

Diritto Civile

a cura di PIETRO RESCIGNO

CON RAFFAELE CATERINA, VINCENZO CUFFARO, PIETRO LAMBERTUCCI,
PIER GIUSEPPE MONATERI e GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI

VENDITA DI BENI DI CONSUMO

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, I SEZIONE, 16 giugno 2011 (in cause riunite C-65/09 e C-87/09), pag. 534.

La vendita di beni di consumo torna alla Corte di giustizia: eccessiva onerosità del rimedio, differenze linguistiche e influsso della Dir. 99/44/CE sul diritto tedesco e italiano, di GEO MAGRI.

VACCINAZIONI OBBLIGATORIE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 27 aprile 2011, n. 9406, pag. 539.

Il problema dei danni da vaccinazione obbligatoria, di MARCO RIZZUTI.

INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 1° aprile 2011, n. 7557, pag. 543.

RINUNCIA AL LEGATO

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 29 marzo 2011, n. 7098, pag. 546.

La forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente a oggetto beni immobili
di MARCO FILIPPO GIORGIANNI.

DANNO DA MORTE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 24 marzo 2011, n. 6754, pag. 551.

DANNO AMBIENTALE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 22 marzo 2011, n. 6551, pag. 554.

Prolegomeni alla nuova disciplina del danno ambientale, di ANDREA LUBERTI.

IMMOBILE DA COSTRUIRE

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 10 marzo 2011, n. 5749, pag. 564.

La Corte di cassazione si pronuncia sul contratto preliminare di vendita di immobile "sulla carta": è valido, ma non rientra nell'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 122/2005, di ANDREA ARCHINÀ.

DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 10 marzo 2011, n. 5740, pag. 568.

Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero *la fattispecie e i suoi confini*, di MIMMO ALBANESE.

SALE AND LEASE BACK

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 9 marzo 2011, n. 5583, pag. 575.

Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia, di GIORGIO RISPOLI.

FALSUS PROCURATOR

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 8 marzo 2011, n. 5425, pag. 580.

SUCCESSIONE TESTAMENTARIA

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 3 marzo 2011, n. 5131, pag. 583.

REVOCA DI DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 1° marzo 2011, n. 5037, pag. 586.

SCRITTURA PRIVATA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 28 febbraio 2011, n. 4918, pag. 588.

RESPONSABILITÀ DELL'ISTITUTO SCOLASTICO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 15 febbraio 2011, n. 3680, pag. 590.

Il cane morde l'alunna all'uscita della scuola: *quid iuris?*, di ELEONORA PETRONE.

PETITIO HEREDITATIS

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 9 febbraio 2011, n. 3181, pag. 594.

TUTELA RISARCITORIA DELLO STRANIERO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 11 gennaio 2011, n. 450, pag. 596.

La condizione di reciprocità nel danno alla persona, di DOMENICO COLUCCI.

LESIONE DI INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 23 febbraio 2010, n. 4326, pag. 602.

La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi illegittimi prima e dopo il codice del processo amministrativo, di ARMANDO FIORILLO.

LODO MONDADORI

APPELLO MILANO, 9 luglio 2011, pag. 607.

L'azione di responsabilità nel caso CIR-Fininvest: quali *chances* per la perdita di *chances*?
di BRUNO TASSONE.

VENDITA DI BENI DI CONSUMO

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, I SEZIONE, 16 giugno 2011 (in cause riunite C-65/09 e C-87/09) — TIZZANO *Presidente* — MAZÁK *Relatore* — Gebr. Weber GmbH / Jürgen Wittmer (causa C-65/09), Ingrid Putz / Medianess Electronics GmbH (causa C-87/09).

Beni di consumo — Vendita di beni di consumo — Dir. 1999/44/CE — Diritto alla sostituzione dei prodotti non conformi — Portata — Responsabilità del venditore per i costi di rimozione di beni viziati e l'installazione del prodotto sostitutivo conforme — Eccessiva onerosità del rimedio — Sproporzione assoluta e relativa (Dir. 99/44/CE, art. 3; C. cons. artt. 128 e segg.).

L'art. 3, nn. 2 e 3, Dir. 99/44/CE deve essere interpretato nel senso che, quando un bene di consumo non conforme, che prima della comparsa del difetto sia stato installato in buona fede dal consumatore tenendo conto della sua natura e dell'uso previsto, sia reso conforme mediante sostituzione, il venditore è tenuto a procedere egli stesso alla rimozione di tale bene dal luogo in cui è stato installato e ad installarvi il bene sostitutivo, ovvero a sostenere le spese necessarie. Tale obbligo sussiste anche nel caso in cui il venditore non fosse originariamente

tenuto ad installare il bene di consumo. L'art. 3, n. 3, della direttiva osta ad una normativa nazionale che attribuisca al venditore il diritto di rifiutare la sostituzione di un bene non conforme, unico rimedio possibile, in quanto essa gli imporrebbe costi sproporzionati, rispetto al valore del bene, per la sua rimozione e reinstallazione. In tal caso, tuttavia, il diritto del consumatore al rimborso delle spese di rimozione del bene difettoso e di installazione del bene sostitutivo, può esser limitato al versamento di un importo proporzionato (1).



Per il testo della sentenza v. www.curia.europa.eu



(1) La vendita di beni di consumo torna alla Corte di giustizia: eccessiva onerosità del rimedio, differenze linguistiche e influsso della Dir. 99/44/CE sul diritto tedesco e italiano

SOMMARIO: 1. Le fattispecie sottoposte alla Corte. — 2. I rimedi riconosciuti al consumatore dalla Dir. 99/44/CE. — 3. L'obbligo di rimozione del bene non conforme e di installazione di un bene conforme senza spese per il consumatore. — 4. La sproporzione tra il costo del rimedio e il prezzo del bene. — 5. Conclusioni: gli effetti della sentenza sulla vendita di beni di consumo in Germania e Italia.

1. *Le fattispecie sottoposte alla Corte.*

A distanza di tre anni dalla sentenza *Quelle*¹, la Corte di giustizia UE, nelle cause riunite C-65/09 (Gebr. We-

¹ Corte giust. CE, 17 aprile 2008, causa C-404/06, *Quelle* AG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, in *Racc.*, I-2685, oltre a *Foro It.*, 2009, 1, 38 e *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 1, 192, con commento di MANGIARACINA. La

sentenza *Quelle*, che per certi versi può essere considerata un precedente di quella in commento, stabiliva l'illegittimità di una disposizione nazionale, che disponeva un compenso, a carico del consumatore, per il godimento del bene.

ber GmbH/Jürgen Wittmer) e C-87/09 (Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH)², torna a pronunciarsi su due ricorsi pregiudiziali sollevati dalla Magistratura tedesca e relativi all'interpretazione di alcune disposizioni della Dir. 99/44/CE concernente la vendita di beni mobili di consumo³.

Questa, brevemente, la fattispecie oggetto del giudizio.

Il sig. Wittmer acquista dalla Gebr. Weber GmbH delle piastrelle lucidate. Dopo aver fatto posare circa i due terzi delle piastrelle presso la propria abitazione, rileva un difetto nelle mattonelle, che presentano ombre visibili a occhio nudo. Essendo impossibile eliminare il difetto, si rende necessaria la rimozione di tutte le piastrelle con un costo approssimativo di circa 6.000,00 euro (il costo delle piastrelle non superava i 2.000,00).

La signora Putz acquista, via *Internet*, dalla Medianess Electronics GmbH una lavastoviglie. Il bene le viene consegnato davanti alla porta d'ingresso della sua abitazione e al momento della consegna paga prezzo e spese di consegna. Una volta installata la lavastoviglie emerge un irreparabile difetto di fabbricazione. Le parti concordano la sostituzione dell'elettrodomestico, ma la consumatrice pretende che il bene sostitutivo venga consegnato e installato a domicilio, con la contestuale rimozione dell'apparecchio difettoso, oppure che il venditore si faccia carico del pagamento delle spese di rimozione e di reinstallazione. Pretese rifiutate dal professionista.

I giudici tedeschi si rivolgevano alla Corte di giustizia per sapere, rispettivamente: il *Bundesgerichtshof* (caso Wittmer) se, ai sensi della Dir. 99/44/CE, un venditore di beni viziati possa legittimamente rifiutare il rimedio richiesto dal consumatore (nella specie la sostituzione del bene), qualora tale rimedio comporti costi sproporzionatamente elevati e, in caso di risposta negativa, se il professionista debba sopportare le spese relative alla rimozione dei beni viziati dalla cosa in cui il consumatore li ha inseriti, anche quando esse siano sproporzionate rispetto al valore del bene. L'*Amtsgericht Schorndorf* (caso Putz) chiedeva, invece, se, ai sensi dell'art. 3 della direttiva, nel caso in cui il ripristino della conformità del bene avvenga tramite sostituzione, il venditore debba sostenere sia i costi relativi alla

rimozione del prodotto difettoso, sia quelli dell'installazione di un nuovo prodotto privo di vizi, anche nel caso in cui l'installazione non fosse originariamente prevista dal contratto. Il rinvio si rendeva necessario al fine di accertare la discussa conformità al diritto comunitario del comma 3, § 439 BGB, che consente al venditore di rifiutare la *Nacherfüllung* quando imponga al venditori costi eccessivamente elevati⁴.

Le cause pendenti avanti alla Corte con i numeri C-65/09 e C-87/09, a causa della loro connessione, venivano riunite in base al combinato disposto degli artt. 43 e 103 del regolamento di procedura della Corte.

2. I rimedi riconosciuti al consumatore dalla Dir. 99/44/CE.

La Dir. 99/44/CE tutela il consumatore in caso di acquisto di beni mobili non conformi rispetto ai beni che poteva ragionevolmente attendersi concludendo il contratto⁵. Per difetto di conformità deve intendersi ogni difetto che renda il bene inidoneo all'uso al quale serve abitualmente un bene dello stesso tipo, oppure che lo renda differente rispetto al bene che il consumatore poteva attendersi in base alle dichiarazioni del venditore⁶. Al fine di stabilire che cosa il consumatore poteva attendersi, il giudizio sulla conformità deve esaminare anche le dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche del bene fatte dal venditore, dal produttore, da un suo agente o rappresentante, e dalla pubblicità commerciale o dall'etichettatura⁷.

La direttiva attribuisce al consumatore il diritto di scegliere tra ripristino gratuito della conformità, mediante riparazione o sostituzione, o la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (cfr. *considerando* n. 10). L'undicesimo *considerando* precisa la gerarchia dell'ordine dei rimedi, affermando che il consumatore può in primo luogo chiedere al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, salvo che tali rimedi risultino «impossibili o sproporzionati».

Il contenuto dei due *considerando* è recepito nell'art. 3 della direttiva ("Diritti del consumatore"), là ove si precisa che «il venditore risponde al consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene». Nel caso in cui un tale difetto

² Sentenza pubblicata in *Gazz. Uff. UE*, C 90 del 18 aprile 2009 e riassunta in *Giur. It.*

³ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 maggio 1999, n. 1999/44/CE, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (*Gazz. Uff. CE* L 171 del 7 luglio 1999, 12).

⁴ ROTT, *La disciplina tedesca della compravendita dopo l'attuazione della direttiva 1999/44/CE*, in *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, in specie 228 e segg. Conferma dell'importanza della decisione nell'ordinamento tedesco si può riscontrare anche nel rilievo che la stampa locale ha dato alla decisione. Si vedano ad esempio i commenti sul periodico *Focus* (www.focus.de), sulla *Die Welt* (www.welt.de), e sulla *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung*, del 17 luglio 2011, 38.

⁵ La nozione di difetto di conformità è desumibile dagli esempi contenuti nell'art. 2.2 della direttiva, secondo il quale: «Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se: a) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; b) sono idonei ad ogni uso speciale voluto dal consumatore e che sia stato da

questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato; c) sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; d) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura».

⁶ La nozione di conformità del bene al contratto è stata mutuata dall'art. 35 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (MAZZAMUTO, *La vendita di beni di consumo*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di Castrovino, Mazzamuto, Milano, 2007, 892). Sulla nozione di conformità, senza pretesa di completezza, v. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, 251; DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000; MAZZAMUTO, *op. cit.*, 892 e segg.

