto. La terza chiamata non si costituiva e pertanto veniva dichiarata la contumacia.
La causa veniva istruita mediante produzioni documentali e prove testimoniali.

La decisione

Il Tribunale di Grosseto ha accolto la domanda proposta dagli attori, relativa al ritardo del volo di rientro, condannando la Società convenuta a rifondere agli stessi la somma di euro 6.475, mentre ha rigettato quella relativa al risarcimento del danno scaturente dal ritardo del volo di andata, in quanto dall'istruttoria espletata non è emerso con certezza quale fosse il tipo di volo concordato con la convenuta né quale fosse l'orario di partenza previsto e invece quello effettivo, conseguenza del ritardo. Sul punto è stato escusso un teste, la sorella di uno degli attori, la quale ha riferito di aver saputo dal fratello che la partenza del volo era avvenuta con cinque ore di ritardo e che l'aeromobile batteva bandiera polacca. Riguardo a detta testimonianza, il Tribunale ha precisato che, in tema di rilevanza probatoria dei testi che hanno una conoscenza indiretta dei fatti in causa, occorre distinguere quelli "de relato actoris" da quelli "de relato" in genere. I primi, infatti, riferiscono fatti e circostanze appresi dal soggetto che ha proposto il giudizio e, dunque, la loro rilevanza probatoria è nulla, in quanto proveniente da una parte certamente interessata alla pretesa; mentre i testi definiti "de relato" in genere depongono su circostanze che hanno appreso da terze persone estranee al giudizio. Così la testimonianza di questi risulta attenuata, anche se, ai fini del convincimento del giudice, devono concorrere altri elementi oggettivi e concordanti che ne suffraghino la credibilità.
Nel caso di specie, poiché gli attori hanno prodotto esclusivamente dei documenti dai quali era dato evincere unicamente la previsione della partenza e del ritorno dall'aeroporto di Fiumicino, senza peraltro alcuna specificazione in merito agli orari ed al tipo di volo prenotato, tale unica testimonianza "de relato actoris", non è stata ritenuta comprovante il lamentato ritardo.
È stata invece ritenuta pienamente supportata da riscontro probatorio, a mezzo testimoni che avevano appreso i fatti riferiti direttamente, la circostanza relativa al ritardo del viaggio di ritorno.
Ciò posto, il Tribunale ha rilevato in diritto che la fattispecie rientra nel c.d. "contratto di organizzazione" disciplinato dalla parte terza del D.Lgs. 6 settembre 2006, n. 6 (c.d. Codice del consumo) dedicata ai servizi turistici, nel quale è stato trasfuso il D.Lgs. n. 111/1995, attuativo della direttiva CEE 90/314, e da ultimo, disciplinato in una visione unitaria, dal D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. Codice del turismo).
Secondo detta normativa, si ha «pacchetto turistico» quando si vende, o si offre in vendita, il risultato della «prefissata combinazione» di almeno due tra gli elementi di trasporto, alloggio e servizi turistici non accessori, che siano parte significativa del pacchetto stesso.
Nella fattispecie *de qua*, l'acquisto presso un'agenzia di un viaggio con soggiorno di otto giorni alle Mauritius, comprendente i voli ed il soggiorno, caratterizza pienamente l'acquisto di un pacchetto turistico. In questo caso, la previsione normativa di cui all'art. 93 del Codice del consumo, che ricalca la formulazione dell'art. 1218 c.c., prevede che l'organizzatore e il venditore, secondo le rispettive responsabilità, rispondono per il mancato o inesatto adempimento, che non dipenda da fatto del consumatore o da fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile o da caso fortuito o da forza maggiore. In più, l'art. 93 dispone «l'organizzatore o il venditore che si avvale di altri prestatori di servizi è comunque tenuto a risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti». Dunque, riguardo al caso in esame, la Società convenuta, organizzatrice del viaggio, non ha provato che il ritardo è stato determinato dal fatto alla stessa non imputabile e, comunque, essendo fatto riconducibile alla Compagnia aerea della quale si è servita la convenuta nell'organizzazione del pacchetto di viaggio, la stessa Società è comunque tenuta a risponderne nei confronti del turista-consumatore.
Riguardo al *quantum*, il Tribunale ha ritenuto applicabili i canoni di diritto imposti dall'art. 1226 c.c., che permettono di procedere al criterio equitativo in caso di difficoltà riguardo la prova del *quantum*.
In questo modo, dal punto di vista patrimoniale, il giudicante ha ritenuto dovuto il danno per una somma pari al maggior prezzo dell'autobus che gli attori avevano noleggiato per essere trasportati dall'aeroporto alla loro destinazione romana, essendo stato provato che il mezzo era andato per ben due volte all'aeroporto, attendendo gli attori per quasi due giorni.

Il danno relativo alla perdita dei festeggiamenti programmati per il capodanno, invece, è stato ritenuto di tipo non patrimoniale, non essendoci prova alcuna di perdite economiche relative.
Alla luce delle recenti sentenze gemelle (c.d. di "San Martino") rese dalla Suprema Corte nel novembre 2008, il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica. Il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c. Pertanto, l'art. 2059 c.c. consente la riparazione dei danni non patrimoniali nei casi determinati dalla legge e nel presupposto della sussistenza di tutti gli strumenti costitutivi la struttura dell'illecito civile.
Al di fuori, però, dei casi previsti dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionalmente inviolabili, la tutela è estesa anche ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.
Requisito fondamentale per il riconoscimento di tale lesione è costituito dalla gravità dell'offesa, nel senso che la stessa lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela. Questo nesso tra la gravità dell'offesa e la serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile.
Ebbene, alla luce di queste considerazioni, il Tribunale di Grosseto ha ritenuto dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale data la peculiarità del periodo dell'anno e il prolungamento del ritardo, non essendosi trattato di un mero ritardo o contrattempo di voli e scali, ritenendo pertanto il pregiudizio subito dagli attori non futile e comunque oltre il livello di tollerabilità imposto dalla compagine della convivenza sociale.

I precedenti

Corte di Giustizia, 30 aprile 2002, C-400/00, in *Foro it.*, 2002, IV, 329; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Foro it.*, Rep. 2009; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26258, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 531; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, 214.

La dottrina

S. Caterbi, *Il danno da vacanza rovinata. Dal volo cancellato all'*overbooking*: responsabilità e risarcimento*, Milano, 2010; E. Guerinoni, *Disciplina dei contratti turistici e danno da vacanza rovinata*, vol. 11, in *Le Nuove frontiere della responsabilità civile*, Milano, 2009; P. Cendon, *La prova e il* quantum *nel risarcimento del danno non patrimoniale*, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, vol. 1, Milano, 2009; M. Deiana, *Garanzia del consumatore-turista per l'insolvenza del* tour-operator, in *Dir. trasporti*, 2000, 97.

LIBRI

COLLANA: **Codici Legali Ipsoa**

Codice procedura civile – XVIII ed.

Leggi complementari

Claudio Consolo

Il volume propone il testo aggiornato del codice di procedura civile, il Trattato sul funzionamento UE (ex Trattato CE), la Costituzione della Repubblica italiana e una ricca raccolta di Leggi complementari suddivise per materia.
La sezione Giurisprudenza riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione civile (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice).

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "**semplificazione e sviluppo**"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "**decreto liberalizzazioni**"; L. 29 dicembre 2011, n. 218, in materia di "**opposizione a decreto ingiuntivo**"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 10, "**Disposizioni urgenti per l'efficienza della giustizia civile**"; L. 11 novembre 2011, n. 180, "**Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese**"; D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195, "**disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**"; D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, in materia di "**semplificazione e riduzione dei procedimenti civili**".

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

Ipsoa 2012, Euro 27,00

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***

PROCESSO CIVILE
FORMULARI COMMENTATI

CONSULTABILE ANCHE ON LINE

LA MIA BIBL/OTECA
LA PRIMA BIBLIOTECA PROFESSIONALE IN THE CLOUD

La trilogia dei formulari commentati analizza compiutamente il rito civile e rappresenta un utile strumento a disposizione degli operatori del diritto nella loro pratica quotidiana.

Ogni volume è strutturato in modo da offrire per ogni atto:
- **inquadramento funzionale** (snella e chiara esposizione dei fondamenti dell'atto di riferimento, con l'obiettivo di rappresentare una guida nella sua redazione, anche mediante indicazioni e suggerimenti pratici);
- **cosa non si deve fare** (errori da evitare nella stesura dell'atto);
- **formula** vera e propria;
- **giurisprudenza** relativa ai singoli atti e provvedimenti (le massime sono suddivise per argomenti corrispondenti a quelli inseriti nell'inquadramento funzionale).

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

A cura di:

Claudio Consolo
Ordinario di procedura civile a Padova

Vincenzo Mariconda
Avvocato in Milano

Paolo Pototschnig
Avvocato in Milano

Massimo Ferro
Consigliere della Corte di Cassazione

IL PROCESSO DI COGNIZIONE - II ED.
pagg. 1952, € 150

PIANO DELL'OPERA
- procedimento davanti al tribunale
- procedimento davanti al Giudice di pace
- impugnazioni
- rito del lavoro

Aggiornato con il decreto c.d. "Crescita" e con le ultime modifiche della "riforma lavoro"

I PROCEDIMENTI SPECIALI - II ED.
pagg. 2109, € 145

PIANO DELL'OPERA
- procedimenti sommari
- famiglia e stato delle persone
- copia e collazione di atti pubblici
- apertura delle successioni
- scioglimento di comunioni
- liberazione degli immobili dalle ipoteche
- arbitrato
- semplificazione dei procedimenti civili

IL PROCESSO DI ESECUZIONE - II ED.
pagg. 1792, € 170

PIANO DELL'OPERA
- espropriazione forzata
- titolo esecutivo e precetto
- esecuzione per consegna o rilascio
- esecuzione di obblighi di fare e di non fare
- opposizioni
- sospensione e estinzione del processo

Per informazioni ed acquisti rivolgersi alle nostre agenzie e librerie specializzate, consultare il sito www.shopwki.it o contattare il servizio informazioni commerciali tel. 02.82476794

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Y81DV LE

Cessione del credito

La circolazione del credito tra *favor* per il cessionario e tutela del debitore ceduto

di **Umberto Violante**

Il presente articolo si propone di segnalare l'importanza che le regole giuridiche rivestono per il funzionamento del mercato e segnatamente di evidenziare, anche attraverso un approccio comparativo tra le regole italiane sulla cessione del credito e le regole inglesi sull'*assignment*, la capacità delle regole giuridiche di influire sulla domanda di credito *distressed*.

1. Regole giuridiche e loro capacità di influenzare il mercato

La crisi economica globale degli ultimi tempi ha certamente messo a nudo la fragilità e l'implausibilità degli approcci volti a ritenere il mercato capace di autoregolazione, specie per quanto riguarda i mercati finanziari, ed ha alimentato la richiesta di nuova, più intensa ed estesa, regolazione del mercato (1). Se, tuttavia, l'incapacità del mercato di autoregolarsi e l'esigenza che il diritto intervenga a disciplinare il mercato (2) hanno costituito il risvolto più evidente della crisi finanziaria internazionale, quest'ultima ha contribuito a segnalare il pericolo che l'elaborazione e/o l'applicazione di certe regole giuridiche è capace di influenzare (non meno dell'assenza di regolamentazione) il mercato sino a determinarne la paralisi. A tal proposito preziosa è stata l'esperienza nord-americana che ha consentito di fotografare i disastrosi effetti che (l'estensione del) l'applicazione di due regole d'*equity* (3) al cessionario del credito ha provocato sul c.d. mercato del *distressed debt* (4), con rapida propagazione anche ai mercati

Note:

(1) Si veda L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale* (per gli ottant'anni di Guido Rossi), intervento svolto al convegno su *Sistema dei controlli e diritto dell'impresa*. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi, tenutosi a Roma il 22 marzo 2011 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre. Ma cfr. altresì R.A. Posner, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge (Mass.), 2009; J. E. Stiglitz, *Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, W.W. Norton & Company, 2010.

(2) Cfr. G. Rossi, *La più grande crisi? Quella del diritto*, in *Il Sole 24ore*, 2 settembre 2012, il quale constata con rassegnazione che ad un' economia globalizzata «non è corrisposta una nuova *lex mercatoria*» e osserva che «il potere economico e quello politico sono andati disgregandosi in reti, corporazioni e meccanismi di autoregolazione parziale, che impediscono un'unità di decisione e di regole omnicomprensive. I nuovi poteri che reggono l'economia finanziaria globalizzata sono difficilmente individuabili; ognuno di loro però si ritiene al di sopra di ogni regola, anzi produttore esso stesso di regole cogenti. La sovranità degli Stati nazione ha dunque abdicato e lo "Stato di diritto" si è trasformato in uno "Stato dell'economia"».

(3) Si allude all'*equitable subordination* (disciplinata dalla *section* 510 (c) del *Bankruptcy Code*) e alla *disallowance* (disciplinata dalla *section* 502 (d) del *Bankruptcy Code*). La prima consente alla corte fallimentare di privare il creditore, la cui pretesa sia assistita da un diritto reale di garanzia su uno o più beni acquisiti alla massa, del diritto di essere soddisfatto con preferenza rispetto agli altri creditori fallimentari, in tutti i casi in cui la sua condotta sia risultata iniqua e gli abbia procurato un ingiusto vantaggio (o abbia cagionato un pregiudizio agli altri creditori). La seconda, invece, impedisce al creditore che abbia ricevuto un *voidable transfer* (un pagamento preferenziale o fraudolento), benché connesso ad un titolo diverso rispetto a quello da cui trae fonte la pretesa azionata in ambito fallimentare, di partecipare alla distribuzione del ricavato ottenuto dalla liquidazione dei cespiti acquisiti alla massa, sino a quando non abbia restituito al *trustee* il corrispettivo di quanto ricevuto a titolo di pagamento preferenziale (o fraudolento). Le due menzionate regole d'*equity* in seguito alla decisione assunta dalla Bankruptcy Court del Southern District di New York in relazione al noto caso della Enron Corporation (cfr. *Enron Corp. v. Springfield Assocs., LLC* (*In re Enron Corp.*), Nos. 01-16034,05-01025, slip op. (*Bankr. S.D.N.Y.,* Nov. 28, 2005) nonché *Enron Corp. v. Ave. Special Situations Fund II, LP (In re Enron Corp.),* 340 *B.R.* 180 *(Bankr. S.D.N.Y.* 2006*)*, sono divenute operative anche nei confronti del cessionario del credito. In proposito per un ampia disamina con ampi riferimenti cfr. U. Violante, *Cessione del credito e «Bankruptcy claims Trading»*, in *Riv. critica dir. privato*, 2009, 431 ss.; id., *Riflessioni (comparative) sui fattori di rischio nella circolazione dei «distressed debts»*, *id.*, 2011, 597 ss.

(4) Con tale locuzione si intende far riferimento a quel mercato che ha ad oggetto la compravendita di crediti (o titoli di altra natura) verso imprese, che affrontano difficoltà finanziarie tempora-

(segue)

ad esso collegati, primo fra tutti il mercato del prestito. Non commerciabilità del credito *distressed*, forte contrazione della sua richiesta e disponibilità a non acquistare *bad loans* se non a prezzi stracciati hanno rappresentato fenomeni economici strettamente connessi all'operatività di regole giuridiche capaci di indurre aspettative di un certo tipo (5) negli operatori istituzionali del *distressed* (6).