⁷ ALPA, *op. loc. cit.*

si dovesse presentare, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, o a una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto. In base alla direttiva, il consumatore può chiedere direttamente al soggetto dal quale ha acquistato il bene di ripararlo o sostituirlo, senza l'addebito di spese di manodopera, spedizione e di materiali⁸, salvo che ciò sia impossibile o sproporzionato. La funzione dell'art. 3 sarebbe quindi quella di porre a disposizione del consumatore rimedi idonei a conseguire il risultato avuto di mira al momento della conclusione del contratto, assicurandogli, secondo alcuni, un diritto all'esatto adempimento, secondo altri, più semplicemente, ulteriori specifiche garanzie in caso di vizi⁹.

Riparazione o sostituzione devono essere effettuate, a cura del venditore e tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale è stato acquistato, in un lasso di tempo ragionevole e senza notevoli inconvenienti.

Soltanto qualora il consumatore non abbia diritto né alla riparazione né alla sostituzione, o qualora il venditore non abbia esperito il rimedio entro un periodo ragionevole o senza notevoli inconvenienti, il consumatore può ricorrere ai rimedi tradizionali previsti in caso di vizi chiedendo, alternativamente, una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (art. 3.5). In forza dell'art. 2.5 della direttiva, la responsabilità del venditore si allarga anche a difetti successivi alla consegna e conseguenti all'imperfetta installazione del bene, quando l'installazione costituisca oggetto di un'obbligazione accessoria del venditore o quando, trattandosi di prodotto concepito per essere installato dal consumatore, lo sia stato in modo scorretto, a causa di una carenza o di un'imprecisione delle informazioni fornite dal venditore¹⁰.

I rimedi offerti dalla direttiva, come precisa il *considerando* n. 5, hanno lo scopo di garantire un elevato livello di protezione del consumatore¹¹, livello che rappresenta, però, soltanto la soglia minima di tutela¹². Resta impregiudicata l'adozione di rimedi migliorativi da parte dei singoli diritti nazionali¹³.

3. L'obbligo di rimozione del bene non conforme e di installazione di un bene conforme senza spese per il consumatore.

Il primo problema che il rinvio pone alla Corte è quello di stabilire la portata del termine «sostituzione». Con riferimento a tale espressione va evidenziata una differenza linguistica tra le diverse versioni della direttiva che rende difficoltosa l'interpretazione. Nel testo inglese è utilizzato il vocabolo «*replacement*», così come in quello francese il termine «*remplacement*»: essi, lasciano intendere un vero e proprio «rimpiazzo» del bene viziato con quello sostitutivo. Altre traduzioni della direttiva, come quella spagnola («*sustitución*»), italiana («sostituzione») e portoghese («*substituição*»), pur adottando un'espressione più neutra, lasciano intendere che il venditore debba porre in essere tutto ciò che è necessario per sostituire effettivamente il bene. Altre versioni, in particolare quella tedesca che utilizza il vocabolo «*Ersatzlieferung*», sembrano deporre, invece, a favore di un'accezione più ristretta, che si limita alla sola consegna di un bene conforme, ma che esclude ulteriori interventi.

Secondo la Corte, il significato del termine «sostituzione» va individuato attraverso una lettura sistematica della direttiva, all'esito della quale si deve ritenere che il legislatore comunitario abbia inteso imporre l'obbligo di consegnare un bene conforme che, in caso di vizi, deve essere rimpiazzato. Argomenti a sostegno di tale scelta ermeneutica possono esser rinvenuti negli obblighi di ripristino della conformità (art. 3.2) e di tener conto della natura e dello scopo del bene (art. 3.3), che inducono a pensare che, in capo al venditore, gravi l'onere della rimozione del bene difettoso e di reinstallare quello conforme, in modo che il consumatore possa utilizzare effettivamente il bene.

La Corte, sulla scia della sentenza *Quelle*, accoglie un'interpretazione così lata dell'art. 3 e la legittima anche alla luce dei lavori preparatori, in base ai quali è possibile arguire come l'Unione abbia inteso fare della gratuità del ripristino della conformità del bene un elemento essenziale della tutela del consumatore¹⁴. Se le spese di rimozione e installazione fossero poste a

⁸ Cfr. il punto 8 delle conclusioni dell'avv. Generale Mazák, 18 maggio 2010, nelle cause C-65/09 e C-87/09.

⁹ Il tema è assai controverso. In dottrina vi è chi ritiene che le tutele offerte dal codice del consumo al consumatore acquirente siano conseguenza dell'esercizio di un'azione di esatto adempimento; per altri esse sarebbero, piuttosto, espressione del normale effetto dell'obbligo di garanzia in capo al venditore. In senso che al consumatore sia attribuita un'azione di esatto adempimento cfr. il commento *sub art. 130*, in *Codice del Consumo* a cura di Cuffaro, Milano, 2008, 604; SCARPA, *La vendita dei beni di consumo: la conformità al contratto e i diritti del consumatore tra codice del consumo e codice civile*, in *Giur. di Merito*, 2008, 3038. *Contra* MAZZAMUTO, *op. cit.*, 921 e NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in *La vendita di beni di consumo*, cit., 81. Secondo AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita di beni di consumo*, in *La vendita di beni di consumo*, cit., 45 e seg., il dibattito sarebbe frutto del tentativo di ricondurre alla mentalità del *civil lawyer* un rimedio che ad essa è estraneo. Per un rimando bibliografico più ampio v. il commento, *sub art. 129 c. cons.*, in *Commentario breve al codice del consumo* a cura di De Cristofaro, Zaccaria, Padova, 2010, 826.

¹⁰ LUMINOSO, *La Compravendita*, 3^a ed., Torino, 2003, 312.

¹¹ Sul punto v. anche la sentenza della Corte di giustizia 17 aprile 2008, causa C-404/06, *Quelle AG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, cit., punti 30 e 36.

¹² LUMINOSO, *op. cit.*, 296.

¹³ L'Avvocato generale Mazák, nelle sue conclusioni nelle cause C-65/09 (punto 28) e 87/09 (punto 29), precisa che: «D'altro lato, si deve tenere presente che la direttiva costituisce una misura di armonizzazione minima, quindi non di tutti ma solo di alcuni aspetti della vendita di beni di consumo. Perciò, come si dichiara nel sesto *considerando* della direttiva stessa, quest'ultima mira a ravvicinare le legislazioni nazionali relative alla vendita dei beni di consumo per quanto riguarda la non conformità dei beni con il contratto, senza però intervenire sulle disposizioni e sui principi delle legislazioni nazionali relativi alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». Come rilevato da LUMINOSO (*op. cit.*, 305), la norma da un lato rafforza la tutela del consumatore, dall'altro aiuta l'interprete nella soluzione dei problemi di coordinamento tra le norme di attuazione e quelle già vigenti nell'ordinamento.

¹⁴ Argomenti in questo senso ai punti 33 e 34 della sentenza *Quelle*, cit.

carico del consumatore, la sostituzione, per lui, non avverrebbe gratuitamente¹⁵.

L'obbligo di rimozione e reinstallazione, secondo la sentenza, sussiste indipendentemente dal fatto che il venditore fosse tenuto o meno, in base al contratto originario, a installare il bene. Una simile ampia responsabilità del venditore è del resto conforme a quanto previsto dall'art. 45 della Convenzione sulla compravendita internazionale di merci¹⁶, Convenzione che, come noto, è stata fonte di ispirazione nella redazione della Dir. 99/44/CE.

Tale conclusione non è incompatibile con il fatto che le spese di rimozione del bene non conforme e di installazione del bene sostitutivo non figurino tra quelle esplicitamente elencate dall'art. 3.4 della direttiva¹⁷. Richiamando la sentenza *Quelle* e disattendendo l'opinione dell'AG¹⁸, la Corte ricorda che l'impiego dell'espressione «in particolar modo» utilizzata dall'art. 3.4 sottintende un'elencazione a carattere esemplificativo e non esaustivo¹⁹. Inoltre, imporre al consumatore l'onere delle spese di rimozione e di reinstallazione sarebbe in palese contrasto con l'obbligo del venditore di rendere conforme il bene «senza notevoli inconvenienti» enunciato nell'art. 3.3.

La gratuità del rimedio è elemento di particolare importanza nella tutela del consumatore perché, se egli dovesse affrontare delle spese per la rimozione del bene e per l'installazione di quello sostitutivo, subirebbe oneri finanziari che lo disincentiverebbero a richiedere la protezione offerta dalla direttiva e che non è legittimo addossargli, posto che derivano da un inadempimento del venditore.

Imporre al venditore il pagamento dei costi di rimozione e di reinstallazione non conduce a un risultato iniquo atteso che egli, consegnando un bene non con-

forme, non ha correttamente adempiuto i propri obblighi; inoltre pare ragionevole far ricadere sul venditore (professionista) il rischio che il bene presenti difetti di conformità che impongono, per la loro eliminazione, particolari costi aggiuntivi, costi che, evidentemente, rientrano nel rischio d'impresa²⁰. Il rimborso sarà invece escluso in tutti quei casi in cui il consumatore abbia installato il bene non tenendo conto della sua natura, dell'uso previsto o ignorando le istruzioni impartite dal professionista.

4. La sproporzione tra il costo del rimedio e il prezzo del bene.

L'art. 3.3 della direttiva stabilisce che il consumatore ha diritto a esigere dal venditore la riparazione del bene o la sua sostituzione, in entrambi i casi senza spese, salvo che ciò sia impossibile o sproporzionato. Si ha una sproporzione del rimedio quando esso impone al venditore spese irragionevoli in confronto all'altro rimedio, tenendo conto del valore che il bene avrebbe se non vi fosse difetto di conformità, dell'entità del difetto di conformità e dell'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore.

Il BGB, al § 439, n. 3²¹, in attuazione della direttiva, nel distinguere tra sproporzione relativa e assoluta dei costi del rimedio scelto dall'acquirente, stabilisce che il venditore può rifiutare la modalità di adempimento successivo, non solo quando essa gli imponga costi sproporzionati rispetto all'altra («sproporzione relativa»)²², ma anche quando il costo della modalità scelta dell'acquirente, ancorché l'unica possibile, sia intrinsecamente sproporzionata rispetto al valore del bene («sproporzione assoluta»)²³.

¹⁵ Cfr. punto 49 della sentenza in commento.

¹⁶ La Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci è stata adottata l'11 aprile 1980 ed è entrata in vigore il 1° gennaio 1988. L'art. 45 dispone che: «(1) *If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may: a. exercise the rights provided in articles 46 to 52 b. claim damages as provided in articles 74 to 77.* (2) *The buyer is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.* (3) *No period of grace may be granted to the seller by a court or arbitral tribunal when the buyer resorts to a remedy for breach of contract.*». È appena il caso di ricordare che l'art. 46 della CISG prevede i rimedi della sostituzione e della riparazione.

Per una disamina della Convenzione si rimanda a: AA.VV., *Convenzione di Vienna sui contratti internazionali di beni mobili. Commentario*, coordinato da Bianca, Padova, 1992; GIANOLA, *La vendita internazionale*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Torino, 2000, XI e MAGNUS, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, in *Staudinger Kommentar*, De Gruyter, 2005.

¹⁷ In senso contrario, invece, cfr. punti 65 delle Conclusioni dell'avv. Mazák nella causa C-65/09 e 66 nella causa C-87/09.

¹⁸ Secondo l'Avvocato generale, una lettura sistematica dell'art. 3 avallerebbe un'interpretazione della responsabilità del venditore ristretta e comunque non idonea a ricomprendere anche le spese di rimozione dei beni non conformi, posto che tali spese non sarebbero contemplate dall'art. 3.2, che contiene un'elencazione esaustiva dei rimedi fruibili dal consumatore. Secondo l'A.G., il fatto che l'installazione derivi da una condotta esclusiva del consumatore sarebbe idoneo a escludere ogni responsabilità del venditore. Nemmeno il fatto che la direttiva preveda che i rimedi devono essere improntati alla gratuità per il consumatore consentirebbe una diversa interpretazione (cfr.

punti 65 delle Conclusioni nella causa C-65/09 e 66 nella causa C-87/09).

¹⁹ Cfr. sentenza *Quelle*, cit., punto 31.

²⁰ Come giustamente rileva la Corte, cfr. punto 58 della sentenza, il venditore gode comunque di una responsabilità limitata nel tempo (2 anni) e di un'azione di regresso nei confronti del produttore del bene o dei responsabili nella catena commerciale (cfr. art. 4 direttiva).

²¹ Per un commento del quale, cfr. MATUSCHKE-BEEKMAN, sub § 439 in *Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, De Gruyter, 2005; CANARIS, *Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf*, in *JZ*, 2003, 831; BITTER-MEIDT, *Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht*, in *ZIP*, 2001, 2114.

²² Cfr. ROTT, *op. cit.*, 228.

²³ Il § 439 BGB così dispone: «1) *Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt. Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rück-*

Occorre quindi determinare, su rinvio pregiudiziale del *Bundesgerichtshof*, se il paragrafo del codice civile tedesco sia conforme rispetto al testo della direttiva o se essa abbia voluto limitarsi a escludere i casi di sproporzione relativa²⁴. La questione non ha rilievo soltanto per i giudici tedeschi. Anche in Italia, *de iure condendo*, molti interpreti hanno affermato che la sproporzione del costo del rimedio vada letta con riferimento non già alla sola sostituzione o riparazione, ma al quadro complessivo dei rimedi esperibili dal consumatore²⁵.

Secondo la Corte, invece, l'ampia formulazione della norma, pur astrattamente idonea a ricomprendere ipotesi di sproporzione assoluta e sebbene alcune versioni linguistiche consentano una siffatta interpretazione²⁶, intende riferirsi alla sola sproporzione relativa. Il giudizio di proporzionalità, quindi, va condotto con una comparazione tra i due rimedi della riparazione e della sostituzione, precludendo la scelta di quello dei due che risulti sproporzionatamente oneroso, ma non privando di tutela il consumatore nel caso in cui un solo rimedio sia possibile a un costo sproporzionato²⁷. La decisione è condivisibile e conforme a una lettura sistematica della direttiva, il cui art. 3.3. è piuttosto chiaro nel disporre che un rimedio è sproporzionato «se impone al venditore spese irragionevoli in confronto», non già alla generalità dei rimedi, ma espressamente «all'altro rimedio» e aggiungendo che, nella valutazione della proporzionalità, bisogna «tener conto dell'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore».

Enunciato tale principio, la Corte precisa che, con riguardo alla fattispecie sottopostale dal giudice del rinvio — nella quale la sostituzione del bene difettoso (unico rimedio possibile) comporta costi sproporzionati in ragione della necessità di rimuoverlo dal luogo in cui è stato installato e di installare il bene sostitutivo —, l'art. 3.3 lascia impregiudicata l'eventualità di una riduzione del rimborso delle spese di rimozione e di installazione, limitandolo «ad un importo proporzionato al valore che il bene avrebbe se fosse conforme e all'entità del difetto di conformità». Siffatta limitazione, secondo la Corte, lascia impregiudicato il diritto del consumatore di chiedere la sostituzione del bene non conforme, garantendo un giusto equilibrio tra gli interessi delle parti che si vedrebbero da un lato garantita «una tutela completa ed efficace contro un'inesatta esecuzione» del contratto di vendita, dall'altro

una limitazione alle pretese risarcitorie in caso di difetto di conformità²⁸.

Nel caso di riduzione del rimborso dei costi di rimozione e reinstallazione, «posto che la circostanza che il consumatore possa ottenere il ripristino della conformità del bene difettoso solo sostenendo una parte di tali spese rappresenta [...] un notevole inconveniente», il consumatore è legittimato a richiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Proprio il ricorso a tali rimedi consentirà, almeno per i consumatori italiani, di aggirare la riduzione del risarcimento operata dalla Corte. Come noto, infatti, l'art. 1494 c.c. consente al consumatore di richiedere, congiuntamente alla risoluzione del contratto o alla riduzione del prezzo, anche il risarcimento del danno. La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che la funzione del combinato disposto tra gli artt. 1492 e 1494 c.c. sia quella di «ristabilire il rapporto di corrispettività tra prestazione e controprestazione», nonché porre l'acquirente nella «situazione economica in cui si sarebbe trovato se il bene fosse stato immune da vizi»²⁹. Conseguentemente, ecco rientrare dalla finestra del diritto nazionale il diritto al rimborso di tutte le spese sostenute a causa del difetto di conformità, anche se sproporzionate rispetto al valore del bene.

5. Conclusioni: gli effetti della sentenza sulla vendita di beni di consumo in Germania e Italia.

La sentenza in commento pone alcuni punti fermi nell'interpretazione della Dir. 99/44/CE, che ci paiono di indubbio rilievo e che hanno effetti anche nel nostro ordinamento. Innanzitutto precisa che il diritto all'eliminazione dei difetti di conformità del bene consegnato, diritto enunciato nell'art. 130 c. cons., si estende sino a imporre al venditore l'obbligo di affrontare le spese necessarie a disinstallare il bene riconsegnandone uno conforme; ciò anche nel caso in cui, tra le sue obbligazioni originarie, non fosse prevista quella della consegna al domicilio dell'acquirente. L'estensione dell'obbligo di garanzia si giustifica alla luce del dovere di consegnare beni conformi e del corrispondente diritto del consumatore «al ripristino, senza spese della conformità». Conseguentemente, la direttiva e sulla sua scia le norme di attuazione nazionali riconoscono, non solo il diritto a pretendere il pagamento dei costi necessari per il ripristino della conformità del bene, ma anche tutti gli oneri economici necessari affinché il consumatore possa ottenere la materiale disponibilità di un bene conforme.

gewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen».

ROTT, *op. cit.*, 229 afferma che, secondo l'interpretazione corrente, deve ritenersi legittimo il rifiuto nel caso di una sproporzione pari o superiore al 150% del costo del rimedio rispetto al valore dei beni; maggiori dettagli sulla percentuale che determina la sproporzione del rimedio in MATUSCHE-BEEKMAN, *sub* § 439, in *Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, De Gruyter, 2005, 295.

²⁴ L'ambiguità interpretativa alla quale si prestava il testo della direttiva era già stato del resto rilevato dalla dottrina. Cfr. IURILLI, *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo*, Milano, 2004, 207.

²⁵ LUMINOSO, *op. cit.*, 333 e seg., ritiene, ad esempio, che il giudizio sull'eccessiva onerosità del rimedio debba essere condotto «ponendo a confronto il rimedio primario esperito dal

consumatore non soltanto con l'altro rimedio dello stesso rango — sempreché possibile — ma anche con i rimedi secondari della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto». Nello stesso senso v. il commento all'art. 130 in *Codice del Consumo* a cura di Cuffaro, *cit.*, 605, e IURILLI, *op. loc. cit.*

²⁶ Del resto, il *considerando* 11, tanto nella versione italiana quanto, soprattutto, in quella tedesca, appare meno categorico nell'escludere la proporzione assoluta. Esso dispone che: «Unverhältnismäßig sind Abhilfen, die im Vergleich zu anderen unzumutbare Kosten verursachen»; i rimedi sono indicati al plurale ed era quindi legittimo interrogarsi se la sproporzione fosse con riferimento a tutti i rimedi o solo al raffronto tra sostituzione e riparazione.

²⁷ Punto 71 della sentenza in commento.

²⁸ Cfr. punti 74 e 75 della sentenza.

²⁹ Cass., 21 luglio 2004, n. 13593, in *Il Civilista*, 2010, 9, 34.

Il punto centrale, sul quale merita soffermarsi con maggiore attenzione, è tuttavia quello della sproporzione tra il rimedio invocato e il costo del bene. La Corte evidenzia come il giudizio di proporzionalità vada condotto con riferimento ai rimedi della sostituzione e della riparazione, non alla generalità dei rimedi invocabili dal consumatore. Le conseguenze di una siffatta interpretazione sono pesanti con riferimento all'ordinamento tedesco, poiché pongono nel nulla la previsione dell'*Absatz 3* del § 439 BGB. Gli effetti che la pronuncia avrà in Germania paiono di un certo interesse, in quanto, come noto, dopo il *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (SMG) del 2002 si è assistito alla "consumerizzazione" del contratto di vendita e a una generalizzazione delle tutele previste a favore del consumatore a tutte le ipotesi di vendita³⁰. Sarà pertanto interessante osservare se l'ordinamento tedesco lascerà che gli effetti della pronuncia si estendano alla vendita in generale o se ne limiterà la portata alla sola vendita di beni di consumo. Del resto, in Germania, il dibattito sul ruolo che l'interpretazione del diritto comunitario gioca su quello nazionale dopo il SMG è presente da tempo³¹.

Per quanto concerne gli effetti della pronuncia in Italia, essi appaiono circoscritti alla tutela del consumatore e imporranno il superamento della scelta ermeneutica, propugnata da larga parte della dottrina, secondo la quale la valutazione sull'eccessiva onerosità va condotta raffrontando il rimedio concretamente esperito con la totalità dei rimedi a disposizione del consumatore³².

GEO MAGRI

VACCINAZIONI OBBLIGATORIE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 27 aprile 2011, n. 9406 — TRIFONE *Presidente* — VIVALDI *Relatore* — GOLIA *P.M.* (diff.) — F.S. ed altro (avv.ti Montani, Primieri) - Ministero della salute (Avv. Gen. Stato). *Cassa con rinvio App. Perugia 14 aprile 2005, n. 350.*

Sanità e sanitari — Vaccinazioni obbligatorie — Attività posta in essere dal Ministero della salute — Pericolosità ex art. 2050 c.c. — Configurabilità — Esclusione (C.c. art. 2050).

Sanità e sanitari — Vaccinazioni obbligatorie — Conoscibilità delle controindicazioni — Principio di precauzione — Responsabilità aquiliana del Ministero della salute — Configurabilità (C.c. art. 2043).

L'attività del Ministero della salute, consistente nell'indirizzo e controllo sulla pratica delle vaccinazioni ob-

bligatorie, non è qualificabile come pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c., per cui eventuali responsabilità devono essere apprezzate alla stregua dell'art. 2043 c.c. (1).

Per valutare la responsabilità del Ministero della salute in materia di vaccinazioni obbligatorie, occorre verificare se, all'epoca dei fatti, fosse conoscibile, secondo le migliori cognizioni scientifiche disponibili, la pericolosità di un certo tipo di vaccino e se, quindi, il principio di precauzione imponesse di vietarlo (2).

 *Omissis.* — 2.3. Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano la violazione dell'art. 2050 c.c. per mancata applicazione al caso di specie (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Il motivo è fondato nei termini e per le ragioni che seguono.

Gli odierni ricorrenti principali lamentano il mancato riconoscimento di un danno subito quali genitori — quindi in proprio — per l'evento lesivo occorso al figlio M.

Tale danno non è stato riconosciuto nei loro confronti, né dal primo giudice — che pure ne aveva affermato la ricorrenza in favore dell'allora minore — né dalla Corte di merito che, sugli appelli proposti dal Ministero della salute e da F.S. e L.M., aveva rigettato la domanda originariamente proposta.

La Corte di merito afferma che, nella specie, ricorre un'ipotesi di responsabilità aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c., per la lesione del diritto alla salute, negando, invece, l'applicabilità della norma di cui all'art. 2050 c.c. in tema di attività pericolosa, ulteriormente sostenuta, in sede di appello incidentale, dagli odierni ricorrenti principali.

La Corte rigetta, poi, la domanda perché, pur avendo gli attori "provato il fatto della vaccinazione e la sua efficienza causale rispetto al fatto dannoso delle lesioni", "non hanno provato la colpa" del Ministero, affermando che questa "non può consistere dalla semplice derivazione del danno dal fatto della P.A.", ma "Occorre invece che sia allegata e provata una negligenza, imprudenza o imperizia presente nella condotta causativa del danno".

I ricorrenti, nel censurare l'erroneità della sentenza per la mancata applicazione della norma dell'art. 2050 c.c., contestano, però, nell'illustrazione dello stesso motivo, anche il mancato riconoscimento del danno a titolo di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (come si desume dalle pagg. 19 e 20 del ricorso principale) per il difetto dell'elemento soggettivo della colpa da parte del Ministero della Salute (all'epoca dei fatti, della Sanità), con il conseguente, ammissibile esame, in questa sede, del motivo sotto tale profilo.