Per evitare, pertanto, che i rimedi siano peggiori dei mali, sarebbe auspicabile che qualsiasi intervento normativo deputato a regolamentare il mercato finanziario in modo più stringente non prescinda dalla valutazione dell'impatto che la (nuova) regolamentazione giuridica sia capace di produrre sul mercato. Ciò in maggior misura quando, come accade nell'attuale momento storico, non vi è condivisione su un meccanismo di regolazione che abbia dimensione e capacità globale e il nostro mercato dei *distressed debts* costituisce in Europa un'interessante opportunità per gli operatori istituzionali del mercato secondario (7), per la presenza di regole propense

Note:

(continua nota 4)

nee o permanenti o che versano già in stato d'insolvenza; in questo mercato operano, da un lato, i creditori che hanno interesse a vendere i crediti di cui sono titolari per non imbattersi nelle difficoltà connesse al loro recupero nei confronti del debitore in crisi e, dall'altro lato, gli investitori del c.d. *bankruptcy claims trading.* Questi ultimi possono essere almeno di due tipi: investitori che acquistano crediti (a prezzo scontato) verso società in crisi e/o in stato d'insolvenza per l'aspettativa di poter partecipare al (o influenzare il) processo di riorganizzazione e/o ristrutturazione aziendale; investitori dediti all'acquisizione di crediti, per così dire incagliati e/o in sofferenza e/o comunque a rischio di non poter essere esatti in modo tempestivo (*rectius* alla scadenza naturale), nella prospettiva di conseguire ricavi in ragione della riscossione di una somma maggiore rispetto a quella pagata a titolo di prezzo all'atto dell'acquisto. Per un inquadramento sul mercato del *distressed debt* mi sia consentito rimandare al mio articolo *Cessione del credito e «Bankruptcy claims Trading»*, citato nella nota che precede mentre per lo stretto collegamento tra il mercato secondario (quello del *distressed* appunto) e il mercato primario (quello del prestito) e sui benefici che il primo è in grado di assicurare al secondo cfr. l'altro mio articolo citato sempre nella nota precedente *Riflessioni (comparative) sui fattori di rischio nella circolazione dei «distressed debts»*.

(5) Non v'è dubbio che il rischio di vedersi eccepita dalla curatela fallimentare del debitore la *subordination* o la *disallowance* e, dunque, in concreto l'inesigibilità del diritto di credito (di cui si è acquisita la titolarità) in ragione della condotta che il cedente non avrebbe dovuto porre in essere, genera negli investitori del *distressed* il timore di non poter recuperare e/o utilmente azionare (al fine di influenzare eventuali processi di risanamento dell'azienda fallita e/o di liquidazione del suo *asset*) i crediti acquisiti, per il materializzarsi di una situazione pregiudizievole (la *subordination* o la *disallowance* appunto) non prevedibile né prevenibile perché correlata ad un fattore esterno rispetto al titolo che costituisce la fonte del credito.

(6) Si pensi in particolare agli hedge-funds e alle banche d'investimento. Per quanto concerne la normativa italiana che regola e disciplina l'attività di investment banking cfr. la delibera del Cicr del 6 febbraio 1987. In relazione agli Hedge Funds, si deve fare riferimento al Decreto 24 maggio 1999 n. 228 e successive modificazioni e integrazioni (regolamento attuativo dell'art. 37 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento). In una prospettiva riassuntiva (cfr. il sito www.mondohedge.com) si può dire che l'hedge fund è definibile come un fondo costituito da un numero limitato di soci (per la normativa italiana sono ammessi al massimo 200 investitori) e presenta una o più delle seguenti caratteristiche: ricerca di rendimenti assoluti, cioè di ottenere performance positive indipendentemente dall'andamento del mercato; utilizzo sia di posizione lunghe, sia di posizioni corte; utilizzo della leva finanziaria; libertà di movimento sui mercati e di scelta delle attività in cui investire; particolare sistema retributivo dei manager, basato su commissioni di incentivo; utilizzo di strumenti derivati; impiego delle disponibilità del gestore nel patrimonio del fondo; alte soglie d'ingresso (spesso intorno al $1.000.000); ridotto grado di trasparenza verso l'esterno. Di recente cfr. il Rapporto del gruppo di lavoro su, *Fondi comuni italiani: Situazione attuale e possibili linee di intervento*, luglio 2008 (disponibile nella sezione Vigilanza del sito della Banca d'Italia) elaborato dal gruppo di lavoro promosso da Via Nazionale, a cui hanno partecipato il MEF, la Consob, Assogestioni e alcuni rappresentati del settore del risparmio gestito, in cui si precisa che "in Italia i fondi speculativi hanno registrato un rapido sviluppo a partire dal 2001. Essi si caratterizzano per l'assenza di vincoli all'operatività (possono, ad es., indebitarsi, vendere allo scoperto e operare in derivati senza limiti); per questo motivo, possono assumere anche posizioni molto rischiose. Va aggiunto che l'art. 14 del decreto n. 184/08 ha introdotto in Italia alcune modifiche in tema di Hedge funds dirette a consentire innanzitutto ai fondi speculativi di non rimborsare i clienti qualora sussistano le particolari condizioni di difficoltà individuate dalla nuova disciplina e dirette altresì ad abolire il numero massimo degli investitori.In relazione agli *hedge funds* e al loro modo di operare con a4ssunzione di esposizioni particolarmente rischiose, interessanti spunti in R. Wolcott, *Un asset class a pieno titolo*, in *Risk Italia*, novembre 2004, disponibile all'indirizzo http://db.riskwaters.com/global/risk/foreign/italia/Nov2004/cdo.pdf, il quale sottolinea, tra le altre cose, la propensione sempre più marcata degli hedge funds ad investire in tranches senior-distressed e in tranches mezzanine.
Ancora sugli *hedge funds* cfr. C. Lipson, *The Shadow bankruptcy system*, 89 *B.U.L. Rev*. 1609, *December*, 2009; D. A. Vaughan, Selected Definitions of "Hedge Fund", Comments for the U.S. Securities and Exchange Commission Roundtable on Hedge Funds, May 14-15, 2003 disponibile all'indirizzo internet http://www.sec.gov/spotlight/hedgefunds/hedge-vaughn. htm; D. G. Hall, Note: the elephant in the room: dangers of hedge funds in our financial markets, January, 2008, 60 Fla. L. Rev. 183, che peraltro ricostruisce la storia degli hedge funds. Ma si veda anche quanto dice il sito della U.S. Securities and Exchange Commission all'indirizzo http://www.sec.gov/answers/hedge.htm che, alla domanda what are hedge funds, risponde nel modo seguente: «*Like mutual funds hedge funds pool investors' money and invest those funds in financial instruments in an effort to make a positive return. Many hedge funds seek to profit in all kinds of markets by pursuing leveraging and other speculative investment practices that may increase the risk of investment loss. Unlike mutual funds, however, hedge funds are not required to register with the SEC. Hedge funds typically issue securities in "private offerings" that are not registered with the SEC under the Securities Act of 1933. In addition, hedge funds are not required to make periodic reports under the Securities Exchange Act of 1934*».

(7) Mercato al quale peraltro in questo momento guardano con vivo interesse i fondi di *private equity* specializzati nei *distressed asset.* Ne hanno dato notizia proprio negli ultimi giorni i quotidiani economici specializzati tra cui Il sole 24ore (cfr. M. Monti, *I* private equity *pronti allo shopping*, in *Il Sole 24ore*, 1° settembre 2012) e di cui s'impone la salvaguardia anche nell'ottica dei benefici che da esso possono derivare al mercato primario.

a non ostacolare la circolazione del credito, specie se confrontate con le omologhe regole altrove vigenti nel vecchio continente.
Proprio la comparazione con le regole giuridiche sull'*assignment* (tecnica di rivendita del credito sul mercato secondario, omologa alla nostra cessione del credito) disciplinato dal sistema inglese, quello cioè che viene in rilievo tutte le volte in cui gli investitori istituzionali del *distressed* devono misurarsi con i rischi connessi alle transazioni perfezionate nella principale piazza del *secondary market* del vecchio continente, Londra (8), ci rende consapevoli che il nostro Paese possiede regole giuridiche propizie per gli operatori del *distressed* e dotate di caratteristiche tali da attrarre gli investimenti nei *distressed assets* più di quanto siano capaci di fare le regole vigenti nel Regno Unito.

2. Limiti all'incedibilità convenzionale del credito nell'ordinamento italiano e libera cessione del credito

Le nostre regole sulla cessione del credito in maggior misura rispetto alla disciplina dell'*assignment* inglese appaiono propense a favorire la circolazione del credito indipendentemente dal consenso del debitore ceduto. Emblematica del *favor* del nostro legislatore verso la cedibilità del credito a prescindere dal consenso del debitore ceduto può dirsi la prescrizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1260 c.c. Tale norma, pur riconoscendo legittima la pattuizione sulla incedibilità del credito intercorsa tra creditore originario e debitore, ne stabilisce l'inopponibilità a chi sia divenuto cessionario del credito senza aver acquisito la consapevolezza della sua incedibilità (su base convenzionale) al momento del negozio di cessione. L'interpretazione della norma sembrerebbe orientata nel senso che:
a) la previsione convenzionale della incedibilità del credito non abilita il debitore ceduto a far valere sempre e comunque l'inefficacia del trasferimento del credito dal cedente al cessionario per sottrarsi al pagamento nei confronti di quest'ultimo;
b) il trasferimento del credito dal patrimonio del creditore originario a quello del cessionario produce effetti nei confronti del debitore ceduto, pur quando a beneficio di quest'ultimo sia stata negoziata l'esclusione della cedibilità del credito, se non sia stato provato che all'epoca del negozio di cessione il cessionario fosse a conoscenza della pattuizione di incedibilità.
Ne è per conseguenza che il nostro ordinamento appare incline a riconoscere prevalenza al generale principio della cedibilità del credito senza che il debitore ceduto manifesti il proprio assenso al trasferimento anche nel caso in cui sia emerso un interesse giuridicamente rilevante del debitore a non essere costretto ad effettuare la prestazione a favore di soggetto diverso dal suo creditore originario.
Un interesse di questo tipo, invero, non sarà di ostacolo al prodursi dell'effetto traslativo del credito con immediata rilevanza anche nei confronti del debitore ceduto, in conformità all'art. 1260, comma 1 (9) e dovrà cedere il passo a favore del principio del (libero) trasferimento del credito, ogni volta che la incedibilità di quest'ultimo, benché negoziata (tra cedente e ceduto), non sia opponibile al cessionario.
Se, pertanto, il primo comma dell'art. 1260 ha posto il principio della libera cessione del credito (10), nel

Note:

(8) Il dato può ritenersi scontato e da tempo. Si veda in ogni caso R. Buckley, *The Law of Emerging Markets Loan Sales*, in *J.I.B.L.*, 1999, 111 ss., il quale rileva che «*As the secondary market is centred in New York and London, the overwhelming majority of emerging markets loan sales elect to be governed by either New York or English law*».

(9) Secondo l'orientamento prevalente in dottrina (cfr. P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, - Libro quarto: obbligazioni (art. 1260-1267), in *Commentario del cod. civ.* a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 159 ss.; C.M. Bianca, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 7 ss. e 23 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente* (*con particolare riferimento alla cessione dei crediti*), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1314; *contra* con vigore A. Dolmetta-G. Portale, *Cessione dei crediti*, in *Digesto Disc. Priv.,* sez. *civ.*, II, Torino, 295 ss. ed ivi altri richiami di dottrina) e assolutamente maggioritario in giurisprudenza l'effetto traslativo del credito è immediato anche nei confronti del debitore, posto che fa seguito allo scambio del consenso tra cedente e cessionario (salvo che il credito sia di natura strettamente personale o vi sia uno specifico divieto normativo), pur se sia mancata la notificazione prevista dall'art. 1264 c.c. La tutela del debitore *ex* art. 1264 c.c. è, invero, espressione del più generale principio della tutela del *solvens* di buona fede e, da altro punto di vista, serve per risolvere il conflitto tra più cessionari in caso di cessioni diacroniche del medesimo credito (cfr. Cass. 5 novembre 2009, n. 23463, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Cessione dei crediti*, n. 5; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1312, *id.*, Rep. 2005, voce *cit.*, n. 24; Cass. 13 novembre 1973, n. 3004, *id.*, Rep. 1973, voce *cit.*, n. 1; Cass. 20 ottobre 2004, n. 20548, *id.*, Rep. 2004, voce *cit.*, n. 15, che dà atto espressamente della sussistenza di un orientamento dottrinario e giurisprudenziale di segno contrario ma minoritario).

(10) Si veda Cass. 10 gennaio 2012, n. 52, in *Foro it.*, 2012, I, 429 che di recente ha ribadito che l'art. 1260 c.c. pone il principio della libera cessione del credito. Si badi che anche altri sistemi europei si uniformano alla regola secondo cui lo scambio del consenso tra cedente e cessionario produce il trasferimento del credito con efficacia immediata anche nei confronti del debitore ceduto (cfr. il sistema svizzero ma anche quello francese. In Francia, tuttavia, occorre operare una distinzione tra cessione del credito ordinaria e cessione del credito nell'ambito dei rapporti commerciali (quella cioè che vede di norma il coinvolgimento di un istituto di credito ed in relazione a cui si è soliti parlare in termini di c.d '*acte de cession de créance professionelle*'). La pri-

(segue)

momento in cui ha previsto la cedibilità del credito indipendentemente dal consenso del debitore ceduto (salvo che il credito abbia carattere personale o che sussista un divieto legale di cessione), il secondo comma ha inteso rafforzarne la portata, attraverso l'imposizione di limiti alla libertà delle parti di escludere la trasferibilità del credito.

In senso contrario non appare persuasiva la tesi di autorevole dottrina, la quale, proprio in relazione all'ipotesi del negozio di cessione del credito relativamente incedibile, ha proposto un diverso inquadramento, sostenendo che l'assenso del debitore ceduto «sia essenziale per la validità e per l'efficacia del negozio» (11). Secondo questa impostazione, qualora il creditore che ha stipulato il patto di incedibilità volesse comunque trasferire il credito avrebbe necessariamente bisogno dell'assenso del debitore. Il creditore non ha, infatti, «il diritto di trasferire, cioè di disporne unilateralmente, ma il debitore può scioglierlo dall'impedimento» (12). In fattispecie di questo tipo la cessione del credito assumerebbe una struttura particolare in quanto anche la dichiarazione del debitore riveste un ruolo essenziale, espressione di un interesse sostanziale alla vicenda negoziale, che può essere qualificato come "diritto al mantenimento della situazione iniziale"; né varrebbe obiettare che il patto di incedibilità è inopponibile nei confronti del cessionario (13).

Tuttavia, proprio la valorizzazione dell'ultima parte del capoverso dell'art. 1260, convince che per il nostro sistema normativo la clausola convenzionale di incedibilità del credito di per sé non preclude la (validità ed) efficacia del negozio di cessione posto in essere in assenza del (preventivo) consenso del debitore ceduto. Nella misura in cui, infatti, il legislatore ha espressamente stabilito che il patto di esclusione della cedibilità del credito «non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione», egli ha mostrato di voler considerare efficace (anche nei confronti del debitore ceduto) sin dall'origine il negozio di cessione, quanto meno sino a quando non sia offerta la prova della consapevolezza della sua esistenza da parte del cessionario all'epoca della cessione. In altri termini, è la conoscenza della pattuizione di esclusione della cedibilità del credito che, se provata, determina la sopravvenuta inefficacia (e, peraltro, limitatamente al debitore ceduto) del negozio di cessione (intanto) sorto validamente ed efficacemente mentre la mancata acquisizione del preventivo consenso del debitore ceduto (al trasferimento) resta irrilevante ai fini dell'efficacia della cessione (14).

Né l'accostamento tra l'ipotesi del negozio dispositivo del credito relativamente incedibile e quella della cessione del credito derivante da pubblici appalti, pure prospettata in dottrina (nella vigenza dell'art. 9, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) al fine di suffragare la tesi della indispensabilità dell'assenso del ceduto per la circolazione del credito (15), può indurre a diversa valutazione e, dunque, a ritenere il pre-

Note:

(continua nota 10)

ma, disciplinata dagli artt. 1689-1691 del Code civil non produce effetto nei confronti del debitore, se quest'ultimo non abbia ricevuto la notificazione; la seconda, invece, disciplinata da norme introdotte nel 1981 dalla c.d. Loy Dailly (cfr. Loi n. 1, del 2 gennaio 1981, modificata dalla Loi n. 84-86 del 24 gennaio 1984), produce effetto anche nei confronti del debitore ceduto *solo consensu* e, dunque, indipendentemente dalla notifica, la quale serve soltanto per obbligare il debitore a pagare nei confronti del cessionario. Anche la legge speciale che disciplina la cartolarizzazione dei crediti in Francia (nota come *titrisation* introdotta con la l. 88-1201 del 23 dicembre 1988 e adesso codificata nel *Code monétaire et financier*, da Artt. L. 214-43 a artt. L 214-49, emendata nel 2003 dalla *Loi de sécurité financière*) segue la regola introdotta dalla Loy Dailly e, dunque, prescinde dalla notificazione perché il trasferimento de credito abbia immediata rilevanza anche nei confronti del debitore, una volta che vi sia stato lo scambio del consenso tra cedente e cessionario. Diverso approccio segue il sistema tedesco, posto che il BGB (cfr. §§ 398 artt. 407-410) richiede la notificazione al debitore perché il trasferimento del credito sia efficace anche nei confronti del debitore. Stesso discorso vale per il sistema belga (cfr. artt. 1690-1691 del Code civil come modificati nel luglio del 1994) e per quello olandese in cui per l'opponibilità al debitore occorre la notificazione (cfr. art. 3:94 § 3 Burgerlijk Wetboek). Utili spunti in proposito in A. F. Salomons, *Deformalisation of assignment law and the position of the debtor in European property law*, *Centre for the Study of European Contract Law*, Working Paper Series No. 2007/01. Disponibile all'indirizzo: http://ssrn. com/abstract=968654 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn. 968654.

(11) Si veda P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, cit., 65 ss. ed in particolare 66 in cui l'A., respingendo la ricostruzione operata in seno alla prevalente dottrina secondo cui la cessione del credito avrebbe sempre necessariamente struttura bilaterale, annovera proprio l'ipotesi della cedibilità c.d. relativa del credito (sia negoziale che legislativa) tra le fattispecie indicative di una struttura non bilaterale del negozio di cessione del credito, per la ritenuta essenzialità dell'assenso del debitore ceduto ai fini della validità ed efficacia del trasferimento.

(12) Sono le testuali parole P. Perlingieri, *op. cit.*, 66.

(13) Così ancora P. Perlingieri, *op. cit.*, 66, il quale sminuisce espressamente la rilevanza del secondo comma ultima parte dell'art. 1260 c.c. precisando che l'obiezione sulla inopponibilità del patto di incedibilità al cessionario «non terrebbe conto che l'"inopponibilità" si fonda esclusivamente su un fatto di conoscenza e quindi di buona fede, tant'è che la stessa norma prevede che il patto è opponibile se si prova che il cessionario "lo conosceva al tempo della cessione"».

(14) Di rilevanza del consenso del debitore ceduto al fine del trasferimento del credito anche nei confronti del debitore ceduto potrebbe parlarsi soltanto nell'ipotesi in cui il cessionario fosse a conoscenza della clausola di incedibilità pattuita tra il cedente e il debitore. Soltanto in questo caso sarebbe indispensabile acquisire la rinuncia alla convenzione di incedibilità del credito da parte del debitore ceduto nel cui interesse questa era stata prevista.

(15) Cfr. P. Perlingieri, *op. cit.*, 68 ss.

ventivo consenso del debitore ceduto elemento essenziale per la validità ed efficacia della cessione.
Le due fattispecie non appaiono sovrapponibili, posto che originano da presupposti (in punto di efficacia) non coincidenti. Infatti, la disciplina della cessione di crediti vantati verso la p.a. e derivanti da contratti di appalto, nel momento in cui stabiliva (nella previgente formulazione) con apposita norma (in deroga proprio alla comune regolamentazione della cessione dei crediti prevista dal codice civile) che «sul prezzo dei contratti in corso non potrà … convenirsi cessione se non vi aderisca l'amministrazione interessata», elevava espressamente a condizione di efficacia del negozio di cessione proprio la preventiva acquisizione dell'adesione del debitore ceduto (*rectius* la p.a. appaltante). Ciò era indicativo della volontà del legislatore di considerare il contratto di cessione come negozio condizionato nell'efficacia (e, potrebbe dirsi, sospensivamente) all'acquisizione del preventivo consenso del debitore ceduto. Solo ed esclusivamente da quest'ultimo dipendeva l'efficacia della cessione del credito (che in sua assenza non poteva dirsi sorta efficacemente) verso il debitore ceduto.
Nel caso in cui debba, invece, darsi applicazione al secondo comma, ultima parte, dell'art. 1260, il presupposto dell'efficacia del negozio dispositivo del credito è costituito dalla mancata conoscenza della clausola di incedibilità da parte del cessionario; è il 'fatto' della inconsapevolezza (da valutarsi, peraltro, al momento del negozio di cessione) dell'esistenza della pattuizione di incedibilità tra creditore originario e debitore che si erge a condizione di efficacia o, per meglio dire, a condizione per l'opponibilità al debitore ceduto e cioè per la conservazione dell'efficacia anche nei confronti di quest'ultimo del contratto di cessione del credito (già validamente ed efficacemente sorto) tra cedente e cessionario. Sicché, soltanto la prova (a carico del ceduto) di tale conoscenza può ritenersi idonea a privare di efficacia nei confronti del ceduto il negozio di cessione, che di per sé già dispiega la sua efficacia senza necessità del preventivo consenso del ceduto.
La diversa prospettiva accolta nel 2006 dal legislatore del c.d. codice dei contratti pubblici (16) consente di cogliere più nitidamente la differenza di struttura tra la cessione del credito derivante dal contratto pubblico di appalto secondo la previgente formulazione normativa e quella assoggettata alla disciplina generale dell'art 1260, comma secondo, ultima parte.
L'art. 117, comma 4, del codice citato, allorché ha stabilito che «le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto… sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione», ha innovato rispetto al passato, posto che ha introdotto - in controtendenza rispetto alla previgente disciplina - la regola della immediata efficacia della cessione dei crediti derivanti da pubblici appalti. Tant'è vero che soltanto il rifiuto tempestivamente manifestato dal debitore ceduto (e, peraltro, secondo il formalismo imposto dal legislatore della novella) è capace di pregiudicare la opponibilità e cioè la conservazione della efficacia nei confronti del debitore ceduto della cessione del credito (già produttiva di effetti nei confronti di tutte le parti ivi compreso il debitore ceduto).
Il mutamento di prospettiva può dirsi significativo: se in precedenza il negozio di cessione era inefficace sino a quando non fosse stato ottenuto il consenso dell'ente pubblico (*rectius* il debitore ceduto), adesso la cessione del credito dispiega immediatamente la sua efficacia anche nei confronti del debitore ceduto ma diverrà a lui non più opponibile, se sia sopravvenuto tempestivamente il rifiuto.
A ben considerare, la nuova regola che disciplina la cessione dei crediti derivanti da pubblici appalti presenta affinità di struttura con quella contenuta nell'art. 1260, comma secondo ultima parte, con l'unica differenza che alla conservazione dell'opponibilità del contratto di cessione è di impedimento, nel primo caso il rifiuto opposto dal debitore ceduto, nella seconda ipotesi il fatto della conoscenza (del cessionario) dell'esistenza del patto di incedibilità. Sempre che sia stato provato idoneamente dal debitore ceduto e sia stato fatto valere da quest'ultimo (17).
In entrambi i casi, tuttavia, il negozio di cessione si perfeziona validamente e produce effetti traslativi sin dall'origine anche nei confronti del debitore ce-

Note:

(16) Cfr. il D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163 recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

(17) Sembrerebbe, infatti, prevalere l'orientamento secondo cui l'eccezione di incedibilità convenzionale del credito sia eccezione in senso stretto, da farsi valere a pena di decadenza dall'interessato. In questo senso chiaramente Trib. Genova 22 febbraio 2000, in *Foro pad.*, 2000, I, 51 che è così massimata «l'eccezione diretta a far valere l'incedibilità del credito non può essere rilevata d'ufficio, ma soltanto dalla parte interessata: essa ha perciò natura di eccezione in senso stretto, che deve essere tempestivamente sollevata nella comparsa di costituzione e risposta o, al più tardi, nel termine fissato dall'art. 180, 2º comma, c.p.c.».

duto a prescindere dall'acquisizione del suo preventivo consenso.
Né può dirsi convincente l'approccio di altra parte autorevole della dottrina (18), la quale allorché afferma - prendendo le distanze dalla tesi dell'inefficacia assoluta - che il negozio dispositivo del credito relativamente incedibile «senza la cooperazione del debitore ceduto» dà luogo «a una circolazione con effetti ridotti», sembrerebbe non conferire particolare risalto al fatto della mancata conoscenza dell'esistenza della clausola di incedibilità e alle sue conseguenze (19). Infatti, se si considera che è l'inconsapevolezza del cessionario sull'esistenza del divieto al trasferimento del credito a rendere immediatamente opponibile la cessione anche nei confronti del debitore ceduto, se ne dovrebbe concludere che proprio questa (e non la volontà del debitore (20)) è in grado di determinare la totalità degli effetti di cui la cessione è capace. La volontà del debitore, invece, sarebbe destinata ad acquisire rilevanza, e segnatamente come fattore indispensabile per la rimozione del vincolo alla trasferibilità del credito con effetti anche nei confronti del debitore ceduto, soltanto nell'ipotesi in cui è pacifico che il cessionario sia a conoscenza della pattuizione di incedibilità intercorsa tra cedente e cessionario.
In questa direzione orienta l'opzione legislativa accolta dal secondo comma dell'art. 1260, quale emerge dall'interpretazione strettamente letterale della norma. D'altro canto l'interpretazione che in giurisprudenza è stata data del capoverso dell'art. 1260, nella misura in cui appare tutta incentrata sulla rilevanza della conoscenza del patto di incedibilità e dell'epoca a cui questa è fatta risalire, mostra di non attribuire centralità alla "cooperazione del debitore" ai fini della circolazione del credito (21).
Non a caso la Corte di legittimità, chiamata a valutare le conseguenze prodotte dalla conoscenza del divieto convenzionale di cessione, in relazione ad una fattispecie in cui al momento della comunicazione del patto d'incedibilità al cessionario soltanto una parte del complessivo credito futuro oggetto di cessione (*rectius* il rateo iniziale) era già venuto a maturazione mentre altra parte (*rectius* il rateo finale) non era ancora divenuta esigibile, ha affermato che: a) è fatta salva l'efficacia della cessione del credito sorto in epoca antecedente al momento dell'intervenuta conoscenza della clausola di incedibilità; b) resta, invece, ferma l'opponibilità al cessionario del divieto convenzionale di cessione in ordine al credito che sia insorto in data successiva all'epoca della conoscenza della clausola limitativa del trasferimento (22).
Se, dunque, l'ignoranza del divieto convenzionale di cessione abilita il cessionario a pretendere il pagamento nei confronti del debitore ceduto, nonostante l'incedibilità del credito convenzionalmente assunta ed a prescindere dalla necessità del (preventivo) consenso del ceduto, il negozio dispositivo del credito relativamente incedibile attribuisce sin dall'origine all'acquirente il potere di far verificare al ceduto la modifica di disciplina del rapporto obbligatorio conseguente al mutamento del patrimonio, in cui è venuto a collocarsi il credito.
Ciò appare tanto più sostenibile, se si considera, come già anticipato, che il debitore: a) ha l'onere di provare in modo idoneo che il cessionario abbia avuto conoscenza della clausola; b) deve far valere espressamente in sede giudiziaria la questione dell'incedibilità del credito su base convenzionale, restando inibita al Giudicante la possibilità di rilevarla d'ufficio.
L'adesione a questa impostazione conduce a ritenere che il legislatore abbia voluto assicurare prevalenza al principio della libera circolazione dei crediti, benché con il temperamento delineato dal comma secondo ultima parte dell'art. 1260, anche quando sia stato convenzionalmente pattuito un divieto di cessione; a quest'ultimo di conseguenza non potrà attri-

Note:

(18) Si vedano A. Dolmetta-G. Portale, *Cessione dei crediti*, cit., 311 ss.

(19) Diversa consapevolezza del ruolo della conoscenza della clausola di incedibilità sembrano tuttavia mostrare gli Autori citati nella nota che precede in altro articolo dal titolo *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa ecc.*, 1999, 92 ss.

(20) Per A. Dolmetta-G. Portale, *Cessione dei crediti*, cit., 312 il tratto caratteristico dell'incedibilità relativa a base convenzionale andrebbe individuato nel fatto che «dalla volontà del debitore dipende solo la produzione della totalità degli effetti di cui è capace la cessione»; ciò segnerebbe la distinzione tra incedibilità convenzionale e divieto legale al trasferimento del credito, posto che il credito in quest'ultimo caso non circola «pur in presenza dell'assenso del debitore».

(21) Si vedano per la giurisprudenza di merito App. Genova, 17 ottobre 2006 in esteso in *Giur. merito*; Trib. Torino, 25 settembre 2002, ined. (ma citata da A. Doulux, *Il contratto di factoring problemi pratici ed esperienze giurisprudenziali* in www.camera civilepiemonte.it/temp/Factoring%20Antonielli.pdf) che è così massimata «Il patto di non cedibilità del credito stipulato in base all'art. 1260 c.c. tra il debitore ceduto e il cedente non è opponibile al cessionario se non si prova che lo stesso l'aveva conosciuto al momento della cessione. L'onere di provare la non conoscenza del fatto di incedibilità grava in capo al debitore ceduto»; per la giurisprudenza di legittimità Cass. 28 gennaio 2002, n. 979, in *Foro it.*, I, 1757.