Per esaminare il motivo, occorre focalizzare il tipo di attività che sarebbe alla base della responsabilità del Ministero della salute per attività pericolosa.

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno operato — con la sentenza n. 576 del 2008, in materia di responsabilità civile per danni da emoderivati — una fondamentale distinzione di problemi: a) il problema della qualificazione come attività pericolosa ex art. 2050 c.c. dell'attività di produzione, commercializzazione ed effettiva trasfusione sui singoli pazienti del sangue; b) il diverso problema dei contenuti e dei profili di responsabilità dell'attività del Ministero in tale settore, che attiene alla sfera non direttamente gestionale, ma piuttosto di supervisione e controllo. Affermano, in particolare, le Sezioni Unite: "La pericolosità della pratica terapeutica della trasfusione del sangue e dell'uso degli emoderivati non

³⁰ Cfr. DIURNI-KINDLER, *Il codice civile tedesco "modernizzato"*, Torino, 2004, 12 e 23 e segg., e ROTT, *op. cit.*, 222. Va precisato che, nelle ipotesi di vendita commerciali, le tutele previste e inderogabili per il consumatore possono essere convenzionalmente escluse: PROT, *op. cit.*, 224.

³¹ Cfr. GRIGOLEIT-HERRESTHAL, *Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht*, in *JZ*, 2003, 118 e segg. Nel senso che l'interpretazione della disciplina della compravendita debba essere ispirata dal diritto comunitario si è espressa anche la rela-

zione al SMG (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *BT-Drs.* 14/6040, 1 e segg.); v. anche CANARIS, *Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers*, in *JZ*, 2002, 378 e segg.

³² Cfr. il commento all'art. 130 in *Codice del Consumo* a cura di Cuffaro, *loc. cit.*, 605; LUMINOSO, *op. loc. cit.*; DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, 207 e segg.; IURILLI, *op. loc. cit.*

rende ovviamente pericolosa l'attività ministeriale, la cui funzione apicale è solo quella di controllare e vigilare a tutela della salute pubblica. Anche gli interventi per la distribuzione e ripartizione del plasma tra le strutture sanitarie o le autorizzazioni per l'importazione del plasma non possono considerarsi elementi di conferma di un'attività in senso lato imprenditoriale — ritenuto da parte della dottrina, elemento necessario per la responsabilità ex art. 2050 c.c. —, in quanto si tratta di incombenze meramente complementari e funzionali all'organizzazione generale di un settore vitale per la collettività”.

Affermano, invece, che la responsabilità del Ministero della salute per i danni conseguenti ad infezioni da HIV e da epatite, contratte da soggetti emotrasfusi per l'omessa vigilanza esercitata dall'Amministrazione sulla sostanza ematica negli interventi trasfusionali e sugli emoderivati è inquadrabile nella violazione della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.

Principi analoghi, pur con le precisazioni dovute alle diversità della fattispecie in esame, valgono anche per l'attività di controllo e vigilanza esercitata dal Ministero della salute in tema di vaccinazioni obbligatorie, come quella antipoliomielitica.

Rilevante, a tal fine, è che il Ministero — sotto questo profilo — non svolge in concreto attività imprenditoriale in relazione all'acquisto e distribuzione di prodotto immunizzato antipolio, ma soltanto di controllo e vigilanza a tutela della salute pubblica.

Al che consegue l'insussistenza di una sua eventuale responsabilità per attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c.

In questa ottica, va ricordato quel complesso normativo che, specie dopo il trasferimento di alcune funzioni statali in tema di sanità dal Ministero della salute alle regioni, in attuazione della riforma dell'art. 117 Cost. operata dalla Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, — successiva, peraltro, ai fatti oggetto del presente giudizio (v. sul punto anche Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 584) — ed alle USL e, poi, alle ASL, avalla il carattere generale e di indirizzo proprio delle competenze ministeriali rispetto a quelle direttamente operative delle regioni: 1) così la L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 6 (istitutiva del servizio sanitario nazionale), che riserva allo Stato compiti di carattere generale e di indirizzo; 2) così il successivo art. 7, comma 2 in base al quale sono le regioni che “provvedono all'approvvigionamento di sieri e vaccini necessari per le vaccinazioni obbligatorie” ed in base ad un programma concordato con il Ministero della sanità, con sub-delega delle funzioni delegate dallo stesso articolo ai comuni; 3) così l'art. 53 della medesima legge che riserva al Governo la proposizione del Piano Sanitario Nazionale, contenente “linee generali di indirizzo”, da sottoporre all'approvazione del parlamento, rimesse, dall'art. 55, per l'attuazione alle regioni. Deve, però subito osservarsi che, in ogni caso, è rimasto all'amministrazione centrale, non solo un ruolo primario nella programmazione, ma anche un ruolo centrale di controllo, che si attua attraverso il servizio sanitario nazionale.

Affermata, quindi, l'insussistenza di una responsabilità del Ministero della salute per attività pericolosa, si deve passare ad esaminare la fattispecie sotto il profilo dell'art. 2043 c.c. In questa prospettiva va ribadito che al Ministero della sanità, prima, ed ora al Ministero della salute spettano compiti di vigilanza e controllo preventivo, istituzionalmente attribuitigli.

E la fonte normativa che integra la norma primaria del *neminem laedere*, da cui ricavare l'esistenza di tali doveri in capo al Ministero della sanità, è costituita dalla L. 13 marzo 1958, n. 296, art. 1 che gli attribuisce “il compito di provvedere alla tutela della salute pubblica”, di “sovrintendere ai servizi sanitari svolti dalle amministrazioni autonome dello Stato e dagli enti pubblici, provvedendo anche ad emanare, per la tutela della salute pubblica, istruzioni obbligatorie per tutte le amministrazioni pubbliche che provvedono a servizi sanitari...”.

Ora le indicazioni normative, di rango primario e secondario, che si sono susseguite nel tempo, con riferimento alla materia della vaccinazione antipoliomielitica — e di cui è

opportuno dare conto — sono le seguenti: 1) L. 30 luglio 1959, n. 695 “Provvedimenti per rendere integrale la vaccinazione antipoliomielitica” e la successiva L. 4 febbraio 1966, n. 51 “Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica” che ha abrogato la precedente rendendo obbligatoria la vaccinazione antipoliomielitica; 2) il D.M. 25 maggio 1967 “Disposizioni relative alla quantità e tipo di vaccino antipoliomielitico”, con il quale espressamente si prescriveva che la vaccinazione contro la poliomielite “è temporaneamente sospesa nei confronti dei soggetti che presentano manifestazioni di malattia acuta, febbrile o diarrea e dovrà essere ripresa appena scomparso lo stato di controindicazione”; 3) il D.M. 14 gennaio 1972 “Nuove norme in materia di vaccinazione antipoliomielitica”; 4) il D.M. 25 novembre 1982: Modificazioni al D.M. 14 gennaio 1972 “Nuove norme in materia di vaccinazione antipoliomielitica”; 5) il D.M. 19 aprile 1984 “Impiego del vaccino antipoliomielitico inattivato tipo Salk”; 6) Circolare n. 11/97 “Completamento della schedula vaccinale antipolio mediante impiego di vaccini iniettabili aventi caratteristiche diverse”; 7) D.M. 7 aprile 1999 “Nuovo calendario delle vaccinazioni obbligatorie e raccomandate per l'età evolutiva”; Circolare n. 5 del 7 aprile 1999 “Nuovo calendario delle vaccinazioni obbligatorie e raccomandate per l'età evolutiva”; 8) D.M. 18 giugno 2002 “Nuovo Calendario della Vaccinazione antipolio”; 9) Circolare 6 agosto 2002 “Piano per il mantenimento della situazione di eradicazione della poliomielite”; 10) Circolare del Ministero della Salute 20/02/2004 Eradicazione della Polio — Sorveglianza della paralisi flaccida acuta nel 2003; D.M. 15 luglio 2005 “Modifica al calendario delle vaccinazioni antipoliomielitiche per adeguamento al Nuovo Piano nazionale Vaccini 2005-2007”.

L'exkursus effettuato rende evidente come, nel tempo, siano intervenuti cambiamenti nei tipi e qualità di vaccino da impiegare e nei tempi e modi della sua somministrazione, che hanno determinato modifiche della “schedula vaccinale antipolio” “con l'utilizzo esclusivo di vaccino antipoliomielitico inattivato (IPV), alla luce dell'evoluzione della situazione epidemiologica nazionale, europea e globale di tale malattia” (D.m. salute del 18 giugno 2002 pubblicato sulla G.U. n. 163 del 13 luglio 2002).

In particolare il D.M. 14 gennaio 1972 “Nuove norme in materia di vaccinazione antipoliomielitica”, applicato *ratione temporis* nella specie per essere state le vaccinazioni effettuate nel 1981 prevedeva che “A partire dal 28 febbraio 1912 la vaccinazione obbligatoria contro la poliomielite viene eseguita gratuitamente dagli appositi servizi istituiti dai comuni a mezzo del vaccino a base di virus attenuati secondo Sabin, del tipo trivalente”, stabilendo modalità e tempi della somministrazione.

È opportuno anche, per la prossimità temporale ai fatti oggetto del presente giudizio, menzionare il D.M. 19 aprile 1984 “Impiego del vaccino antipoliomielitico inattivato tipo Salk” con il quale il Ministero della sanità, ribadendo che la vaccinazione antipoliomielitica continuava ad essere effettuata con vaccino attenuato orale tipo Sabin, emanava, però, indicazioni che prevedevano l'impiego del vaccino inattivato parenterale tipo Salk per la immunizzazione contro la poliomielite di soggetti con riscontrato stato di controindicazione duratura all'uso del vaccino attenuato orale tipo Sabin precisandone le condizioni e ricomprendendovi le situazioni di immunodeficienza.

Quanto, poi, alle conoscenze dei due tipi di vaccini, delle loro caratteristiche, delle loro potenzialità e delle loro indicazioni e controindicazioni all'assunzione, la comunità scientifica — per la fondamentale importanza della vaccinazione — ha compiuto, da tempo risalente (fin dal loro apparire sulla scena mondiale), ricerche accurate e su larga scala, pervenendo a risultati condivisi dalla comunità scientifica mondiale; dando atto dei risultati raggiunti, che potevano ritenersi condiviso e comune patrimonio mondiale; come tali conosciuti o conoscibili da parte delle singole comunità nazionali.

Le premesse normative così esposte conducono ad una successione logicamente concatenata di domande, articolabili come segue: a) se, all'epoca dei fatti, sul Ministero gra-

vasse un obbligo giuridico, la cui violazione poteva condurre — con il concorso di ulteriori elementi — all'affermazione di una sua responsabilità; b) se la condotta omissiva del Ministero (nel caso di risposta affermativa al primo quesito) abbia avuto efficacia causale rispetto all'evento di danno (c.d. causalità dell'omissione); c) se in tale omissione — qualora la si ritenga dotata di efficacia causale — siano ravvisabili i profili della colpa (colpevolezza dell'omissione), e se tale colpa sia stata a sua volta causale rispetto al danno (c.d. causalità della colpa).

La sentenza impugnata ha risposto positivamente a tutte le domande tranne l'ultima.

Infatti, il motivo di ricorso concerne esclusivamente il punto relativo alla colpevolezza dell'omissione.

Così circoscritto il thema decidendum, va osservato che — in mancanza di fattori eccezionali che abbiano impedito di compiere l'azione doverosa — il contenuto dell'omissione ed il contenuto della colpa finiscono per sovrapporsi.

A tal fine, consideriamo alcune informazioni cruciali.

La prima è che — alla stregua della consulenza in atti, non controversa — il danno al minore fu certamente derivato dalla somministrazione del vaccino.

Pertanto — operando un ragionamento controfattuale — l'omessa somministrazione del vaccino avrebbe scongiurato l'evento.

In altri termini, se il Ministero della sanità avesse proibito — per la ricorrenza di precise controindicazioni tale forma di vaccinazione, l'evento non si sarebbe verificato.

Dunque, la condotta omissiva del Ministero, che non ha proibito tale somministrazione (ma può dubitarsi che si tratti di condotta omissiva e non attiva: invero, a rigore, la condotta causale è la somministrazione del vaccino, disposta dal Ministero della Salute) è stato un antecedente causale dell'evento.