(22) Cfr. Cass., 28 gennaio 2002, n. 979, cit. che, peraltro, è l'unica decisione di legittimità sul patto d'incedibilità a quanto è dato riscontrare.

buirsi «efficacia immediata» o «reale», per riprendere le parole di insigne dottrina (23).
Sotto altro aspetto la scelta legislativa di porre a carico del debitore ceduto la (più rigorosa) prova della effettiva conoscenza piuttosto che quella (meno rigorosa) della semplice conoscibilità della pattuizione che ha escluso la cessione, per poterla efficacemente opporre al cessionario, è indicativa proprio dell'esigenza di attenuare la rilevanza di situazioni (dirette ad introdurre limitazioni) capaci di arrecare intralcio alla libera circolazione del credito.
Né sembra in linea con il dettato normativo l'opinione autorevole di chi ha sostenuto che, pur mancando nel capoverso dell'art. 1260 ogni riferimento alla 'conoscibilità', quest'ultima sia da ritenersi sufficiente ai fini dell'opponibilità del patto di non cedibilità al cessionario, quando l'ignoranza sia a lui imputabile (24).
D'altro canto va osservato che quando il legislatore ha inteso attribuire rilevanza anche alla conoscibilità da acquisirsi con l'uso dell'ordinaria diligenza, lo ha espressamente previsto (25). Prova ne offrono il primo comma dell'art. 1341 c.c. e l'art. 1338 c.c. Né appare risolutivo ad attribuire rilevanza anche alla (più agevole) prova della conoscibilità il richiamo al principio della diligente e corretta condotta delle parti del rapporto obbligatorio (26). Nell'ambito della cessione del credito, invero, il principio della buona fede non sembra potersi utilmente invocare per il fatto che tra ceduto e cessionario non v'è alcuna relazione contrattuale. Proprio la carenza di ogni relazione contrattuale tra cessionario e ceduto (che resta terzo rispetto alla cessione) ha sempre orientato la giurisprudenza di legittimità ad escludere che a carico del debitore ceduto siano ravvisabili profili di responsabilità nei confronti del cessionario per violazione del principio della correttezza e buona fede (27). Se così è, non sembra esserci ragione per esigere un comportamento improntato a buona fede, quando la valutazione debba ricadere sulla condotta tenuta dal cessionario, per potergli rimproverare di essere rimasto ignaro di una clausola che avrebbe potuto quanto meno conoscere, se avesse agito diversamente.
In senso contrario all'impostazione che segnala la sufficienza della conoscibilità della clausola contenente il divieto di cessione del credito per la sua opponibilità al cessionario non c'è solo l'interpretazione della giurisprudenza di merito (invero scarna quanto a pronunce) (28), ma milita anche un'altra ragione. Nel momento in cui si sostiene che basti la prova dell'astratta e potenziale conoscibilità secondo l'ordinaria diligenza a rendere opponibile al cessionario rimasto (colpevolmente) ignaro del patto limitativo della cessione del credito, si finisce per svuotare di contenuto il principio dell'inopponibilità posto proprio dall'art. 1260, comma secondo, ultima parte. Non si comprende, infatti, quale spazio residui per la sua operatività, se si considera che sarebbe sempre possibile rimproverare al cessionario l'omessa acquisizione della fonte del credito capace di procurargli la (diretta) conoscenza della pattuizione di incedibilità (29).

Note:

(23) Cfr. R. Sacco, *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 10, secondo il quale nel nostro sistema è ammessa l'efficacia immediata (reale) di un certo numero di divieti o limitazioni alla circolazione: così ad esempio sarebbe realmente efficace il divieto di cessione del credito. Nella prospettiva dell'autorevole A. l'efficacia immediata del divieto convenzionale di circolazione previsto dall'art. 1260 c.c., inoltre, a differenza di altri divieti di circolazione (es. quello di cessione dell'usufrutto, quello di trasferimento di azioni, quello di cessione di quote) non sarebbe subordinato ad alcun requisito.

(24) In questo senso chiaramente P. Perlingieri, *op. cit.*, 26; id., *Cessione dei crediti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. VI, 169. Si interroga sul problema dell'assimilazione del requisito della "possibilità di conoscenza" a quello della "conoscenza" senza però dare risposta U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, 785, il quale in ogni caso da atto che dalle raccolte di giurisprudenza sembra potersi dedurre che gli accordi di incedibilità convenzionale del credito non sono diffusi o non danno luogo a forte litigiosità.

(25) In merito alla incompatibilità della tesi della conoscibilità del patto con il contenuto dell'art. 1260 si veda G. Finazzi, *La cessione del credito*, in *La circolazione del credito*, tomo 1: Cessione-Factoring-Cartolarizzazione, a cura di R. Alessi-V. Mannino, Padova, 2008.

(26) Cfr. ancora P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, cit., 25 ss. il quale rileva a p. 26 che «la normale irrilevanza della clausola di incedibilità nei confronti del cessionario-terzo alla cessione o al negozio modificativo della trasferibilità del credito trova un contemperamento nel principio dell'obbligo di una diligente e corretta condotta delle parti del rapporto obbligatorio (art. 1175 e 1176 c.c.). Caso per caso occorre valutare se esistono elementi affidanti ai fini della formazione del convincimento che, al tempo della cessione, il diligente cessionario avrebbe dovuto conoscere la clausola d'incedibilità».

(27) In proposito si veda Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 1998, n. 2156, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Cessione dei crediti*, n. 5 che è così massimata: «Il debitore ceduto, pur se edotto della cessione, non viola il principio di buona fede nei confronti del cessionario se non contesta il credito - ovvero se transige con il cedente su crediti diversi da quello ceduto - né il suo silenzio può costituire conferma di esso, perché per assumere tale significato occorre un'intesa tra le parti ed *invece egli rimane estraneo alla cessione*; pertanto è onere del cessionario provare l'esistenza e l'ammontare del credito, salva la responsabilità del cedente per la mancata consegna dei documenti su cui è fondato, configurante inadempimento al contratto di cessione» (corsivo aggiunto); nello stesso senso anche Cass. 21 ottobre 2010, n. 21599, *id.*, 2010, voce *Obbligazioni in genere*, n. 70.

(28) Si vedano App. Genova 17 ottobre 2006, cit. e Trib. Torino 25 settembre 2002, cit.

(29) Mentre per far valere il credito oggetto di cessione potrebbe bastare al cessionario l'acquisizione dell'originale del titolo

(segue)

3. Cessione del credito in Italia e affievolimento dell'interesse del debitore a che non muti il creditore originario

La centralità del principio della libera circolazione del credito e la tendenziale propensione del nostro sistema a favorirne la prevalenza sui vincoli creati dall'autonomia negoziale per arginarla passa anche attraverso la sindacabilità della meritevolezza del divieto convenzionale di cessione. Il che, ridetto in altri termini, equivale a (non ammettere ed anzi a) negare l'indiscriminata legittimità dell'incedibilità del credito.

È stato, infatti, acutamente affermato dalla dottrina più moderna (30) che la mera volontà delle parti non è sufficiente ad escludere rilevanza al principio della libera circolazione del credito, se l'interesse sotteso alla clausola limitativa non è idoneo a giustificare l'esclusione del trasferimento secondo i valori contenuti nell'ordinamento. Non sarà quindi sufficiente che la persona del creditore appaia al debitore essenziale all'esistenza ed all'attuazione del credito ma sarà necessario valutare se, tenuto conto del particolare concreto rapporto, la persona del creditore sia realmente essenziale (31).

Riguardando, pertanto, il fenomeno della circolazione del credito da questo angolo visuale, ci sarebbe seriamente da dubitare:

a) della validità di clausole limitative della cessione che risultino prive di indicazioni utili a ricostruire l'interesse, al quale attraverso l'incedibilità del credito si vorrebbe garantire protezione;

b) della meritevolezza di pattuizioni strutturate in modo tale da impedire il trasferimento del credito a cessionari che rivestano un particolare *status*, per il timore che le loro iniziative possano risultare così aggressive da comportare la perdita del controllo della società in crisi.

Si pensi a quest'ultimo proposito agli operatori del mercato secondario, quali *hedge funds* e banche d'investimento, deputati istituzionalmente all'acquisto (a sconto) di crediti *distressed* nella prospettiva di poterne utilizzare il relativo peso al fine di influire sul rilancio dell'impresa in crisi attraverso il meccanismo della conversione del debito *in equity* (32), se del caso anche imponendolo (in ragione della capacità di poter condizionare con l'espressione del loro voto l'approvazione di un qualsiasi piano di risanamento aziendale).

Verrebbe da chiedersi in relazione a pattuizioni tipo quelle delineate al punto b che precede, se l'autonomia privata sia abilitata ad impedire ciò che per scelta legislativa ha acquisito dignità giuridica e che, di conseguenza, potrebbe comunque trovare attuazione per altra via. È noto, infatti, che il legislatore fallimentare, riformando di recente la relativa disciplina (33), ha espressamente introdotto, tra le opzioni disponibili, proprio la possibilità che i debiti dell'impresa in crisi e/o già dichiarata fallita siano soddisfatti anche nella forma della conversione dell'indebitamento finanziario in azioni e/o quote (34) e, per giunta, rimettendo l'iniziativa anche agli stessi creditori (35).

Note:

(continua nota 29)

esecutivo giudiziale (es. decreto ingiuntivo, sentenza etc.) e/o l'acquisizione della documentazione contabile indispensabile (es. fatture ed estratti autentici delle scritture contabili); tutti documenti dai quali non emerge di certo la sussistenza di un patto di incedibilità (che trovasi, appunto, normalmente nel contratto perfezionato tra creditore originario e debitore).

(30) In questo senso per primo e con vigore P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, cit., 20 ss. il quale, in controtendenza rispetto all'impostazione della precedente dottrina (quella degli anni '60, cfr. V. Panuccio, in *Enc. dir.*, 1960, VI, 860 ss.; F. Negro, *Degli effetti sostanziali dell'indisponibilità processuale*, Padova, 1950 e quella degli anni '70, cfr. F. Bocchini, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1979, 102 ss.), afferma che non è fondato sostenere che il principio della libera circolazione è dal legislatore comunque subordinato alla volontà delle parti in quanto non è la mera volontà sufficiente ad escludere rilevanza al principio, di per sé meritevole per l'ordinamento; necessario è l'apprezzabile interesse sotteso alla clausola limitativatale da giustificarla - non secondo arbitrarie ragioni ma - secondo i valori contenuti nell'ordinamento medesimo. L'insigne A., inoltre, rileva il capoverso dell'art. 1260 c.c. debba essere interpretato in maniera non disgiunta dall'art. 1379 c.c., norma di portata generale anche in ragione del fatto che è contenuta nella disciplina generale del contratto. La tesi è sostanzialmente condivisa anche da A. Dolmetta-G. Portale, *Cessione dei crediti*, cit., 313, i quali respingono espressamente la concenzione del patto di incedibilità come patto a cui debba assicurarsi una «validità in bianco», posto che la validità della clausola rimane subordinata al vaglio della meritevolezza dell'interesse perseguito prescritto dall'art. 1322 c.c. (che si atteggia a norma di portata generale che riguarda tutti gli atti posti in essere dall'autonomia privata ivi compresi quelli relativi alla cedibilità dei crediti). Più di recente mostrano di propendere per questa impostazione anche G. Finazzi, *La cessione del credito*, cit. e A. Natale, *Il patto di incedibilità del credito*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 349 ss. Di opinione contraria C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, 1990, 578.

(31) Così ancora P. Perlingieri, *op. ult. cit.*, 21.

(32) Negli ultimi due anni anche in Italia è stato frequente il ricorso alla conversione di debiti in *equity* che peraltro è apparso come l'unico rimedio in grado di assicurare continuità alle imprese in crisi (emblematici i casi di Risanamento e del gruppo Ferretti).

(33) Si veda il D.Lgs. n. 5 del 2006 ed il successivo c.d. correttivo di cui al D.Lgs. n. 169 del 2007.

(34) Si pensi in particolare al concordato preventivo e al concordato fallimentare.

(35) In proposito si segnala in particolare l'art. 124 l. fall. sulla proposta di concordato fallimentare che espressamente legittima i creditori a presentare la proposta di concordato. Tuttavia, anche nel caso dei c.d. accordi di ristrutturazione, nonostante manchi una legittimazione formale dei creditori alla presentazione dell'accordo, può ritenersi che di norma l'iniziativa parta proprio dai maggiori creditori.

In un simile contesto normativo è difficile ipotizzare che possa passare indenne al vaglio della meritevolezza una pattuizione di incedibilità del credito protesa a tutelare l'interesse del debitore a che altri non assumano il controllo della società attraverso (l'imposizione di) forme di soddisfacimento del credito non gradite. Ciò a maggior ragione dopo che la Consulta (36), nel dichiarare infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1260 (in riferimento principalmente agli artt. 2, 3 e 41 Cost.), ha precisato che «il diritto di credito costituisce un bene, come tale idoneo a circolare senza coinvolgimento della persona del debitore e dei suoi diritti inviolabili» (37).

4. Tutela dell'*obligor* e *non assignment clause*. L'esperienza del Regno Unito

Nel sistema inglese l'assenza di limitazioni all'autonomia privata in punto di efficacia del patto di incedibilità del credito intercorso tra *assignor* e *obligor* è sintomatica della seguente opzione: l'interesse del debitore a conservare il creditore originario giustifica il sacrificio del libero trasferimento del credito (38). Il che, peraltro, sembra evocare l'antico principio di *common law*, secondo cui il credito è "*too personal*" per essere liberamente ceduto (39).
La presenza della *non assignment clause* nel contratto stipulato tra il creditore originario ed il debitore preclude, infatti, sempre ed irrimediabilmente al cessionario la possibilità di far valere la pretesa nei confronti dell'*obligor* (40). In Inghilterra, pertanto, l'inserzione del patto di incedibilità del credito assicura all'*obligor* una tutela rafforzata diversamente da ciò che accade in Italia, in cui la previsione della non opponibilità della clausola di intrasferibilità del credito al cessionario ignaro della sua esistenza si atteggia a strumento idoneo ad affievolire la tutela del debitore ceduto, nell'ottica di assicurare prevalenza alla libera circolazione del credito (41).
L'*obligor* sarà, infatti, abilitato ad opporre al cessionario del credito in tutti i casi la clausola limitativa del trasferimento del credito, posto che l'*assignment* effettuato in violazione del patto di incedibilità - dire negoziale in punto di incedibilità del credito sia stata scelta di politica legislativa non casuale ma funzionalizzata proprio al rafforzamento del (generale) principio dell'efficacia traslativa del consenso.

Note:

(36) Cfr. Corte cost. 10 marzo 2006, n. 95, ord., in *Giur. cost.*, 2006, 969.

(37) C'è da dire che il recente intervento del Giudice delle leggi, oltre a conferire il suo *imprimatur* all'opzione interpretativa che considera il negozio di cessione valido ed efficace anche nei confronti del debitore ceduto in conseguenza dell'accordo tra cedente e cessionario, convince che l'imposizione di limiti al potere negoziale in punto di incedibilità del credito sia stata scelta di politica legislativa non casuale ma funzionalizzata proprio al rafforzamento del (generale) principio dell'efficacia traslativa del consenso.

(38) La regola generale del sistema inglese è rappresentata dalla trasferibilità del credito senza che sia necessario il consenso dell'obligor. In proposito si vedano A. Ward-G. McCormarck, *Assignment and Docuemntary Credits*, in *J.I.B.L.*, 2001, 138; G. McMeel, *The modern law of assignment: public policy and contractual restrictions on trasferibility*, 2004, LMCLQ, 483.

(39) La storica propensione del common law verso l'intrasferibilità del credito (cfr. Picker v. London & County Banking Co Ltd. (1887) 18 QBD 515 (CA) 519; Master v. Miller (1791) 4 TR, 320 ss., 100 ER, 1042 ss. ma anche il caso *Lampet* (1612) 10 Co Rep 46b ss., 77 ER 994 ss.) ha trovato giustificazione nel fatto che il diritto di credito avesse natura di personal right. Di conseguenza poiché esso implicava l'esistenza di una *personal relationship* tra creditore e debitore non poteva divenire oggetto di *assignment*, per l'esigenza di evitare «*the oppression of the obligor by an assignee more powerful than the obligee/assignor*». Si vedano in proposito in particolare le puntuali ricostruzioni di M. Smith, *The law of assignment. The creation and transfer of chose in action*, Oxford, 2007, 127 ss.; ma altresì G. McMeel, *op. cit.*, 483 ss. ed in particolare 488-491. Soltanto a far data dal 17° secolo (cfr. Warmestrey v. Tanfield (1628-1629), 1 Ch. Rep. 29, 21 ER 498; Squib v. Win (1717) 1 P Wms, 378 ss, 24 ER 432 ss.) con l'avvento dell'*equity* la situazione cominciò a mutare e fu introdotta maggiore flessibilità nel sistema (sino a quel momento decisamente ostile ad imporre un nuovo creditore al debitore senza averne acquisito il suo consenso) che portò alla trasferibilità delle c.d. *chose in action* tra cui i crediti. In proposito cfr. oltre agli autori più avanti citati anche S. Worthington, *Equity*, Oxford, 2006, 60 ed in particolare al capitolo 3°.

(40) Cfr. Helstan Securities Ltd. v. Hertfordshire County Council, (1978) 3 All. ER 262 (QBD) in cui si specifica che l'*assignment* posto in essere, nonostante il patto convenzionale di incedibilità, è inefficace tra il debitore e il creditore con la conseguenza che il debitore non sarà obbligato a pagare al cessionario. Si vedano altresì M. Smith, *op. cit.*, 346; J. Barratt, *Distressed Debt - The Sale of loan Assets*, in *J.I.B.L.*, 1998, 50 ss.

(41) Espressione di tale tendenza, d'altro canto, appare nel nostro sistema anche l'orientamento della dottrina e giurisprudenza maggioritarie che svincolano l'efficacia della cessione nei confronti del debitore dalla notificazione della stessa e/o dalla sua accettazione. La notificazione di cui all'art. 1264 c.c. è necessaria al solo fine di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento eventualmente effettuato in buona fede dal debitore ceduto al cedente anziché al cessionario, nonché, in caso di cessioni diacroniche del medesimo credito, per risolvere il conflitto tra più cessionari, trovando applicazione in tal caso il principio della priorità temporale riconosciuta al primo notificante. Si veda per la giurisprudenza *ex plurimis* Cass. 5 novembre 2009, n. 23463, cit.; Cass. 13 luglio 2011, n. 15364, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Obbligazioni in genere*, n. 42 e per la dottrina P. Perlingieri, *Cessione dei crediti*, cit., 159 ss.; C. M. Bianca, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 7 ss., F. Marani, *Notifica, accettazione e buona fede nella cessione dei crediti*, Modena, 1977, 18 ss. In dottrina, invece, sono di opinione contraria A. Dolmetta-G. Portale, *Cessione dei crediti*, 295 i quali osservano che il legislatore ha configurato la fattispecie traslativa del credito in modo parzialmente diverso dalla fattispecie traslativa dei diritti reali. La cessione del credito «è conformata come una fattispecie a formazione progressiva, giacché il consenso delle parti produce il trasferimento del diritto dal patrimonio dell'alienante al patrimonio dell'acquirente, ma è per sé insufficiente a realizzare tutti gli effetti che la vicenda traslativa è idonea a produrre». Secondo gli insigni Autori l'efficacia del trasferimento del credito nei confronti del debitore resta subordinata al verificarsi della notificazione o dell'accettazione in applicazione dell'art. 1264 c.c.

versamente da ciò che accade negli Stati Uniti (42) - è improduttivo di effetti nei confronti del debitore ceduto (43), nonostante l'*assignee* non ne sia stato a conoscenza. Il che produce inevitabili ricadute negative sulla *marketability* del credito, di cui ha mostrato piena consapevolezza la stessa House of Lords (44).
L'interferenza che nel Regno Unito l'incedibilità convenzionale determina sulla vicenda circolatoria del credito, in particolare in relazione alla sua rivendibilità sul mercato secondario con la tecnica dell'*assignment* (45), è molto meno teorica di quanto possa immaginarsi e senz'altro più concreta di quanto non avvenga in Italia. Ciò è dovuto non soltanto all'operatività di una regola che, svincolando l'inefficacia dell'*assignment* dal fatto della conoscenza che il cessionario possa avere acquisito dell'esistenza del patto di incedibilità (intercorso tra il cedente ed il debitore), espone l'*assignee* in tutti i casi all'inesigibilità della pretesa ma anche al frequente utilizzo di *non assignment clauses* che è dato riscontrare nella prassi della contrattazione commerciale e bancaria del Regno Unito (46).
Clausole che vietano in assoluto la trasferibilità del credito, pattuizioni che subordinano l'efficacia della cessione del credito all'acquisizione del preventivo consenso del debitore ceduto e clausole che abilitano il creditore originario a cedere il credito soltanto nella direzione di una specifica categoria di destinatari sono assai spesso presenti nelle condizioni generali di contratto per assicurare tutela dell'*obligor* (47) da più punti di vista (48).
Non è pertanto casuale che in Inghilterra la tecnica dell'*assignment* per la rivendita sul mercato secondario dei prestiti di origine bancaria sia stata poco utilizzata (49).
Di norma, infatti, i contratti di finanziamento stipulati con le banche (o con un *pool* di banche) preve-

Note:

(42) Il sistema americano da questo punto di vista è più propenso ad assicurare l'alienabilità del credito, posto che l'Uniform Commercial Code rende di norma inefficace ogni tipo di restrizione contrattuale inserita su base convenzionale nel contratto stipulato tra il creditore originario e l'obligor. L'art. 9 - 318 (4) così testualmente dispone: «*a term in any contract between an account debtor and an assignor is ineffective if it prohibits assignment of an account or prohibits creation of a security interest in a general intangibile for money due or to become due or requires the account's debtor's consent to such assignment or security interest*». Questa differenza di sistema tra UK e USA è segnalata in particolare da G. McCormarck, *Debts and non-assignment clauses*, in *J.B.L.*, 2000, 426; B. Allcock, *Restrictions on the assignment of contractual rights*, C.L.J., 42 (2), november 1983, 345.

(43) Anche nei sistemi tedesco, austriaco e svizzero opera una regola simile a quella ingese e cioè quella dell'inefficacia del trasferimento del credito avvenuto in violazione del patto di incedibilità negoziato tra creditore originario e debitore. Si veda in proposito N. Yeomans, *UNCITRAL Convention on assignment of receivables: towards a uniform international law of bulk assignments?*, in *J.I.B.L.R.*, 2005, 412.

(44) Quest'ultima nella decisione originata dal noto caso *Linden Gardens Trust Ltd.* v. *Lenesta Sludge Disposals Ltd.*(1993, 3 ALL ER 417; 1994 1 A.C. 85), benché abbia dato atto che la *non assignment clause* sia idonea ad intralciare la libera circolazione dei diritti di credito, ha escluso che la loro inalienabilità ponga una questione di ordine pubblico, affermando che «*there is non public need for a market in choses in action*».

(45) L'*assignement* è una tecnica di trasferimento del diritto di credito che implica l'esistenza di un credito attuale ed identificato o almeno identificabile. Qualche problema si pone, pertanto, in relazione al trasferimento dei diritti di credito futuri, proprio per la carenza di un credito che possa dirsi attuale. Tuttavia, in questo caso soccorre la dottrina affermata nel noto caso Walsh v. Lonsdsale (1882, 21, ChD 9, CA), in base alla quale il diritto di credito futuro può formare oggetto di una *promise* assistita da *consideration* che determinerà automaticamente il trasferimento del diritto soltanto quando il credito sia venuto ad esistenza. Soltanto in quel momento, infatti, potrà dirsi che l'*assignor* abbia avuto il possesso del credito.

(46) Ne danno atto in tanti cfr. M. Hughes e R. Palanche, *Loan Partecipations-some English Law considerations*, in *I.F.L.R.*, 1984, 21 ss. i quali affermano espressamente che «it is unusual to find loan agreements which expressly forbid all assignments, but it is far from unusual to find ones that requires as a prerequisite to assignment the consent of the borrower»; G.A. Penn-A.M. Shea-A. Arora, *The Law & Practice of International Banking*, London, 1987, 149; ma si veda anche lo scritto *Syndacated Loan facilities: non bank lenders, and the influence of credit derivatives: current issues and opportunities for borrowers*. Part 1, dell'Association of Corporate Treasurers, disponibile all'indirizzo: *www.treasurers.org/.../synloanfacil-part1.pdf;* cfr. ancora A. Mugasha, *The law of multibank financing*, *Syndacated Loans and the Secondary Loan Market*, Oxford, 2007, 255 ss.; B. Allcock, *op. cit.*, 328 ss.; S. Gleeson, R. Butler-T. Kingsley-Daniells, *How to extinguish an asset without really trying: the effect on loan assignment and participations of Linden Gardens Trust Ltd. V. Lenesta Sludge Disposals Ltd.*, in J.I.B.L., 1994, 10, 431 ss.

(47) Si veda la lucida disamina di G. McCormarck, *Debts and non-assignment clauses*, cit., 422 ss. ed in particolare 427.

(48) Molteplici ragioni possono giustificarne l'adozione, se si considerano gli inconvenienti ai quali potrebbe restare esposto il debitore, che sia costretto a misurarsi con un nuovo creditore e segnatamente: a) l'impossibilità di eccepire la compensazione (anche solo parziale) del credito azionato con altro credito reciproco, quanto meno in relazione a crediti sorti in epoca successiva alla *notice*; b) il rischio di erroneo pagamento a chi non sia più legittimato a riceverlo, a maggior ragione quando il credito abbia formato oggetto di cessioni multiple, cui siano seguite altrettante notificazioni; c) l'indisponibilità del nuovo creditore (il cessionario meno *friendly*) a soprassedere dall'assunzione di celeri iniziative recuperatorie del credito, derivante dal disinteresse a mostrarsi tollerante nei confronti di colui con il quale (il debitore occasionale) non si abbiano relazioni commerciali sistematiche; d) il pericolo di poter subire pressioni volte a ottenere il soddisfacimento del credito in forme diverse dal pagamento, nel caso in cui quest'ultimo non sia stato tempestivo (anche a causa dell'insorgere di difficoltà finanziarie solo transitorie). Utili spunti in proposito in A. McKnight, *Contractual Restrictions on a Creditor's Right to Alienate Debts: Part I*, in J.I.B.L., 2003, 1 ss. ed in particolare 3 ss.

(49) Sottolinea a chiare lettere ciò G. A. Penn-A. M. Shea-A. Arora, *op. cit.*,148 e più di recente A. Mugasha, *op. cit.*, 36 ss. la quale precisa testualmente che «*in England … the early phases of the secondary market did not use the assignment of loans because of the constraints of the assignment method*».

dono limitazioni in punto di cessione del credito per l'ipotesi in cui il cessionario sia soggetto diverso da altro istituto di credito o da affiliato della banca (o del *pool* di banche) che ha erogato il prestito. Tali limitazioni passano proprio attraverso l'inserzione nel contratto di una *non assignment clause* che è strutturata in modo tale da esigere per la validità della cessione del credito nei confronti del *borrower* il suo preventivo consenso (50).

La necessità del preventivo consenso del debitore ceduto per l'azionabilità della pretesa da parte del cessionario del credito risulta all'evidenza di ostacolo al trasferimento dei crediti con il metodo dell'*assignment* in favore di quanti, come gli *hedge funds*, sono (i principali) operatori istituzionali del *distressed* non assimilabili ad un istituto bancario. Se si considera, invero, che le clausole convenzionali limitative del trasferimento del credito legato al prestito di origine bancaria sono finalizzate proprio ad evitare che il debitore possa trovarsi improvvisamente al cospetto di un *partner* contrattuale sgradito, la possibilità che un fondo d'investimento speculativo possa ottenere il positivo consenso dell'*obligor* al trasferimento del credito appare evenienza solo teorica. Ciò a maggior ragione quando sia diffusa nei più la consapevolezza del fatto che gli *hedge funds* sono operatori del mercato secondario caratterizzati da notevole 'aggressività' e, dunque, (eventuali) controparti contrattuali poco *friendly* e con propensione ad assumere energiche iniziative recuperatorie del credito (51).

Se il *borrower's consent requirement* rappresenta tutt'ora lo strumento più diffuso nella contrattualistica bancaria dell'esperienza di U.K., per assicurare al debitore il controllo sulla rivendita del credito dal mercato del prestito al mercato secondario, la prassi del Regno Unito ha conosciuto altre ipotesi di restrizione convenzionale alla circolazione del credito. Le condizioni generali presenti in molti *loan agreements*, almeno sino a fine anno 2001, erano solite prevedere che la cessione del credito potesse avvenire soltanto in favore di cessionari che rivestissero lo *status* di "*banks or other financial istitutions*" (52).

La carenza di specifiche indicazioni in punto di individuazione dei soggetti diversi dalla banche, che potessero rendersi acquirenti di crediti derivanti da contratti di finanziamento caratterizzati da restrizioni di questo tipo, ha finito per scoraggiare l'operato di chi, come gli *hedge funds*, è in grado di assicurare liquidità al mercato del prestito.

L'incertezza che un fondo speculativo potesse rientrare tra i cessionari dotati di legittimazione all'acquisto e così essere ricompresi nella cerchia delle "*financial istitutions*" induceva a non considerare come un'opportunità vantaggiosa l'*assignment*, che avesse avuto ad oggetto crediti (*rectius* prestiti) originati da contratti di finanziamento contenenti una simile limitazione (53). Il rischio di vedersi eccepita dal *borrower* l'inesigibilità della pretesa (di cui sarebbe stata acquisita la titolarità) era sempre in agguato. Sotto altro profilo la percezione di tale rischio era accresciuta dall'assenza di precedenti giurisprudenziali che avessero fatto chiarezza in ordine al significato da attribuire all'espressione "*other financial istitutions*".

Non a caso sul finire del 2001, su iniziativa della *Loan Market Association* e con l'evidente finalità di restituire slancio alla rivendibilità del credito sul mercato del *distressed*, creato proprio dall'ambiguità del termine "*financial istitutions*", si è proceduto a meglio specificare la 'classe' dei c.d. *eligible assignees* attra-

Note:

(50) Si vedano in particolare G. A. Penn, A. M. Shea e A. Arora, *The Law & Practice of International Banking*, London, cit., 149, i quali, in relazione proprio alla prassi bancaria, evidenziano che la clausola 25 (2) dello Specimen Loan Agreement subordina al preventivo consenso del debitore il trasferimento del credito da parte della Banca, salvo che il cessionario non sia un «*affiliate, subsidiary or holding company of such Bank*»; A. Mugasha, *op. cit*, 255 ss., la quale rileva che la maggior parte dei loan agrements richiede l'acquisizione del consenso del borrower in caso di assignment. Più precisamente l'A. afferma che «*a lender that whishes to assign or transfer is required to obtain the consent of the borrower unless the assignment or transfer is to another lender or an affiliate of the lender. The consent of the borrower to an assignment or transfer must not be unreasonably withheld or delayed. Consent is deemed to have been given five business days after request unless it is expressly refused by the borrower within that time*». Ma si veda anche lo scritto *Syndacated Loan facilities: non bank lenders, and the influence of credit derivatives: current issues and opportunities for borrowers*. Part 1, dell'Association of Corporate Treasurers, cit. Quest'ultimo documento pone in luce tuttavia che nell'attuale "*market sub-investment grade*" e così di recente il right to veto transfers riconosciuto al borrower non troverebbe applicazione una volta che si sia materializzato l'event of default.