La seconda informazione — trascurata dalla sentenza impugnata — è che, già all'epoca, era conosciuta la pericolosità di tale vaccino, e vi erano statistiche accreditate sui gravi effetti collaterali che esso poteva provocare.

È chiaro, allora, che la sentenza impugnata ha omesso di valutare punti decisivi della controversia così determinabili: a) se all'epoca della somministrazione era conosciuta o conoscibile — secondo le migliori cognizioni scientifiche disponibili — la pericolosità del vaccino; b) se alla stregua di tali conoscenze, il rispetto del fondamentale principio di precauzione imponesse di vietare tale tipo di vaccinazione, o di consentirla con rigorose modalità tali da minimizzare i rischi ad essa connessi.

L'eventuale esito favorevole delle indagini che il giudice del rinvio andrà a compiere, e di cui ai punti a) e b) indicati, costituirà, poi, il presupposto per la riconoscibilità agli odierni ricorrenti — ricorrendone le condizioni probatorie, di natura anche presuntiva — del danno lamentato (Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972 punti 4.8 e 4.9).

3. Ricorso incidentale condizionato.

L'accoglimento del ricorso principale, nei termini indicati, impone l'esame di quello incidentale condizionato.

3.1. Con il primo motivo il ricorrente incidentale condizionato denuncia la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c. Il motivo non è fondato.

In primo luogo, deve sottolinearsi che l'esame del motivo appare irrilevante alla luce delle conclusioni raggiunte in ordine alla ricorrenza, nel caso in esame, della fattispecie disciplinata dall'art. 2043 c.c. e non dall'art. 2050 c.c.

Una volta, infatti, escluso che si tratti di attività pericolosa — come peraltro riconosciuto anche dalla Corte di merito — stabilire la tardività o meno della domanda ex art. 2050 c.c.

perché proposta soltanto in appello — a fronte di quella ex art. 2043 c.c. introduttiva del primo giudizio — e la conseguente omissione di pronuncia, da parte della Corte di merito, sulla relativa eccezione sollevata dal Ministero in quel grado di giudizio — non produrrebbe alcun effetto favorevole per il proponente.

L'eventuale affermazione di correttezza della tesi sostenuta, infatti, — alla luce delle conclusioni raggiunte dalla Corte di legittimità in precedenza, in ordine alla sussistenza di un'ipotesi riconducibile alla generale responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. — non sortirebbe alcuna ricaduta sull'iter processuale, privando la parte dell'utilità degli eventuali risultati favorevoli.

La Corte di merito sul punto così si è espressa: "Indipendentemente dalle pur possibili discussioni sulla novità della domanda ove fondata sull'art. 2050 c.c. piuttosto che semplicemente sull'art. 2043 c.c. (l'eccezione è stata puntualmente svolta dall'Avvocatura), è opinione della Corte che l'attività della Pubblica Amministrazione volta all'esecuzione delle disposizioni di legge sulla vaccinazione obbligatoria non possa essere inserita tra le attività pericolose ex art. 2050 c.c."

Ed ha, quindi, accolto l'appello del Ministero ritenendo che "gli attori hanno provato il fatto della vaccinazione e la sua efficienza causale rispetto al fatto dannoso delle lesioni, ma non hanno provato la colpa"; con ciò qualificando, evidentemente, l'azione quale extracontrattuale derivante dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. non riconoscendone, però, la fondatezza — diversamente dal primo giudice — per difetto di prova con riferimento all'elemento soggettivo della colpa.

Fondatezza della domanda — in termini di violazione dell'art. 2043 c.c. — affermata, invece, in questa sede di legittimità. — *Omissis*.



(1-2) Il problema dei danni da vaccinazione obbligatoria

La sentenza affronta il tema, di grande delicatezza, delle conseguenze nocive derivanti dalla effettuazione di una vaccinazione, resa obbligatoria dalla legge. Tali problematiche, purtroppo non così infrequenti, appaiono di indubbio interesse, in quanto pongono in evidenza, in maniera estrema, la difficoltà di conciliare istanze, tutte di importanza fondamentale per l'ordinamento, quali l'interesse collettivo alla eradicazione di determinate malattie ed i diritti individuali di chi viene sottoposto, in deroga ad una regola di valore costituzionale¹, ad un trattamento sanitario obbligatorio, per consentire la realizzazione di dette finalità sociali². In questo genere di casi, poi, il contrasto fra tali principi è reso particolarmente acuto dal fatto che, ad essere vulnerato dal trattamento sanitario obbligatorio, non è solo il diritto alla libertà personale, ma è proprio lo stesso diritto alla salute, alla cui protezione tali pratiche dovrebbero essere finalizzate.

Un primo tentativo di affrontare questi problemi è stato fatto dal legislatore, con una normativa, che ha riconosciuto un indennizzo alle vittime di siffatte conseguenze della vaccinazioni obbligatorie³. Però, a causa anche della lunghezza dei tempi burocratici necessari per usufruire di tali indennità, nonché dello scarso

¹ Il riferimento, naturalmente, è all'art. 32.2 Cost.

² Cfr. SANTOSUOSSO-TURRI, *I trattamenti obbligatori*, in *Medicina e diritto* a cura di Barni, Santosuosso, Milano, 1995, 120 e seg. e 125-137.

³ Il riferimento è alla L. 25 febbraio 1992, n. 210, emanata su impulso della sentenza Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro It.*, 1990, 1, 2694, con nota di PRINCIGALLI e PONZANELLI,

e riferita anche ai danni causati da trasfusioni di sangue infetto, altra fattispecie di frequente ricorrenza. Sul funzionamento di detta normativa, cfr. DRAGONE, *Responsabilità medica. Danni da trasfusione e da contagio*, Milano, 2007, 309-382, e FINESCHI, *La raccolta e l'impiego del sangue umano per uso trasfusionale*, in *Medicina e diritto*, cit., 202-206. Per riferimenti alle esperienze francesi e statunitensi in materia di trasfusioni di sangue infetto,

importo delle somme riconosciute, tutto ciò non ha impedito che i danneggiati continuassero ad adire le vie giudiziali per ottenere un risarcimento⁴. La giurisprudenza, peraltro, ha chiarito che la totale diversità, di natura e di presupposti, sussistente fra l'indennizzo e il risarcimento, rende pienamente ammissibile il cumulo delle due tutele⁵. Si è così sviluppato un discreto contenzioso, e sulla materia adesso torna a pronunciarsi la suprema Corte.

Le argomentazioni della sentenza non appaiono, però, pienamente convincenti. In particolare, sembra discutibile l'asserzione che l'attività del Ministero della salute nel campo delle vaccinazioni obbligatorie non potrebbe mai configurarsi come attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c.⁶ Non risultano, infatti, basate su solide fondamenta le ragioni che sorreggono questa perentoria affermazione.

Si dice, in primo luogo, che il campo di applicazione dell'art. 2050 c.c. sarebbe limitato alle sole attività imprenditoriali, e tale non è certamente l'attività del Ministero in questione. La dottrina, però, ha, da tempo, posto in luce come siffatta limitazione sia totalmente priva di fondamento normativo⁷ e, del resto, la giurisprudenza ha sempre considerato pericolose talune attività, che non possono definirsi imprenditoriali⁸. Sino a qualche decennio fa, un grosso limite all'applicazione dell'art. 2050 era rappresentato da quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità⁹, non sempre condiviso, peraltro, da quella di merito¹⁰, in base al quale sfuggirebbero, comunque, all'ambito di operatività di detta norma le attività svolte dalla pubblica amministrazione. Anche questa limitazione, però, può ormai dirsi superata, per effetto di un consolidato *revirement* della stessa Cassazione¹¹. Del resto, tutto ciò si inquadra coerentemente nella evoluzione di un sistema della

responsabilità aquiliana, che tende sempre più ad oggettivizzarsi, rinnegando il tradizionale principio della centralità della colpa¹².

Si legge, inoltre, nella sentenza, che l'attività del Ministero non potrebbe, comunque, essere qualificata come pericolosa, in quanto esso ha solo il compito di indirizzare e coordinare la pratica delle vaccinazioni, che sono, poi, effettuate da soggetti diversi. In realtà, può benissimo essere pericolosa anche un'attività di organizzazione e direzione di attività altrui, come ha avuto modo di affermare la stessa giurisprudenza di legittimità¹³. Peraltro, nel nostro caso, il pericolo nasce tutto, e unicamente, dalla decisione di rendere obbligatorio un certo tipo di vaccino, decisione che compete esclusivamente al Ministero e non certo ai soggetti ulteriori che gestiscono l'effettuazione delle vaccinazioni stesse.

Sulla base di queste premesse, non stupisce che la dottrina abbia argomentato in favore della piena applicabilità dell'art. 2050 alle attività mediche e sanitarie¹⁴. Anche la giurisprudenza ha fatto ricorso a tale norma, specialmente con riguardo alla fattispecie, affine alla nostra, del danno da trasfusioni di sangue infetto¹⁵, fondandovi anche l'affermazione di una responsabilità del Ministero della salute¹⁶. Sarebbe, quindi, logico che lo stesso avvenisse in materia di vaccinazioni obbligatorie, dal momento che, come risulta dall'evidenza scientifica richiamata dalla stessa sentenza, la pericolosità delle vaccinazioni è una caratteristica intrinseca delle stesse, almeno con riguardo a significative categorie di soggetti, e non può certo essere considerata come un'eventualità del tutto sporadica ed eccezionale¹⁷. Peraltro, anche la presenza di una normativa come quella sugli indennizzi, fa pensare che ci trovi di fronte ad un caso di attività lecita, ma perico-

cfr. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 314-414.

⁴ DRAGONE, *op. cit.*, 181 e segg.

⁵ Infatti, l'indennizzo non ha natura risarcitoria, ma meramente assistenziale, e prescinde totalmente dall'accertamento di eventuali profili di colpevolezza soggettiva, rilevanti, invece, perché possa parlarsi di responsabilità aquiliana. Cfr. Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Rep. Giur. It.*, 2000, voce "Sanità e sanitari", n. 136, e in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2800; Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Rep. Giur. It.*, 2005, II, voce "Sanità e sanitari", nn. 392-395, e in *Corriere Giur.*, 2005, 7, 901. Per ulteriori riferimenti v. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2006, 873 e seg. e 936-942.

⁶ La sentenza deriva tale *dictum* dall'autorevole precedente costituito da Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Rep. Giur. It.*, 2008, II, voce "Sanità e sanitari", n. 157, e in *C.E.D. Cass.*, 2008, il cui testo viene riportato nel corpo della motivazione.

⁷ COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, 280; RECANO, *La responsabilità civile per esercizio di attività pericolose*, in *La responsabilità civile* a cura di Cendon, Torino, 2001, XI, 197 e seg.; SELLA, *Sub art. 2050*, in *Comm. C.C.* a cura di Cendon, Milano, 2008, 810 e seg.

⁸ Si consideri il caso della caccia (cfr. Cass., 23 dicembre 1968, n. 4072, in *Rep. Giur. It.*, 1969, II, voce "Responsabilità civile", nn. 168-172, e in *Giur. It.* 1969, I, 1, 2185) o della pratica di attività sportive da parte di persone non esperte (cfr. Trib. Milano, 21 novembre 2002, in *Giurisprudenza milanese*, 2003, 80).

⁹ V. i riferimenti in RECANO, *op. cit.*, 252 e segg.

¹⁰ Cfr. App. Milano, 4 giugno 1953, in *Foro It.*, 1953, I, 1680.

¹¹ Il riferimento è a Cass., 27 gennaio 1982, n. 537, in *Rep.*

Giur. It., 1982, II, voce "Responsabilità civile", n. 108, e in *Foro It.*, 1982, I, 674, che ha accolto le sollecitazioni della dottrina, inaugurando un indirizzo che, poi, non più stato sconfessato.

¹² V., per tutti, RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, in *Diritto Civile* a cura di Lipari, Rescigno, Milano, 2009, IV, III, 54-67.

¹³ V. i riferimenti in CURCUTO, *Sub art. 2050*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile* a cura di Ruperto, Sgroi, Milano, 1994, IV, X, 4907.