(51) Ne dà atto in particolare di recente A. Mugasha, *op. cit.*, 72 ss. la quale espressamente osserva che gli hedge funds «*are also known to behave more aggressively when the borrower is in trouble*». Ma cfr. anche Kevin J. Coco, *Empty manipulation: bankruptcy procedure rule 2019 and ownership disclosure in chapter 11 cases*, cit., il quale precisa che gli investitori del *distressed*, sono noti come "*vulture investors*".

(52) Cfr. D.J. Karp-R. Yanofsky-E. Schneider, *Distressed debt, Regulatory, Tax and Credit Documentation Factors Impacting Hedge Funds'trade Risk in European Secondary Loans*, in *The Hedge Funds Law Report*, 2011, Volume 4, n. 37, disponibile all'indirizzo: www.hflawreport.com; G. Bhattacharyya-H. Beal, *The meaning of "Financial Institution": Argo Fund v Essar Steel Ltd*, in *J.I.B.L.R.*, 2006, 599 ss.

(53) Interessante, in punto di segnalazione dei rischi da cui gli *hedge funds* devono stare in guardia in caso di *trading* nell'*European secondary loan markets* con particolare riferimento all'esperienza del Regno Unito, si rivela lo scritto di D.J. Karp-R. Yanofsky-E. Schneider, citato nella nota che precede.

verso l'adozione nella modulistica bancaria di una clausola diversamente formulata. Quest'ultima, nella misura in cui ha annoverato tra i possibili cessionari del credito anche i "*fund or other entity*" che regolarmente sono soliti operare "*for the purpose of making, purchasing or investing in loans, securities or other financial assets*", ha dissipato le aspettative negative che in precedenza avevano indotto disincentivo negli *hedge funds*. Senza aggiungere che una recente decisione della Court of Appeal ha creato le condizioni per restituire slancio anche alla domanda di acquisto di tutti quei crediti che, per espressa clausola convenzionale, potevano essere ceduti soltanto a banche o ad altra "*financial istitution*".
Infatti, nel 2006 la Court, investita della questione dell'interpretazione da attribuire all'espressione "*financial istitution*", nel caso *Argo Fund Ltd v. Essar Steel Ltd* (54), ha affermato che anche i fondi *hedge*, benché non assimilabili né alle banche né agli altri intermediari di credito dediti ad attività di prestito, sono comunque istituzioni finanziarie per il fatto che forniscono liquidità al mercato finanziario. Il che in concreto fa sì che siano appetibili agli occhi degli *hedge funds* anche quei crediti che in precedenza erano stati ritenuti poco commerciali per le insidie connesse all'incertezza del significato da attribuire al termine *financial institution*, spesso in uso nella modulistica contrattuale bancaria della seconda metà degli anni '90.

5. Crisi dell'*assignment* e *secondary loan market practices*. La *sub-partecipation* e l'acquisto indiretto del credito in Inghilterra

Il disincentivo all'adozione dell'*assignment* per il trasferimento dei *loans*, determinato dalle restrizioni contrattuali contenute nei contratti di finanziamento, induce a comprendere come mai nella prassi del Regno Unito sia molto comune altra tecnica di rivendita del credito (connesso ai prestiti bancari) sul mercato secondario nota come *sub-participation* (55). Quest'ultima costituisce una forma di acquisto indiretto del credito in cui (diversamente da ciò che accade nell'*assignment*) manca ogni relazione contrattuale tra il debitore e il c.d. *participant*, l'acquirente (solo indiretto) del credito (56).
Nella sub-*partecipation*, infatti, il *participant* mette a disposizione della banca (che si rende venditrice del credito) le somme necessarie all'erogazione del finanziamento (o di una sua parte) al debitore e l'istituto bancario si obbliga a restituirgliele con il riconoscimento di un interesse, dopo che il *borrower* avrà ripagato (alla banca) il prestito erogatogli (57).
Tale tecnica di acquisto non appare, tuttavia, congeniale agli operatori del mercato del *distressed*, in particolar modo a quelli propensi a conquistare il controllo delle imprese in difficoltà finanziaria attraverso il meccanismo della conversione del debito in *equity*.
L'estraneità del *participant* rispetto alla relazione contrattuale parallela esistente tra il creditore originario e il debitore è inconveniente non di poco conto, se si considera che qualsiasi pretesa non potrà che essere azionata dal *participant* nei confronti del cedente, che costituisce il suo solo *partner* contrattuale. Il che ha inevitabili ricadute sulla possibilità del *participant* di esercitare in modo diretto la propria influenza sulla società debitrice (58), eventualmente anche partecipando e/o condizionando i processi di ristrutturazione del debito della società debitrice.
Se, infatti, l'unico soggetto legittimato a far valere le ragioni di credito nei confronti del debitore è l'originario creditore che formalmente ha erogato il finanziamento, nessuna possibilità ha il *participant* di avere incidenza con il suo voto sull'esito degli accordi di ristrutturazione del debito riguardanti il debitore rispetto al quale è terzo. Senza dire che la difficoltà per il *participant* di accedere, come di norma accade, alle c.d. *confidential information* del debitore rende disagevole ogni tipo di valutazione sull'opportunità

Note:

(54) (2006) EWCA Civ. 241.

(55) Sulla popolarità della sub-participation in Inghilterra come tecnica "of disposing of assets" cfr. G. A. Penn-A. M. Shea-A. Arora, op. cit., 148 i quali testualmente osservano che «*the popularity of the loan participation will … appear less surprising due to … contractual restrictions in loan documentation which may imped the disposal of loan assets*». Ma già prima anche M. Hughes-R. Palanche, *Loan Partecipations-some English Law considerations*, cit., 24 in cui gli A. rilevano che «*sub-participation has proved popular for a number of reasons. Restrictions on assignment in loan agreements may be frequent, but restrictions on non-recourse funding are very rare*» e più di recente A. Mugasha, *op. cit.*, 36.

(56) Il punto è ben focalizzato di recente da D.J. Karp-R. Yanofsky-E. Schneider, *op. cit.*, i quali osservano che diversamente da quanto accade negli Stati Uniti d'America nel Regno Unito le lender restrictions «may force the buyer to hold the *debt indirectly* (for example, as a participant under a funded participation) without a clear and direct ability to influence any borrower restructurings and possibly without access to the borrower's confidential information» (corsivo aggiunto) ma anche da G. A. Penn-A. M. Shea-A. Arora, *op. cit.*,149.

(57) Si vedano G. A. Penn-A. M. Shea-A. Arora, *op. cit.*,147 ss.; R.P. Buckley, *op. cit.*, 112 ss.; S. Dewulf-Verstraeten, *Removing loans from Banks' balance sheets - An overview of the techniques, the markets and the regulatory issues*, in *J.I.B.L.*, 1992, 302 ss.

(58) Il punto è ben evidenziato da D.J. Karp-R. Yanofsky-E. Schneider, *op. cit.*

di preferire, tra quelle astrattamente disponibili, un'iniziativa recuperatoria piuttosto che un'altra.
La carenza del vincolo contrattuale con il *borrower* espone, tra l'altro, il *participant* ad un duplice rischio di insolvenza, quello del debitore e quello dell'*original lender* (*rectius* il cedente). In caso di sopravvenuto *default* di quest'ultimo, tra l'altro, gli eventuali pagamenti *medio tempore* effettuati dal debitore in favore dell'istituto bancario resteranno acquisiti alla massa dei creditori dell'insolvente ed il *participant* non avrà né la possibilità di pretenderne la restituzione in base all'originario accordo di *sub-partecipation*, né la possibilità di far valere nei confronti della curatela fallimentare un diritto di credito assistito da prelazione (59).
Senza aggiungere che la necessità di doversi interfacciare con il creditore originario (il solo al quale può riconoscersi legittimazione nei confronti del debitore) potrebbe incidere sulla tempestività di qualsiasi iniziativa recuperatoria del credito, che non sia stata assunta nell'immediatezza per l'esigenza di concordare preventivamente una strategia condivisa tra il *seller* (*rectius* l'originario creditore) e il *buyer* (*rectius* il *participant*).

6. Crisi dell'*assignment* e *secondary loan market practices*. La *declaration of trust* in Inghilterra

Se la diffusa presenza di restrizioni convenzionali all'*assignment* ha reso la *sub-participation* in Inghilterra la tecnica di rivendita del credito più popolare, sia pure con le limitazioni e i rischi appena segnalati, la *declaration of trust* costituisce un'opzione alternativa, peraltro convalidata dalla Court of Appeal poco più di un decennio fa' nell'ormai noto caso *Don King Productions v. Warren* (60).
Nella *declaration of trust* il creditore originario, di fronte all'impossibilità di rendere oggetto di valido *assignment* un credito relativamente incedibile, conferisce in *trust* il credito (vantato nei confronti di uno specifico debitore), del quale ha la titolarità e dichiara sé stesso *trustee* del credito medesimo. Per effetto di tale dichiarazione il *trustee* sarà tenuto a curare la riscossione del credito nell'interesse del beneficiario (colui cioè che non ha potuto rendersi cessionario per la presenza di una *non assignment clause*) ed a quest'ultimo sarà obbligato a trasferirlo soltanto dopo aver ricevuto il pagamento da parte del debitore (61).
La *declaration of trust*, benché nata per eludere la presenza di clausole di incedibilità che siano state inserite nei contratti stipulati tra creditore e debitore, presenta, tuttavia, struttura ben diversa dall'*assignment*. Mentre quest'ultimo implica di norma l'immediato trasferimento del diritto di credito dalla sfera giuridico patrimoniale dell'*assignor* al patrimonio dell'*assignee*, la *declaration of trust*, attuata nella forma poco più avanti indicata ('*declaration of self as trustee*'), non produce alcun effetto traslativo (e tanto meno immediato) del credito devoluto *in trust* in favore del beneficiario (62).
L'obbligo del *trustee* di trasferire il credito al beneficiario del *trust* (*rectius* l'acquirente del credito) diviene attuale soltanto in epoca successiva al momento in cui sia avvenuta la dazione materiale della somma di danaro in suo favore da parte del debitore. Tant'è vero che il beneficiario del credito conferito in *trust*:
a) non ha titolo per far valere in via autonoma nessuna ragione di credito nei confronti del debitore, posto che per quest'ultimo soltanto il *trustee* rappresenta il legittimo creditore;
b) non può curare direttamente e personalmente il recupero giudiziario del credito conferito in *trust;*
c) dovrà attendere che il debitore abbia eseguito la prestazione in favore del *trustee*, per poter rivendicare (nei confronti di quest'ultimo) il trasferimento del credito in suo favore;
d) non sarà legittimato ad esprimere alcun voto nell'ambito di procedure fallimentari sopravvenute all'insorgere del *default* del debitore dell'originario creditore.
Ne è per conseguenza che anche la *declaration of trust*, non diversamente dalla *sub-participation*, non è tecnica di trasferimento del credito idonea a consentire all'acquirente del credito le iniziative che può promuovere colui al quale il credito sia stato trasferito per effetto dell'*assignment*. Soltanto quest'ultimo, invero, poiché determina la successione

Note:

(59) Si veda in proposito in particolare S. Dewulf-Verstraeten, op. cit., 303, che afferma «in case of the insolvency of the seller, there is a risk that a court would characterise the transfer as a financing transaction, in which case the participant becomes a mere general unsecured creditor of his seller» ma anche G. A. Penn-A. M. Shea-A. Arora, *op. cit.,*148 ss. I quail evidenziano che «if the original lender goes into liquidation the participant will find that monies subsequently recovered from the borrower will not be applied in satisfying the original lender's liabilities under the participation, but rather towards the liabilities of the original lender owed to its general body of creditors».

(60) (1999) 3W.L.R. 276.

(61) Si veda M. Smith, *op. cit.*, 348.

(62) La differente struttura della *declaration of trust* rispetto all'*assignment* è ben evidenziata da M. Smith, *op. cit.*, 351 e da G. Penn-S. Smith-S. Hawkins, *Don King - Panacea or Poison?*, in *J.I.B.L.*, 1999, 316 ss.

dell'*assignor* all'*assignee* nel medesimo rapporto obbligatorio con effetti traslativi immediati (oltre che tra di essi) anche nei confronti del debitore ceduto, è in grado di abilitare il cessionario:
1) ad azionare la pretesa trasferitagli direttamente nei confronti del debitore ceduto, se del caso evocandolo in giudizio;
2) a negoziare con l'*obligor* soluzioni diverse dal pagamento del credito e così per esempio a concordare la conversione del debito in *equity*;
3) ad esercitare la sua influenza in relazione all'approvazione di accordi di ristrutturazione del debito attraverso l'esercizio del diritto di voto.

7. *Future debts* e *assignment*: la problematica questione del conflitto tra titoli incompatibili

Anche l'approccio comparativo tra le regole del nostro ordinamento e quelle del sistema inglese in punto di disciplina della cessione del credito futuro induce a concludere che il contesto delle regole in Italia presenta qualche criticità in meno anche per chi sia divenuto cessionario di un credito non ancora attuale. Con indubbi benefici per la circolazione del credito in generale.
Benché entrambi i sistemi facciano coincidere l'epoca del trasferimento del credito dalla sfera giuridico patrimoniale del cedente a quella del cessionario con il momento dell'insorgenza del credito futuro (63), la soluzione relativa alla composizione del conflitto tra titoli incompatibili, quello del cessionario e quello di cui è dotato il creditore del cedente, non è sempre sovrapponibile.
Per il diritto inglese l'*assignee* potrà efficacemente opporre al creditore del cedente il suo titolo, soltanto se il trasferimento del credito oggetto di cessione sia intervenuto prima che il creditore dell'*assignor* abbia messo ad esecuzione nei suoi confronti (e per effetto del c.d. *charging order*) la sentenza di condanna al pagamento (64).
Nel caso di cessione del credito futuro, infatti, la c.d. *date of creation* dell'interesse (in favore dell'*assignee*) non coincide con l'epoca (successiva rispetto alla prima) del suo trasferimento, posto che, sino a quando non si produce l'effetto traslativo, ci si trova al cospetto di una *promise* (di cedere un credito futuro), da cui non è stato ancora originato alcun effetto reale. L'*assignee*, pertanto, dovrà mettere in conto l'aspettativa di vedersi precluso il trasferimento del credito, se nell'intervallo di tempo intercorrente tra la *promise* e la maturazione del credito futuro il creditore del cedente abbia ottenuto in danno di quest'ultimo il *charging order*.
Ecco perché il raffronto tra l'epoca dell'insorgenza del credito (che ne origina il trasferimento all'*assignee* in caso di *future chose in action*) e quella in cui la sentenza di condanna ottenuta dal creditore del cedente è portata ad esecuzione, è decisivo per decidere a chi attribuire prevalenza tra l'*assignee* e il *judgment creditor*.
Nel nostro ordinamento, invece, l'epoca dell'insorgenza del credito futuro appare determinante per risolvere il problema dell'opponibilità della cessione al creditore pignorante del cedente soltanto quando ci si trovi al cospetto di una cessione di credito futuro eventuale in astratto (o aleatorio). In questo caso, infatti, nonostante il negozio di cessione sia di data certa anteriore al momento in cui è venuto ad esistenza il credito ceduto, la cessione del credito futuro è ancora priva di efficacia nei confronti dei terzi (e, dunque, non è ancora opponibile al creditore pignorante del cedente) e lo è sino a quando il credito non sia divenuto attuale.
Questa regola non trova applicazione nella diversa ipotesi di cessione di un credito futuro probabile,

Note:

(63) Cfr. per il nostro ordinamento Cass. 22 aprile 2003, n. 6422, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, 755, che è così massimata: «Nel caso di cessione di credito futuro, quest'ultimo si trasferisce in capo al cessionario soltanto nel momento in cui il credito stesso viene in essere, sicché, fino a tale momento, il contratto di cessione ha esclusivamente effetti obbligatori tra le parti» conformi Cass. 31 agosto 2005, n. 17590, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Fallimento*, n. 391; Cass. 17 marzo 1995, n. 3099, *id.*, 1995, voce *Cessione dei crediti* n. 9; Cass. 2 agosto 1977, n. 3421, *id.*, 1977, voce *ult. cit.*, nn. 2-3; Cass. 10 gennaio 1966, n. 184, cit.
Per l'Inghilterra cfr. il *leading case* Tailby v. Official Receiver (1888) L.R. 13 App. Cas. 523 in cui la House of Lords ha affermato che «… *an assignment for value has always been regarded in equity as a contract binding on the conscience of the assignor and so binding the subject matter of the contract when it comes into existence*». Si badi che per la English law il trasferimento del credito futuro non avviene a mezzo di un contratto ma di una *promise for valuable consideration to assign.* Infatti, come ben evidenziato nelle decisioni relative rispettivamente al caso Tailby v. Official Receiver cit. e al caso Holroyd v Marshall (1862) 10 HLC 191, 11 ER 999, «equity treats a purported assignment made for valuable consideration as a contract to assign in the future *if and when the chose comes into existence*» (corsivo aggiunto). Questo principio viene comunemente ricondotto alla teoria nota come the equitable doctrine of Walsh v. Lonsdale (1882) 21 ChD 9 (CA)), in base alla quale viene salvata l'efficacia di una transazione che diversamente sarebbe da considerarsi nulla. Ne riferisce diffusamente M. Smith, *op. cit.*, 163 ss.