¹⁴ Così RUFFOLO, *Sull'applicazione dell'art. 2050 c.c. all'attività sanitaria*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 89 e segg., ove si parla della professione medica come di una «professione pericolosa»; ID., *Il problema della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica* a cura di Ruffolo, Milano, 2004, 11-13; ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, 227 e segg.; ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, 80; IZZO, *op. cit.*, 501 e segg. Dimostra, invece, maggiore prudenza COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 2009, 242-248, il quale invita a distinguere caso per caso.

¹⁵ Cfr. Cass., 1° febbraio 1995, n. 1138, in *Rep. Giur. It.*, 1995, voce "Responsabilità civile", n. 102 e in *Resp. Civ. e Prev.*, 1996, 144; Trib. Ravenna, 28 ottobre 1999, in *Danno e Resp.*, 2000, 1012; nonché, da ultima, Cass., 20 aprile 2010, n. 9315, in *Rep. Giur. It.*, 2010, II, voce "Sanità e sanitari", n. 231, e in *Responsabilità civile*, 2010, 11, 732.

¹⁶ Il riferimento è a Trib. Venezia, 26 settembre 2006, a quanto consta inedita, ma citata da DRAGONE, *op. cit.*, 209 e segg.

¹⁷ Del resto, si rammenti che il vaccino consiste, pur sempre, nella inoculazione di un agente patogeno e non deve, quindi, stupire che esso possa assumere caratteri di pericolosità.

losa e, dunque, pienamente rientrante nel tipico campo di applicazione dell'art. 2050.

L'incongruità di quanto sostenuto nella sentenza emerge, poi, dalle conclusioni della stessa. Ci si potrebbe, infatti, attendere che, esclusa l'applicabilità dell'art. 2050 e ricondotta la fattispecie nell'ambito di operatività del generale principio di cui all'art. 2043 c.c., la Corte ne deduca la necessità che l'attore fornisca la prova della sussistenza dell'elemento soggettivo. Invece, i supremi giudici la ritengono, in sostanza, superflua, in quanto, in casi del genere, essa sarebbe del tutto implicita nell'accertamento dell'elemento oggettivo, costituito, nella specie, da un nesso di causalità di carattere omissivo¹⁸. In tal modo, però, si arriva a costruire una responsabilità oggettiva, od "oggettivata"¹⁹, tanto quanto l'ipotesi di cui all'art. 2050, del quale si era voluta, con le discutibili argomentazioni di cui sopra, escludere l'applicabilità. Alla fine, dunque, la natura delle cose finisce per prendere il sopravvento su dubbie qualificazioni, forse utili con riguardo alla specifica vicenda processuale²⁰, ma prive di un sicuro fondamento razionale.

MARCO RIZZUTI

INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 1° aprile 2011, n. 7557 — TRIFONE *Presidente* — DE STEFANO *Relatore* — LETTIERI *P.M.* (conf.) — Fondazione Conservatorio Santa Chiara (avv. Righi) - Consorzio Cuoio Depur s.p.a. (avv. Mulargia, Comaschi) ed altro.

Obbligazioni e contratti — Interpretazione del contratto — Causa del contratto — Causa concreta — Autonomia contrattuale — Contratto di locazione (C.c. artt. 1322, 1343, 1362, 1363, 1364, 1366, 1371, 1571, 1590, 1591).

Con riguardo al contratto atipico di concessione in disponibilità di un'area da destinare a discarica di rifiuti è erronea l'interpretazione del giudice di merito che, in difetto di espresse previsioni sull'identificazione di un termine finale e senza considerare la causa concreta del contratto, escluda che il concessionario sia in mora e dunque possa conservare la disponibilità del bene anche dopo l'esaurimento della ricettività, sino al completamento dei lavori di bonifica (1).

 *Omissis.* — 6.1. in tema di interpretazione dei contratti, è ben noto che costituisce questione di merito, rimessa al giudice competente, valutare il grado di chiarezza della clausola contrattuale, ai fini dell'impiego articolato dei diversi criteri ermeneutici: con conseguente esclusione, nel giudizio di cassazione, di una diretta valutazione della clau-

sola contrattuale, al fine di escludere la legittimità del ricorso da parte del giudice di merito ad altri canoni ermeneutici (Cass. 15 marzo 2005 n. 5624); in sostanza, l'interpretazione delle clausole contrattuali rientra tra i compiti, esclusivi del giudice di merito ed è insindacabile in cassazione se rispettosa dei canoni legali di ermeneutica ed assistita da congrua motivazione, poiché il sindacato di legittimità può avere ad oggetto non già la ricostruzione della volontà delle parti, bensì solamente l'individuazione dei criteri ermeneutici del processo logico del quale il giudice di merito si sia avvalso per assolvere la funzione a lui riservata, al fine di verificare se sia incorso in vizi del ragionamento o in errore di diritto (tra le molte, v. Cass. 31 marzo 2006 n. 7597);

6.2. eppure, l'insindacabilità, in sede di legittimità (trattandosi di *quaestio facti*), della interpretazione delle clausole contrattuali operata dal giudice del merito trova il suo limite nella violazione evidente dei criteri ermeneutici, che viene a risolversi in errori giuridici, quando ad esempio l'interpretazione di una delle clausole contrattuali sia operata omettendone il riferimento ad altre tra quelle, nonché prescindendo dall'equo contemperamento degli interessi delle parti di cui all'art. 1371 c.c. (Cass. 17 marzo 2005 n. 5788);

6.3. deve pertanto valutarsi a questa stregua l'interpretazione complessiva data dai giudici di merito, che esclude per la concessione in godimento di un'area da destinare a discarica di rifiuti la spettanza al concedente di un qualsivoglia corrispettivo per un tempo indefinito a partire dalla scadenza del periodo di utilizzo del bene conformemente alle previsioni contrattuali ed ancorato ad un evento futuro ed incerto quale il completamento delle operazioni di bonifica.

7. Ritiene questa Corte, esaminando congiuntamente i tre mezzi di ricorso per la loro evidente interconnessione, che l'interpretazione complessiva data dai giudici del merito — e quindi la loro decisione qui impugnata — sia affetta allora da un errore di diritto e non possa essere condivisa. In primo luogo, da un punto di vista generale:

7.1. il contratto con il quale il proprietario di un terreno ne trasferisca la disponibilità a terzi per la sua destinazione a discarica di rifiuti, secondo modalità negozialmente predefinite e del tutto peculiari (ad esempio, escavazione del terreno per consentire lo smaltimento dei rifiuti con il sistema dello stoccaggio definitivo; corrispettivo stabilito in ragione anche dei metri cubi di riempimento dello scavo; previsione di opere di bonifica a carico della conduttrice anche dopo la chiusura della discarica) integra gli estremi del contratto atipico cui, in via analogica, sono legittimamente applicabili le norme sulla locazione (Cass. 26 novembre 2002 n. 16679);

7.2. anche di un tale contratto atipico va quindi individuata la causa concreta, la quale definisce lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato: infatti, la causa, "ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto", non può essere che "funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale" (in tali espressi sensi, con argomentazioni approfondite e convincenti, si esprime Cass.

¹⁸ Come osserva, poi, incidentalmente la Corte, si potrebbe anche dubitare della natura omissiva di tale causalità, in quanto la condotta causale è la somministrazione del vaccino, disposta dal Ministero, più che la mancata proibizione della stessa, ad opera del medesimo soggetto. Comunque, le due ricostruzioni sono, alla fine, sostanzialmente equivalenti nelle loro conseguenze.

¹⁹ Sulla labilità dei confini fra colpa oggettivata e responsa-

bilità oggettiva, cfr. RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, cit., 70 e seg., con specifico riferimento anche all'art. 2050 c.c.

²⁰ Nel nostro caso, infatti, a quanto si evince, la domanda ex art. 2050 era stata formulata tardivamente e, per evitare un totale diniego di tutela era, quindi, necessario sforzarsi di far rientrare la fattispecie nell'ambito dell'oggetto della domanda ex art. 2043, invece tempestivamente proposta.

8 maggio 2006 n. 10490, ripresa tra le altre da Cass. 12 novembre 2009 n. 23941);

7.3. la causa concreta costituisce del resto uno degli elementi essenziali del negozio, alla cui stregua va valutata la conformità alla legge dell'attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro della liceità (ai sensi dell'art. 1343 c.c.) e, per i contratti atipici, della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c. (Cass. 19 febbraio 2000 n. 1898);

7.4. sul punto, i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente ed alla liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti (Cass. 19 giugno 2009 n. 14343): in tal senso dovendosi ormai intendere la nozione di "ordinamento giuridico", cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informatori o fondanti dell'ordinamento stesso;

7.5. la causa concreta del negozio atipico di concessione in disponibilità di un'area da destinare a discarica di rifiuti, riguardo alla quale è già stata ritenuta applicabile per il criterio della c.d. prevalenza della disciplina della locazione, non si esaurisce tuttavia in questa; l'oggetto di un tale contratto non consiste infatti nella semplice attribuzione in godimento, dietro pagamento di un corrispettivo, di un'area nuda non edificata, secondo la causa tipica della locazione, ma soprattutto nel trasferimento della disponibilità di un terreno, affinché su di esso siano effettuate le opere di trasformazione necessarie per renderlo idoneo alla gestione di discarica di rifiuti, per un tempo determinato e comunque sino all'esaurimento della potenziale recettività del sito attrezzato, con obbligo, alla scadenza, di rilascio del terreno al proprietario concedente, tenuto ad accettarlo con le eventuali alterazioni permanenti e spesso irreversibili dell'area prodotte dall'autorizzata attività di natura pubblicistica (lo smaltimento dei rifiuti costituisce pubblico servizio), anche in conseguenza delle limitazioni d'uso derivanti dai previsti vincoli imposti dall'autorità (Cass. 16679/02 cit.);

7.6. è già stato affermato, in applicazione di tali principi (sempre da Cass. 16679/02 cit.) e che sussiste allora sempre e comunque un obbligo di restituzione del bene, da parte dell'utilizzatore, tutte le volte in cui il rilascio costituisca effetto previsto dal contratto ed espressamente collegato al raggiungimento della complessa causa della convenzione atipica (ovvero qualora la destinazione del bene all'uso convenuto non risulti più possibile per sopravvenuto factum principia);

7.7. se così è, è erronea un'interpretazione del contratto atipico, perché non rispettosa del canone dell'art. 1371 c.c., e del vaglio preliminare di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., in base alla quale la causa concreta possa prevedere la facoltà — per il concessionario e salvo il caso, che però qui non ricorre, di un factum principis — di trattenere indefinitamente e senza alcun corrispettivo il bene oggetto del contratto per tutta la durata delle operazioni di bonifica: in base a tale interpretazione, un tale contratto comporterebbe uno squilibrio contrattuale inaccettabile — e contrastante coi parametri costituzionali degli artt. 2, 41, 42 e 44 Cost., con conseguente non meritevolezza degli interessi perseguiti ed inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c. —

per l'indeterminatezza e l'unilateralità del sacrificio imposto ad una delle parti. — *Omissis*.

13. Può così concludersi che:

13.1. è erronea, perché incongrua e non rispettosa dei principi dell'equo temperamento degli interessi delle parti e dell'efficacia del contratto atipico soltanto quando persegua interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, l'interpretazione data del contratto atipico di concessione di bene immobile a discarica di rifiuti che, in difetto di espresse previsioni sull'identificazione di un diverso e ben identificato termine finale, escluda, una volta cessato l'utilizzo della discarica per il fine suo proprio a causa dell'esaurimento della sua ricettività, l'obbligo in capo al concessionario di riconsegnare il bene, sia pure nelle condizioni di fatto ordinariamente conseguenti all'uso normale quale discarica e cioè senza l'obbligo di restituirlo nelle condizioni preesistenti, di libertà da ogni materiale inquinante, ivi inserito in conformità alle pattuizioni contrattuali, ma nelle condizioni in cui si trova a seguito del corretto uso contrattuale quale discarica; e salva l'obbligazione del concessionario di provvedere alla successiva bonifica, ma senza per questo trattenere l'esclusiva disponibilità del bene;

13.2. è erronea, perché incongrua e non rispettosa dei principi dell'equo temperamento degli interessi delle parti e dell'efficacia del contratto atipico soltanto quando persegua interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, l'interpretazione data del contratto atipico di concessione di bene immobile a discarica di rifiuti che, in difetto di espresse previsioni sull'identificazione di un diverso e ben identificato termine finale, escluda che il concessionario o locatario di una discarica, che non adduca e non dimostri l'impossibilità di procedere ai lavori di bonifica senza conservare la disponibilità del bene anche dopo l'esaurimento della ricettività, sia in mora anche ai fini dell'art. 1591 c.c., spettando peraltro al giudice del merito la liquidazione del relativo danno in base alla peculiarità della fattispecie, impregiudicati i rispettivi obblighi, dopo la riconsegna, per il concessionario di procedere alla bonifica e per il concedente di consentire all'altro di eseguire le relative operazioni;

13.3. la gravata sentenza va quindi cassata per non essersi attenuta, nell'interpretazione del contratto, ai suesposti principi. — *Omissis*.



(1) Con la sentenza in commento, la Corte di cassazione torna a richiamare la c.d. "causa concreta" del contratto, definita «lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato»¹.

La elaborazione del concetto di causa del contratto² ha seguito un *iter* lungo e tormentato, che non può ancora dirsi concluso. I termini della questione, inquadrati in un contesto in cui tradizionalmente si alternavano teorie soggettive ed oggettive, possono riepilogarsi nel modo seguente. All'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942 si è fatta strada la teoria, largamente abbracciata dalla giurisprudenza³, che individuava la causa del contratto nella funzione economico-sociale oggettivamente perseguita con il negozio;

¹ In tal senso Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *I contratti*, 2007, 7, 621, con nota di RIMOLDI, ed in *Rass. Dir. Civ.*, 2008, 569 e segg., con nota di ROSSI, *La teoria della causa concreta ed il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*; ma anche da Id., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giur. It.*, 2010, 7, 1560 ed in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 5, 1, 448 con nota di DI LEO; Id., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. Giur.*, 2008, 7, 921, con nota di ROLFI.

² A tale riguardo si è rilevato che «l'unità del concetto sia

fittizia, ossia riservata al solo *nomen*», così GAMBARO, *Sintesi in conclusiva in tema di causa e contratto*, in AA. VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1997, 563 e segg.

³ Tra le tante Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro It.*, 2003 voce "Contratto in genere", 375; Id., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. It.* 1995, 1, I, 734 con nota di STICCHIERO; Id., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Giust. Civ.*, 1993, I, 2759 con nota di BATTAGLIA; Id., 7 aprile 1971, n. 1025, in *Foro It.* 1971, I, 2574.

essa, come tale, veniva riconosciuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento ed andava distinta dallo scopo che le parti si propongono di perseguire mediante il negozio oggetto della stipulazione⁴. A questa concezione è, però, stato obiettato che la causa del contratto, così ricostruita, verrebbe a coincidere, sovrapponendosi, con il tipo negoziale, provocando un'equivalenza tra causalità e tipicità; tale teoria «impedisce di dare rilevanza agli specifici elementi che concorrono a formare la ragione giustificativa di ciascun particolare contratto e che possono non essere presenti — o presentarsi diversamente — in ciascun altro contratto, anche se appartenente al medesimo tipo»⁵. L'obiezione si fondava sul presupposto che è il legislatore a determinare lo schema tipico del contratto, pertanto, per i contratti nominati, la valutazione attinente alla esistenza e liceità della causa è fatta proprio a monte dallo stesso legislatore⁶.

Si è, così, giunti a sostenere che la causa del contratto va individuata non in astratto, ma in concreto, di modo da non verificare solo la corrispondenza formale tra lo schema legale e il negozio concretamente posto in essere dalle parti; l'indagine per l'individuazione della causa deve snodarsi sulla ricerca della funzione economico-individuale del contratto e degli interessi che le parti abbiano voluto concretamente perseguire e, attraverso la stipulazione, realizzare. In quest'ottica il controllo del giudice non è più, soltanto, un formale controllo di conformità del negozio con lo schema tipico legale, ma è ben più incisivo e rivolto a verificare che l'autonomia negoziale delle parti non sia in contrasto con i principi dell'ordinamento⁷.

Anche la suprema Corte, (come si può evincere dalla sentenza in epigrafe) sembra ormai nettamente orientata verso la ricostruzione della causa del contratto in termini di concretezza; a tale riguardo un primo precedente attiene all'enunciazione di carattere generale del concetto di “causa concreta”⁸ come sintesi degli interessi delle parti, non intendendosi per questi ultimi, però, i motivi che hanno indotto le parti ad addivenire alla stipulazione (come tali irrilevanti per l'ordinamento, a meno che trattasi di motivi illeciti, comuni ad entrambe le parti e determinanti)⁹.

Altro precedente¹⁰ che si inserisce nel solco tracciato dal primo è inerente al contratto di viaggio “tutto compreso”, la cui causa concreta viene individuata nello scopo di piacere o “finalità turistica” del consumatore, evidenziandosi che esso non rappresenta un mero motivo esterno all'accordo, ma è un indice costitutivo e primario della negoziazione, attraverso il quale essa si dota di senso economico e razionale¹¹. A questa ricostruzione dei giudici di legittimità si è obiettato che essa comporterebbe un graduale, ma inesorabile ritorno alla causa intesa in senso soggettivo come espressione dei particolari scopi di parte, delle “pulsioni” attinenti alla sfera individuale del consumatore e, come tali, irrilevanti perché esterne alla struttura contrattuale. La giustificazione economica del contratto di viaggio tutto compreso andrebbe piuttosto ravvisata nello scambio fra un dare del consumatore (consistente nel pagamento del corrispettivo) ed un *facere* articolato del *tour operator* (tenuto ad una prestazione complessa consistente nella predisposizione di ogni aspetto del soggiorno).

⁴ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. Napoli, 1994, in quest'opera si ha la migliore enunciazione della teoria oggettiva della causa del contratto. V. Cass., 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Giur. It.*, 2009, 7, 1655 con nota di GALATI.

⁵ ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di IUDICA, ZATTI, Milano, 2001, 364.

⁶ ROLFI, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, in *Corr. Giur.*, 2003, 49; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di VASSALLI, Torino 1975. Per quanto attiene ai contratti innominati, la giurisprudenza ha chiarito che il controllo di meritevolezza non debba esaurirsi soltanto in senso negativo, nella verifica cioè che il contratto non violi norme imperative di legge o comunque non sia illecito, dovendo piuttosto verificarsi che il contratto sia diretto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, con la conseguenza che il giudice potrebbe negare riconoscimento a quel contratto atipico che, nonostante non sia illecito, non sia idoneo a realizzare alcuno di tali interessi. V. Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in *Corr. Giur.*, 2004, 892 con nota di PARDOLESI; Id., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. Civ.* 2001, I, 2481; Id., 5 gennaio 1994, n. 75, in *Rass. Dir. Civ.* 1996, 185 con nota di VITALE; Id., 24 settembre 1994, n. 7856, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 1014. In dottrina v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, V. II, 1, Padova 2004; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 1987, 423 e segg.; Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Torino 2009.

⁷ V. SACCO, *op. cit.*, ROPPO, *Il contratto*, cit.; BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, II. Inoltre ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e Impr.*, 2007, 2, 416; ROLFI, *La “causa come funzione economico sociale”: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. Giur.*, 2006, 12, 1718. V. Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. Giur.* 2010, 1, 58 con nota di IZZO.

⁸ V. nota 1.

⁹ Nel senso dell'irrelevanza dei motivi rispetto all'indagine sulla causa del contratto v. Cass., 10 agosto 1998, n. 7832, in *Studium iuris*, 1999, 80 e segg. con nota di FINESSI, *Il motivo illecito*; Id., 2 agosto 1977, n. 3384, in *Arch. Civ.*, 1977, 1102 e segg.; Id., 18 febbraio 1975, n. 638, in *Rep. Foro It.*, voce cit., 136. In dottrina RICCA, voce “Motivi (Dir. Priv.)”, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 286; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 159 e segg.; DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1980. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1968. Questi, in *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, parla di «contiguità, sotto il profilo funzionale, del tema dei motivi a quello della causa». Egli osserva che «il motivo, risultante dall'interpretazione, è evidentemente destinato ad incidere sulla fisionomia della causa. Serve, in sostanza, a chiarire, o, a seconda delle ipotesi, a meglio specificare e delineare la funzione stessa che al negozio intendono attribuire il suo autore o i suoi autori e quindi ad individuare le finalità, che, con esso, intendono perseguire».

¹⁰ Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *I contratti*, 2008, 241 e segg. con nota di CAVAJONI, *La “finalità turistica” come causa del contratto di viaggio* ed in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 542 e segg., con commento di NARDI, *Contratto di viaggio “tutto compreso” ed irrealizzabilità della sua funzione concreta*.

¹¹ Cfr. Cass., 24 aprile 2008, n. 10651 in *I contratti*, 2009, 3, 309 e segg. con nota di GALATI, *Contratto di viaggio all inclusive e “causa concreta”*. In essa si legge: «il viaggio tutto compreso costituisce un nuovo tipo contrattuale nel quale la “finalità turistica” non è un motivo irrilevante ma l'interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e determinando, perciò, l'essenzialità delle attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente fine del godimento della vacanza per come essa viene proposta dall'organizzatore del viaggio ed accettata dall'utente».

Ulteriore trasposizione pratica del concetto di causa concreta è rinvenibile in una pronuncia della suprema Corte avente ad oggetto un contratto di locazione di un terreno nel quale è stabilito in una clausola convenzionale che le parti procedono alla stipula allo scopo di realizzare un'area di deposito per materiali edili. L'interesse al godimento è normativamente vietato perché contrastante con i vincoli di destinazione imposti dal piano regolatore locale (nella specie la destinazione imposta dal piano urbanistico era a verde agricolo e bosco)¹²; l'estrinsecazione dello scopo nella suddetta clausola fa sì che esso non possa configurarsi come mero motivo, ma come scopo pratico che il negozio è funzionalizzato a realizzare. Esso, allora, assurge a causa concreta del contratto, qualificando dal punto di vista economico l'accordo.

Nel caso in esame le problematiche inerenti la causa in concreto, le quali si sono, seppur succintamente, illustrate si intrecciano con quelle relative all'individuazione dell'oggetto del contratto e dei limiti di esso. Il contratto in oggetto è, a parere del supremo Collegio da considerarsi come contratto atipico, al quale, in via analogica sono legittimamente applicabili le norme sulla locazione. La causa concreta non coincide, però, con quella della locazione e si denuncia come erronea (perché non rispettosa del canone dell'art. 1371 c.c. e del vaglio preliminare di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.) l'interpretazione sulla base della quale venga riconosciuto al concessionario di trattenere indefinitamente e senza alcun corrispettivo il terreno oggetto del contratto per tutta la durata delle operazioni di bonifica. Una siffatta interpretazione contrasterebbe con i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 41, 42, 44 e comporterebbe uno squilibrio contrattuale notevole, stante l'unilateralità del sacrificio imposto soltanto ad una delle parti. La Corte sottolinea che fare ricorso alla causa concreta per giustificare l'esclusione, in capo al concessionario che non dimostri l'impossibilità di procedere ai lavori di bonifica, di ogni responsabilità per il ritardo nel rilascio (ai fini dell'applicazione della norma di cui all'art. 1591 c.c.) è fuorviante; anche se rimanda al giudice del merito l'adattamento della disciplina generale alle peculiarità del caso di specie.

EMANUELA TAMBURRANO

RINUNCIA AL LEGATO

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 29 marzo 2011, n. 7098 — VITTORIA *Presidente* — MAZZACANE *Relatore* — IANNELLI *P.M.* (diff.) — B.G. (avv. Di Tullio) - F.R. (avv. Troilo).

Successione legittima e testamentaria — Rinuncia al legato avente a oggetto beni immobili — Forma scritta — Necessità (C.c. art. 649).