(64) In relazione al profilo delle c.d. *priorities* tra l'*assignment* e l'interesse di un terzo, in particolare il c.d. *judgment creditor*, cfr. il caso Scott v lord Hastings (1858) 4 K&J, 633 ss. - 8, 70 ER 263 ss. Va certamente esclusa in questo caso l'operatività della diversa regola affermata nel caso Dearle v Hall (1828) 3 Russ 1, 38 ER 475) che è finalizzata a risolvere il conflitto tra i titoli incompatibili di più *assignees* che siano divenuti cessionari in epoche diverse dello stesso credito. In tal caso prevarrà il titolo del cessionario che per primo abbia provveduto alla *notice* al debitore, benché l'acquisto sia stato successivo rispetto a quello dell'*assignee*, al quale il credito sia stato ceduto per primo.

quello cioè che scaturisce da un rapporto base già in atto e che ne consente la identificazione. In tale caso il momento decisivo per valutare la prevalenza del cessionario del credito futuro sul creditore antagonista del cedente (il pignorante) è quello del perfezionamento del negozio di cessione assistito da data certa (65).

Ne è per conseguenza che l'efficacia della cessione del credito futuro risulta anticipata (al momento del perfezionamento del negozio di cessione) rispetto all'epoca in cui si verifica l'effetto traslativo (che coincide con il tempo dell'insorgenza del credito) con indubbio vantaggio per il cessionario del credito. Quest'ultimo non resterà esposto al rischio di vedersi precluso il trasferimento del credito, se *medio tempore* tra la data del negozio di cessione e l'epoca della maturazione del credito sia sopraggiunto il pignoramento del credito ceduto, effettuato dal creditore del cedente. Il cessionario potrà, infatti, far valere efficacemente la cessione del credito nei confronti del creditore del cedente che, pur avendo avviato l'esecuzione forzata in suo danno in data antecedente a quella in cui è venuto ad esistenza il credito, ne ha assunto l'iniziativa soltanto successivamente al tempo in cui è stato perfezionato il negozio di cessione, risultante da data certa (66). Il suddetto privilegio, che il formante giurisprudenziale ha inteso di recente riconoscere al cessionario del credito, incontra un solo limite: che il credito (ceduto) venga a maturazione entro un triennio dalla data in cui è stato concluso il negozio di cessione (67).

Le insidie che al cessionario possono derivare dai presumibili rischi connessi all'iniziativa dei creditori del cedente appaiono pertanto più contenute nel nostro ordinamento in ragione dell'applicazione di una regola più propensa ad agevolare il cessionario rispetto ai creditori del cedente.

L'epoca in cui il credito è venuto ad esistenza riprende, invece, vigore, nonostante qualche pronuncia giurisprudenziale sembri andare in controtendenza, tutte le volte in cui sia necessario valutare l'opponibilità della cessione del credito nei confronti della curatela fallimentare del cedente (68). Se la dichiarazione di fallimento del cedente ha preceduto l'epoca in cui il credito ceduto è sorto ed è divenuto esigibile, il cessionario non potrà far valere efficacemente il credito futuro (oggetto di cessione) nei confronti della curatela fallimentare. In questo specifico caso, infatti, nessuna rilevanza assume la circostanza che il negozio di cessione sia stato perfezionato in data (certa) anteriore alla sentenza, con la quale si è aperta la procedura concorsuale.

Una regola sostanzialmente identica opera anche nel sistema inglese.

Qualora il credito futuro sia diventato attuale ed esigibile in epoca successiva a quella della dichiarazione di fallimento (il c.d. *winding-up order*) dell'*assignor*, la cessione del credito futuro non potrà perfezionarsi (perché alla *promise* non seguirà l'effetto traslativo del credito che ne ha costituito l'oggetto) e non sarà utilmente opponibile al *trustee in bankruptcy* (o al *liquidator*) (69).

8. *Future rights* e *securitisations*

La tendenza del nostro ordinamento a rafforzare la protezione del cessionario di un credito futuro rispetto ai creditori del cedente (i quali possano vantare un titolo incompatibile con il primo) emerge anche nell'ambito della cessione dei crediti, deputata alla realizzazione di operazioni di cartolarizzazione di crediti pecuniari, in cui risulta svalutato il principio dell'efficacia traslativa.

Note:

(65) Per la distinzione tra credito futuro eventuale e credito futuro probabile cfr. Cass. 26 ottobre 2002, n. 15141, in *Foro it.*, 2003, I, 498; Cass. 21 dicembre 2005, n. 28300, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Cessione dei crediti*, n. 2.

(66) Si veda Cass. 26 ottobre 2002, n. 15141, cit. che ha inaugurato il seguente principio «Ai fini dell'efficacia della cessione di crediti "futuri" in pregiudizio del creditore pignorante, *ex* art. 2914 n. 2 c.c., occorre distinguere tra crediti maturandi con origine da un unico e già esistente rapporto-base, quali i crediti di lavoro, e crediti soltanto eventuali, non necessariamente identificati in tutti gli elementi oggettivi e soggettivi; la cessione dei primi prevale sul pignoramento nell'ambito di un triennio (*ex* art. 2918 c.c.), purché prima del pignoramento stesso sia stata notificata o accettata dal debitore ceduto, mentre perché prevalga la cessione dei secondi è necessaria la notificazione o accettazione dopo che il credito sia venuto ad esistenza, ma prima del pignoramento (nella specie, la suprema corte ha annullato la sentenza di merito che, in relazione alla cessione di "futuri" crediti di lavoro, aveva fatto applicazione dell'art. 2914 n. 2 c.c. riferendosi non al contratto di cessione ma alla successiva maturazione dei singoli ratei)».

(67) Cfr. ancora Cass. 26 ottobre 2002, n. 15141, cit., in motivazione.

(68) Cass. 31 agosto 2005, n. 17590, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Cessione dei crediti*, n. 391 che ha affermato «la cessione, pur se tempestivamente notificata o accettata a norma dell'art. 2914 n. 2 c.c., non è opponibile al fallimento quando abbia per oggetto un credito futuro, se al momento della dichiarazione di fallimento il credito non era ancora sorto e non si era verificato l'effetto traslativo della cessione, che aveva mero effetto obbligatorio»; conf. Cass. 27 gennaio 2006, n. 1759, *id.*, 2007, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 27., cit.; Cass. 22 novembre 1993, n. 11516, in *Fallimento*, 1994, 386; Cass. 14 novembre 1996, n. 9997, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1879; Cass. 29 gennaio 1999, n. 785, in *Foro it.*, 2000, I, 1991. Sembra invece affermare un diverso principio Cass. 21 dicembre 2005, n. 28300 cit.

(69) Si veda la regola affermata in Ex p Nicholls (1883) 22 ChD 782 (CA); Wilmot v. Alton (1897) 1 QB 17 (CA); Re De Marnay (1943) 1 Ch 126 (ChD).

Il legislatore italiano con l'introduzione di una norma *ad hoc* nella legge n. 130 del 1999 (sulla cartolarizzazione dei crediti) ha, infatti, sganciato l'opponibilità del credito futuro (non solo probabile ma anche solo eventuale (70)) dal momento della sua maturazione, per collegarla all'epoca della pubblicazione in Gazzetta ufficiale dell'avvenuta cessione.

In applicazione dell'art. 4, comma secondo, lett. b), della l. n. 130 del 1999, la cessione del credito futuro, che sia stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale precedentemente alla data di notificazione del pignoramento del credito (che ha formato oggetto di cessione) richiesto dai creditori del cedente, avrà prevalenza sul pignoramento medesimo, benché il credito futuro non sia ancora venuto ad esistenza al tempo dell'avvio dell'esecuzione forzata. Questa soluzione appare propensa ad agevolare la sottoscrizione dei titoli emessi dalla società cessionaria (o, per suo conto, dalla emittente) e, dunque, la circolazione del credito in generale, posto che innanzitutto elimina in radice l'evenienza delle ripercussioni negative sul *cash flow* (che dovrà essere utilizzato per ripagare i titoli cartolarizzati) originate dai pignoramenti, che siano stati notificati in danno del cedente dai suoi creditori prima che il credito futuro sia sorto. A ciò aggiungasi che a far data dalla pubblicazione della cessione il *cash flow* potrà considerarsi al riparo da altri inconvenienti e segnatamente: dal pericolo che il credito, il quale ha già formato oggetto di cessione, sia rivenduto ad altri aventi causa dal cedente, per la possibilità riconosciuta al cessionario di opporre loro efficacemente la cessione (71); dal rischio della compensazione con (eventuali) controcrediti dei debitori ceduti, venuti a maturazione in epoca successiva al tempo della pubblicazione; e dal pericolo che il debitore sia liberato dal pagamento fatto al cedente, per l'equiparazione espressamente prevista dalla legge speciale quanto agli effetti tra la pubblicazione in Gazzetta ufficiale e la notifica di cui all'art. 1264 c.c. (72).

Nel Regno Unito, poiché non vi è una legge che disciplina i processi di *securitisation* (73), non è, invece, prevista alcuna deroga alla regola generale che disciplina la prevalenza dell'*assignee* sui creditori del cedente. Il cessionario, quindi, prevarrà soltanto se nell'intervallo intercorrente tra la *promise to assigne* e la maturazione del credito, i creditori del cedente non abbiano messo ad esecuzione nei suoi confronti la sentenza di condanna.

Al di là di ciò, vi è un altro aspetto che sembra penalizzare il cessionario del credito e di conseguenza gli investitori (che abbiano sottoscritto i titoli cartolarizzati) a tutto vantaggio del debitore ceduto: la carenza nel Regno Unito di un rimedio pubblicitario, cha al pari della nostra pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, sia idoneo a produrre gli stessi effetti della *notice*, senza dover dare impulso alle formali procedure di notificazione a centinaia o migliaia di debitori ceduti. L'espletamento delle quali, tra l'altro, non è soltanto dispendioso dal punto di vista economico e capace di rallentare il completamento dell'operazione al limite del disincentivo, ma è talvolta anche non attuabile. Si pensi a quest'ultimo proposito ai c.d. *pure future rights*, cioè ai crediti futuri che non abbiano ancora un debitore specificamente individuato, in cui nessuna notificazione, pur volendo, sarebbe possibile (74).

Tant'è vero che nella prassi di norma accade che le cessioni di crediti futuri vengano attuate facendo ricorso alla tecnica dell'*assignment* non accompagnato dalla *notice* e così nella forma dell'*equitable assignment* (75). Molteplici sono, pertanto, i rischi a cui resterà esposto il cessionario dell'operazione e di riflesso (ed in misura anche maggiore) coloro che hanno investito in titoli (*bonds* e/o *commercial pa-*

Note:

(70) Appare utile richiamare il d.m. 4 aprile 2001 (in G.U. 18 aprile 2001, n. 90) che ha disposto che possono essere cartolarizzati i crediti futuri relativi a contratti non ancora stipulati, in quanto generabili nel normale esercizio dell'attività del cedente. La cartolarizzabilità dei soli crediti futuri relativi a contratti già stipulati sarebbe invero apparsa limitativa per lo sviluppo del mercato della cartolarizzazione (cfr. G. Artale-A. Sciotti, *Problemi di applicazione risolti in via interpretativa e possibili aree di integrazione normativa*, in *La cartolarizzazione*, commento alla l. n. 130/1999, a cura di P. Ferro-Luzzi - C. Pisanti, 101).

(71) Cfr. il disposto di cui alla lett. a, comma 2, art. 4 della l. n. 130/1999.

(72) Cfr. l'art. 4, comma 1 della l. 30 aprile 1991, n. 130 sulla cartolarizzazione.

(73) Si vedano Weil, Gotshal & Manges, *Securitisation* 2011, in *The international comparative legal guide*, disponibile all'indirizzo www.iclg.co.uk.

(74) Si pensi ai crediti nascenti dall'acquisto di biglietti aerei emessi da una determinata compagnia aerea o ai crediti nascenti dalla vendita di biglietti aerei in un dato ambito territoriale o ancora ai crediti derivanti dall'uso di carte di credito di un certo tipo. Si veda la lucida disamina di T. Burns, *The transfer of future rights in securitisations: a comparative study of the law in England and Scotland*, *J.I.B.L.R*, 2009, 35 ss.

(75) Ne dà atto espressamente T. Burns, *op. cit.*, 39, il quale tra l'altro aggiunge: «*the investors and the rating agencies are prepared to take the risk that "the originators will act fraudulently or with gross negligence"*». In proposito si veda altresì P. R. Wood, *Project finance, securitisations and subordinated debt*, London, 2007, 135. Si parla di equitable assignment allorché l'assignment non integri tutti i requisiti previsti della Law of Property Act del 1925 a cui resta assoggettato il solo legal assignment (cioè l'assignment che ha ad oggetto l'intero ammontare del credito; avviene in forma scritta; sia stato notificato al debitore per iscritto)

per) per le ripercussioni negative che il *cash flow* potrebbe subire.
L'assenza di *notice* costringerà il cessionario dell'operazione, lo *special purpose vehicle* (SPV) e gli investitori a mettere in conto in particolare:
a) il pericolo che l'*originator* (*rectius* il cedente) rivenda a terzi i crediti, già resi oggetto di cessione, senza possibilità per lo *special purpose vehicle* di far valere alcuna *priority* nei loro confronti (76);
b) l'inconveniente di poter subire da ciascuno dei debitori ceduti l'eccezione di compensazione con pretesi contro crediti, senza poter invocare l'inoperatività della regola del *set-off* (77) in relazione ai crediti venuti a maturazione successivamente alla notificazione;
c) il rischio di accadimento di fatti sopravvenuti all'*assignment* capaci di incidere sull'esigibilità del credito (es. modifiche consensuali del contenuto del *contract* intervenute dopo la cessione del credito tra il cedente ed il debitore ceduto) (78).
Le aspettative indotte da ciascuno degli inconvenienti appena segnalati non sembrano poter offrire slancio alla circolazione del credito e appaiono capaci di condizionare l'agire degli investitori istituzionali del *distressed* in maggior misura qualora vi sia consapevolezza che altrove è vigente una disciplina più idonea ad incentivarla (79).

Note:

(76) In base alla regola espressa nel noto caso Dearle v. Hall, cit. nell'ipotesi in cui il medesimo credito sia stato oggetto di cessioni diacroniche prevarrà il cessionario che per primo abbia provveduto alla *notice* al debitore, benché l'acquisto sia stato successivo rispetto a quello dell'*assignee*, al quale il credito sia stato ceduto per primo. In Italia il problema è risolto come già anticipato dall'art. 4, comma 2, lett. a, l. 130/1999.

(77) Il set-off identifica nel sistema inglese la nostra compensazione del credito e funziona allo stesso modo. Sicché soltanto se la cessione sia stata notificata al debitore gli preclude possibilità di opporre al cessionario la compensazione dei crediti sorti nei confronti del cedente posteriormente alla notificazione (cfr. per il nostro sistema l'art. 1248, comma 2, c.c.).

(78) L'aspetto è ben evidenziato da M. Smith, *op. cit.*, 28 ss. L'A. peraltro segnala che proprio questo è uno degli inconvenienti principali della cessione del credito futuro, che, invece, non ricorre nell'ipotesi in cui sia ceduto un diritto di credito *enforceable* in futuro. In quest'ultimo caso, invero, poiché ci si trova al cospetto della cessione di un diritto di credito già esistente (benché il credito che da tale diritto scaturirà potrà essere esatto solo in futuro) «*the assignor loses the right to vary the contract by mutual consent with his contractual counterparty*» (cfr. la regola affermata in Walzer v. the Bradford Old Bank Ltd, 1884, 12 QBD 511). L'A. in ogni caso dà atto che in Inghilterra è spesso problematica la distinzione tra il diritto di credito *enforceable* in futuro, quello cioè che normalmente è connesso ad una relazione contrattuale già in essere (che soggiace alla disciplina della cessione del credito attuale) e il diritto di credito futuro, quello cioè non correlato ad una relazione contrattuale già esistente (che soggiace a diversa disciplina). Emblematici di questa difficoltà appaiono al riguardo due casi: Shepherd v. Federal Commisioner of Textion (1965, 113 CLR 385 HC Australia) e Williams v. Commissioner of Inland Revenue (1965, NZLR 395, New Zeland), l'uno e l'altro relativi ad un'ipotesi di cessione di diritti di credito derivanti da royalties a maturarsi riconosciute al cedente a fronte della concessione dello sfruttamento di una sua idea inventiva. Nel caso Shepherd v. Federal Commisioner of Textion la Corte ha ritenuto assoggettabile alla disciplina del diritto di credito attuale la cessione del credito avente ad oggetto «*all his right title and interest in and to amount equal to ninety percent of the income which might accrue during a period of three years under the licence agreement*»; nel caso Williams v. Commissioner of Inland Revenue, invece, la Corte ha ritenuto che non sia configurabile come diritto di credito già esistente la cessione di «*the first five hundred pounds of the net incombe which shall acrue*». In quest'ultima fattispecie la Corte ha ritenuto, infatti, (indipendentemente dalla relazione contrattuale già in essere tra l'assignor - il titolare del brevetto che aveva diritto a percepire le royalties - ed il debitore - colui al quale era stato concesso lo sfruttamento dell'idea inventiva dal primo -) che oggetto di assignment fosse stata "*a part of moneys*" che sarebbero maturate (i c.d. "*fruits of the right*") e non già "*a part of his right*".

(79) Si consideri peraltro che le regole di diritto italiano sembrano più favorevoli sia in relazione al materializzarsi del rischio di fallimento dei debitori ceduti, per l'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti, prevista espressamente dalla nostra legge speciale; sia in relazione al rischio di fallimento del cedente. In quest'ultimo caso, invero, il legislatore speciale, al fine di attenuare il rischio di revocatoria del negozio di cessione del credito, con l'introduzione del comma 4, dell'art. 4, ha ridotto sensibilmente i termini previsti dall'art. 67 l. fall. In particolare a tre mesi il termine per la revocatoria della cessione avvenuta a valore di mercato; a sei mesi quello per la revocatoria della cessione che non sia avvenuta a valore di mercato. Il diritto inglese prevede, invece, un termine di due anni in caso di "*transactions at an undervalue*" (a ritroso ovviamente rispetto alla data dell'apertura del fallimento) e un termine di sei mesi in caso di "*voidable preferences*" (si veda in ogni caso sulla revocatoria in Inghilterra J. Wadsley e G. Penn, *The law relating to domestic banking*, cit., 724 ss.

IPSOA Scuola di formazione
Gruppo Wolters Kluwer

SICUREZZA SUL LAVORO

SEI IN REGOLA CON LA FORMAZIONE OBBLIGATORIA IN MATERIA DI SICUREZZA?

Art. 37 D.Lgs. 81/08 e Accordo Stato-Regioni

Il nuovo Accordo Stato-Regioni rende obbligatoria, entro il 26 gennaio 2013, la formazione per lavoratori, preposti, dirigenti e datori di lavoro con ruolo RSPP. La **Scuola di formazione Ipsoa** eroga differenti corsi in materia di sicurezza, **in aula, e-learning e ad hoc,** che rispettano tutti i requisiti previsti dalla normativa.

CORSI A CATALOGO A NOVEMBRE

FORMAZIONE GENERALE E SPECIFICA LAVORATORI E PREPOSTI

Milano | Firenze | Roma | Torino | Napoli | Bologna

Per informazioni sui corsi, su progetti ad hoc e per verificare la possibilità di finanziare i progetti attraverso i Fondi interprofessionali

CONTATTACI

Tel. 02/82476.1 - Mail: formazione.ipsoa@wki.it

WOLTERS KLUWER ITALIA S.R.L.
SCUOLA DI FORMAZIONE
CERTIFICATA UNI EN ISO 9001:2000
Member of CEQ Federation
RINA ISO 9001:2000 Certified Quality System

AiFOS Associazione Italiana Formatori della Sicurezza sul Lavoro

ASFOR SOCIO ORDINARIO

Y47DS_LA

www.ipsoa.it/formazione

INDICE DEGLI AUTORI

Barbaro Sergio
Quando il postino non suona neppure una volta **992**

Batà Antonella
Osservatorio di legittimità **1013**

Benedetti Aldo P.
La responsabilità da custodia della Pubblica Amministrazione. Variazioni sul tema tra caso fortuito e potere del custode sulla cosa **971**

Bonaccorsi Francesca
Clausola di salvaguardia e responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato **986**

Carbone Paolo L.
Osservatorio di merito **1018**

Frata Laura
Il danno da prodotto difettoso nelle prestazioni sanitarie: la Corte di Giustizia e l'armonizzazione "totale" ... **960**

Galati Alessandro
Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c. **933**

Gioia Gina
Osservatorio sulla giustizia amministrativa **1016**

Laghezza Paolo
Incendio di proprietà limitrofe e responsabilità del custode **979**

Nocco Luca
Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione **949**

Ponzanelli Giulio
Ancora sulla presunta incostituzionalità dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni **1011**

Spirito Angelo
Osservatorio di legittimità **1013**

Violante Umberto
La circolazione del credito tra *favor* per il cessionario e tutela del debitore ceduto **1023**

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte di giustizia
21 dicembre 2011, C-495/10, Grande Sezione **957**

Corte di cassazione

Civile
7 febbraio 2011, n. 2962, sez. III **978**
6 dicembre 2011, n. 26205, sez. III **991**
30 gennaio 2012, n. 1310, ord., sez. VI **965**
14 febbraio 2012, n. 2107, sez. III **981**
22 febbraio 2012, n. 2560, sez. III **983**
22 febbraio 2012, n. 2562, sez. III **967**
28 febbraio 2012, n. 3022, ord., sez. VI **977**
16 marzo 2012, n. 4231, sez. III **968**
16 marzo 2012, n. 4251, sez. III **969**
5 luglio 2012, n. 11295, ord., sez. VI **1013**
12 luglio 2012, n. 11812, ord., sez. VI **1013**
19 luglio 2012, n. 12463, sez. III **1014**

Tribunale
21 marzo 2012, ord., Tivoli, sez. civ. **997**
3 aprile 2012, ord., Brindisi, sez. Ostuni **1002**
19 giugno 2012, Grosseto, sez. civ. **1020**
9 luglio 2012, Roma, sez. I **1018**
25 luglio 2012, Enna **1018**

Tribunale amministrativo regionale
26 luglio 2012, n. 1110, Liguria, sez. II **1017**
21 agosto 2012, Sardegna, sez. I **1016**

INDICE ANALITICO

Assicurazioni
Ancora sulla presunta incostituzionalità dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni (*Tribunale di Tivoli, sez. civ., 21 marzo 2012, ord.; Tribunale di Brindisi, sez. Ostuni, 3 aprile 2012, ord.*), con commento di *Giulio Ponzanelli* **997**
Contrassegno contraffatto (*Cassazione civile, sez. VI, 5 luglio 2012, n. 11295, ord.*), in *Osservatorio di legittimità* **1013**

Cose in custodia
Incendio di proprietà limitrofe e responsabilità del custode (*Cassazione civile, sez. VI, 28 febbraio 2012, n. 3022, ord.; Cassazione civile, sez. III, 7 febbraio 2011, n. 2962*), con commento di *Paolo Laghezza* **977**
Quando il postino non suona neppure una volta (*Cassazione civile, sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26205*), con commento di *Sergio Barbaro* **991**

Diffamazione
Esercizio del diritto di critica (*Tribunale di Roma, sez. I, 9 luglio 2012*), in *Osservatorio di merito* **1018**

Nesso di causalità
Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione, di *Luca Nocco* **949**

Obbligazioni e contratti

La circolazione del credito tra *favor* per il cessionario e tutela del debitore ceduto, di *Umberto Violante* **1023**

Responsabilità civile

Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c., di *Alessandro Galati* **933**

Stato di necessità (*Tribunale di Enna, 25 luglio 2012*), in *Osservatorio di merito* **1018**

Responsabilità della P.A.

La responsabilità da custodia della Pubblica Amministrazione. Variazioni sul tema tra caso fortuito e potere del custode sulla cosa (*Cassazione civile, sez. VI, 30 gennaio 2012, n. 1310, ord.; Cassazione civile, sez. III, 22 febbraio 2012, n. 2562; Cassazione civile, sez. III, 16 marzo 2012, n. 4231; Cassazione civile, sez. III, 16 marzo 2012, n. 4251*), con commento di *Aldo P. Benedetti* **965**

Responsabilità dello Stato

Clausola di salvaguardia e responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato (*Cassazione civile, sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2107; Cassazione civile, sez. III, 22 febbraio 2012, n. 2560*), con commento di *Francesca Bonaccorsi* **981**

Responsabilità del produttore

Il danno da prodotto difettoso nelle prestazioni sanitarie: la Corte di Giustizia e l'armonizzazione "totale" (*Corte di Giustizia, Grande Sezione, 21 dicembre 2011, C-495/10*), con commento di *Laura Frata* **957**

Risarcimento del danno

Perdita del contributo al bilancio familiare e danno patrimoniale (*Cassazione civile, sez. VI, 12 luglio 2012, n. 11812, ord.*), in *Osservatorio di legittimità* . **1013**

Riduzione della capacità lavorativa specifica (*Cassazione civile, sez. III, 19 luglio 2012, n. 12463*), in *Osservatorio di legittimità* **1014**

Revoca di una gara di appalto di forniture e onere di impugnazione della nota della P.A. (*T.a.r. Sardegna, sez. I, 21 agosto 2012*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* **1016**

Concause nei disturbi da causa di servizio (*T.a.r. Liguria, sez. II, 26 luglio 2012, n. 1110*), in *Osservatorio sulla giustizia amministrativa* **1017**

Tutela del consumatore

Vendita di pacchetti turistici e reponsabilità dell'organizzatore di viaggi (*Tribunale di Grosseto, sez. civ., 19 giugno 2012*), in *Osservatorio di merito* **1020**

MASTER IPSOA

Tagliati su misura
per la tua professione!

IPSOA Scuola di formazione
Gruppo Wolters Kluwer

Master full-time

TRIBUTARIO
Milano: 15 ottobre 2012 – 28 giugno 2013

RISORSE UMANE
Milano: marzo – giugno 2013

Per prenotare il tuo colloquio:
Tel. 02/82476.258.868
E-mail: formazione.ipsoa@wki.it

STAGE GARANTITO AL 100% DEI PARTECIPANTI

Master di specializzazione

FISCO

- **IVA**
  Marina di Massa
- **La difesa del contribuente**
  Firenze
- **Scuola del difensore tributario**
  Milano
- **Diritto tributario d'impresa**
  Milano e Roma
- **Diritto tributario internazionale e comunitario**
  Milano
- **Transfer pricing**
  Reggio Emilia

DIRITTO

- **Diritto societario**
  Reggio Emilia
- **Fallimento e procedure concorsuali**
  Milano, Roma, Bologna, Vicenza e Lucca

LAVORO

- **Nuovo diritto del lavoro**
  Milano e Roma
- **Gestione dei conflitti aziendali e delle relazioni industriali**
  Milano

GESTIONE D'IMPRESA

- **Contabilità e bilancio**
  Milano e Roma
- **Credit Management**
  Milano e Roma
- **Economics di base per la gestione d'impresa**
  Bologna
- **Controllo di gestione**
  Milano e Roma
- **Principi contabili internazionali**
  Milano

AMBIENTE ED ENERGIA

- **Diritto ambientale**
  Napoli
- **Esperto ambientale**
  Bologna
- **Consulente e Responsabile ambientale**
  Milano
- **Gestione rifiuti**
  Roma
- **Energia sostenibile e fonti rinnovabili**
  Milano
- **Diritto ed economia dell'energia**
  Milano

Y64DS_FORM

www.ipsoa.it/master

Informazioni e iscrizioni:
Scuola di formazione Ipsoa
Tel. 02/82476.1
E-mail: formazione.ipsoa@wki.it

ASFOR SOCIO ORDINARIO

RINA

È nata una nuova specie di avvocati. Liberi.

Paolo e Claudia sono due avvocati di successo e da quando hanno scelto Kleos la loro professione è cambiata: possono esercitare ovunque e in qualsiasi momento.

Wolters Kluwer | Kleos

Kleos è il primo software italiano **on Cloud** per avvocati, che ti permette di lavorare ovunque in piena **libertà**.

- Consulti le scadenze e la tua agenda anche in mobilità, in qualsiasi momento, da smartphone o tablet;
- Gestisci posta elettronica e PEC dentro lo stesso ambiente;
- Sei sempre aggiornato sullo stato delle tue pratiche, sincronizzate con il Polisweb PCT, anche quando sei fuori studio;
- Lavori senza preoccuparti di hardware, server, back-up dei dati, aggiornamenti software e legislativi;
- Non sostieni investimenti per la sicurezza e la protezione dei dati;
- Consulti le banche dati Wolters Kluwer Italia, direttamente dal software.

L'applicazione mobile oggi è GRATUITA.

Kleos. Cambia la tua Professione.

Visita il sito **www.avvocatiliberi.it**

Distribuito da: CEDAM | UTET GIURIDICA | LEGGI D'ITALIA Gruppo Wolters Kluwer | IPSOA Gruppo Wolters Kluwer | OA SISTEMI Gruppo Wolters Kluwer

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

Y47DV-LE