Il legittimario in favore del quale il testatore abbia disposto, ai sensi dell'art. 551 c.c., un legato avente a

oggetto beni immobili in sostituzione di legittima, qualora intenda conseguire la legittima, deve rinunciare al legato stesso in forma scritta ex art. 1350 c.c., n. 5, risolvendosi la rinuncia in un atto dismissivo della proprietà di beni già acquisiti al suo patrimonio; infatti, l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legittimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario, che, qualora riguardi immobili, è soggetta alla forma scritta, richiesta dall'esigenza fondamentale della certezza dei trasferimenti immobiliari (1).



Omissis. — *Motivi:* Preliminarmente deve procedersi alla riunione dei ricorsi in quanto proposti contro la medesima sentenza.

Venendo quindi all'esame del ricorso principale, si ritiene di esaminare prioritariamente per ragioni logico-giuridiche il secondo motivo con il quale la F., denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 551 e 649 c.c. nonché insufficiente e contraddittoria motivazione, assume che erroneamente la Corte territoriale ha escluso la possibilità di un acquisto "ope legis" del legato in sostituzione di legittima e conseguentemente ha negato la necessità di una sua rinuncia, da eseguirsi in forma scritta in quanto riguardante un legato di beni immobili.

La ricorrente principale sostiene che tale assunto si pone in contrasto con l'indirizzo consolidato di questa Corte secondo cui anche il legato in sostituzione di legittima si acquista automaticamente all'apertura della successione; aggiunge inoltre che, poiché l'art. 551 primo comma c.c., impone una espressa rinuncia al legato qualora il legittimario voglia ottenere la quota ad esso spettante, interpretando anche il secondo comma della menzionata norma come una disposizione che imponga una espressione di volontà per il conseguimento del legato, si giungerebbe alla conclusione che il legato in sostituzione di legittima non produrrebbe alcun effetto fino a che il legatario non esprimesse la sua volontà in un senso o nell'altro; conclusione, quest'ultima, inaccettabile sia in relazione all'art. 649 c.c. in materia di legato, sia per l'impossibilità di configurare nell'art. 551 secondo comma ex, una deroga implicita alle regole generali sul legato, sia perché per questa via si finirebbe per equiparare la figura del legatario in sostituzione di legittima a quella dell'erede chiamato all'eredità che deve decidere se accettare o meno l'eredità medesima.

Con il terzo motivo la F., deducendo violazione degli artt. 551 e 649 c.c. nonché insufficiente e contraddittoria motivazione, censura la sentenza impugnata per aver affermato che, poiché non sarebbe configurabile l'acquisto "ope legis" del legato, non sarebbe necessaria alcuna rinuncia, ma semplicemente e diversamente un mero rifiuto, anche tacito, che come tale può essere espresso anche mediante l'azione di riduzione.

La ricorrente principale rileva che in tal modo, nel tentativo di far prevalere una interpretazione fondata sulla lettera della legge (valorizzando sino all'estremo la locuzione "se preferisce conseguire" di cui all'art. 551 secondo comma c.c.), si finisce per stravolgere il senso e la lettera del primo comma dello stesso articolo, dove è previsto che il legittimario "può rinunciare al legato"; inoltre il giudice di appello non ha tenuto conto che il B, che non era erede legittimario di G.F., non poteva aver ereditato dalla propria madre la facoltà di rinunciare al legato dalla stessa ricevuto.

¹² Contrasto che conduce irrimediabilmente alla nullità del contratto di locazione per contrasto con norme imperative. Cfr. Cass., 7 ottobre 2008, n. 24769 in *Giur. It.*, cit.

Le enunciate censure, da esaminare congiuntamente per ragioni di connessione, attengono entrambe alla statuizione della Corte territoriale che, come già riferito, ha negato che l'esperibilità dell'azione di riduzione da parte di G.B. fosse preclusa dalla mancata rinuncia in forma scritta da parte di B.M. al legato avente ad oggetto beni immobili, avendo affermato, sulla scorta di autorevole indirizzo dottrinario, che la cosiddetta rinuncia al legato non si risolve in un atto dimissivo di diritti di cui il disponente è divenuto titolare, ma configura solamente un atto impeditivo del loro acquisto, come tale non soggetto a vincoli formali; tale assunto sarebbe poi specificatamente avvalorato riguardo al legato in sostituzione di legittima, posto che l'art. 551 secondo comma c.c. prevede espressamente che il legittimario preferisca "conseguire il legato"; pertanto, trattandosi di un mero rifiuto, l'atto suddetto non necessiterebbe di forme solenni, e dunque potrebbe essere espresso anche mediante l'esercizio dell'azione di riduzione.

Orbene l'esame della questione ora enunciata, che ha determinato l'emissione della menzionata ordinanza interlocutoria della seconda sezione civile di questa Corte, comporta da un lato una rassegna dell'orientamento giurisprudenziale finora maturatosi al riguardo, e dall'altro una disamina degli spunti critici sollevati dalla dottrina in senso contrario che hanno costituito la base del convincimento espresso in proposito dalla sentenza impugnata.

Sotto un primo profilo quindi deve richiamarsi l'indirizzo giurisprudenziale costante di questa Corte secondo cui, poiché il legato si acquista senza bisogno di accettazione, la rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili, risolvendosi in un atto di dismissione della proprietà di beni già acquisiti al patrimonio del rinunciante, ai sensi dell'art. 1350 n. 5 c.c. deve essere espressa per iscritto a pena di nullità (vedi in tal senso "ex multis" Cass. 8-4-1954 n. 1040; Cass. 5-6-1971 n. 1683; Cass. 26-1-1990 n. 459; Cass. 2-2-1995 n. 1261; Cass. 3-7-2000 n. 8878; Cass. 22-7-2004 n. 13785; Cass. 22-6-2010 n. 15124); queste conclusioni vengono estese alla rinuncia al legato in sostituzione di legittima sulla base del rilievo che anche in questa ipotesi il legato si acquista di diritto all'apertura della successione, e l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legittimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario, condizione che però non sottrae quest'ultima, qualora riguardi beni immobili, alla forma scritta richiesta dalla esigenza fondamentale della certezza dei trasferimenti immobiliari (così in particolare in motivazione Cass. 2-2-1995 n. 1261).

In senso contrario si è sviluppata una dottrina la cui elaborazione, risalente a diversi decenni orsono, muove dalla considerazione che la rinuncia al legato non avrebbe natura di vera rinuncia, ovvero di atto con cui si dismette un diritto già acquistato, ma piuttosto di atto ostativo o impeditivo dell'acquisto; la rinuncia quindi impedirebbe il perfezionarsi della fattispecie dell'acquisto, come sarebbe confermato dall'inciso "salva la facoltà di rinunciare" contenuto nell'art. 649 primo comma c.c., che invero altrimenti non avrebbe senso, atteso che ogni acquisto di un diritto privato e perciò disponibile fa sorgere nell'acquirente una tale facoltà; a conforto di tale assunto si sostiene che se la rinuncia al legato fosse dimissiva di un diritto già acquisito, essa dovrebbe comportare, per quanto riguarda gli immobili, il trasferimento della loro proprietà allo Stato (ai sensi dell'art. 827 c.c.), laddove invece è indubitabile che tali beni tornano a far parte del compendio ereditario come se il periodo intercorrente tra l'apertura della successione e la rinuncia al legato non fosse mai esistito.

L'adesione a tale impostazione determina quindi di per sé la conseguenza che anche la rinuncia al legato in sostituzione di legittima disciplinato dall'art. 551 c.c. avente ad oggetto beni immobili non è soggetta necessariamente alla forma scritta.

I fautori dell'orientamento in esame traggono comunque ulteriori motivi a sostegno del loro assunto, come pure evi-

denziato nell'ordinanza della seconda sezione di questa Corte sopra menzionata, dall'esame del secondo comma della disposizione da ultimo richiamata, secondo la quale il legittimario in sostituzione di legittima "Se preferisce di conseguire il legato, perde il diritto di chiedere un supplemento, nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima, e non acquista la qualità di erede"; invero in tal caso l'adesione al legato determina la perdita non solo del diritto alla rinuncia ma anche di quello alla quota di legittima, cosicché non sarebbe possibile prescindere dalla volontà del legittimario, e questa esigenza spiegherebbe il diritto di scelta attribuito a quest'ultimo dalla disposizione ora richiamata tra l'accettazione del legato ed il conseguimento della legittima onde bilanciare l'eccezionale potere attribuito ai testatore di privarlo del suo diritto ad una quota di eredità tacitandolo con il lascito di beni determinati; quindi, pur volendo ritenere automatico l'acquisto del legato ai sensi dell'art. 649 c.c., per il legittimario cui sia stato lasciato un legato in sostituzione di legittima la legge prevederebbe una accettazione del legato, con la conseguenza che prima di tale atto, non essendo ancora entrati i beni immobili oggetto del lascito nel patrimonio del legittimario stesso, non si porrebbe la necessità di una rinuncia a tale legato nella forma scritta.

Orbene nel procedere alla valutazione di tale autorevole indirizzo dottrinario occorre anzitutto muovere dall'interpretazione dell'art. 649 c.c., che disciplina l'acquisto del legato, per verificarne gli effetti per quanto riguarda la forma della rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili, e poi accertare se l'art. 551 c.c., dettato per il legato in sostituzione di legittima, autorizzi in ogni caso (e dunque anche a prescindere dalle conclusioni che si trarranno dall'analisi dell'art. 649 c.c.) una autonoma risposta al quesito relativo alla forma della rinuncia a tale legato, sempre ovviamente nel caso che il lascito abbia ad oggetto beni immobili.

Sotto un primo profilo deve ritenersi che l'art. 649 c.c. non giustifichi una sua lettura diversa da quella costantemente seguita da questa Corte ed anche da una buona parte della dottrina, considerato che il primo comma di tale norma, nel prevedere che "il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare", depone inequivocabilmente per l'automaticità dell'acquisto, con la conseguenza che l'esercizio della "facoltà" di rinuncia comporta la dismissione di una attribuzione già acquisita al patrimonio del legatario; non meno significativamente poi il secondo comma della disposizione in esame prescrive che "Quando oggetto del legato è la proprietà di una cosa determinata o altro diritto appartenente al testatore, la proprietà o il diritto si trasmette dal testatore al legatario al momento della morte del testatore", cosicché l'acquisto del legato avente ad oggetto beni immobili avviene senza soluzione di continuità fin dal momento dell'apertura della successione.

È opportuno aggiungere che tale prima conclusione, legittimata dal chiaro ed inequivocabile tenore della disposizione in esame, non comporta l'assoluta inutilità dell'accettazione del legato, posto che il comportamento del legatario può assumere rilevanza come manifestazione della sua volontà di rendere definitivo ed irretrattabile l'acquisto già verificatosi "ex lege", o come manifestazione della opposta volontà di spogliarsi del diritto e della qualità come innanzi acquistati, evenienza quest'ultima che produce tra l'altro l'effetto previsto dall'art. 467 secondo comma c.c. in materia di rappresentazione nella successione testamentaria, nel caso in cui l'istituto non possa o non voglia accettare il legato; in mancanza di conferma dell'acquisto o di rinuncia si determina pertanto una situazione di incertezza (che quindi riguarda non già l'acquisto del legato ma la stabilità del medesimo) che può essere rimossa, da parte di chiunque vi abbia interesse, attraverso l'azione prevista dall'art. 650 c.c. chiedendo all'autorità giudiziaria la fissazione di un termine entro il quale il legatario dichiara se intende esercitare la facoltà di rinunciare.

Tale regime dell'acquisto del legato, nel diversificarsi dall'acquisto dell'eredità (che ai sensi degli artt. 470 e seguenti

c.c. deve essere accettata per produrre effetto), è coerente con il principio della non responsabilità per i debiti ereditari da parte del legatario, il quale invero è tenuto all'adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto dal testatore entro i limiti del valore della cosa legata (art. 671 c.c.).

Da queste premesse discende quindi la conseguenza che per la rinuncia ad un legato avente ad oggetto beni immobili è necessaria la forma scritta ai sensi dell'art. 1350 n. 5 c.c.; tali conclusioni non sono infirmate dal sopra enunciato rilievo in senso contrario secondo cui tale assunto non spiegherebbe come mai il bene oggetto del legato a seguito della rinuncia rientri nell'asse ereditario; invero ciò deriva dal fatto che la rinuncia determina la risoluzione dell'acquisto già avvenuto in favore del legatario con effetto retroattivo al tempo dell'apertura della successione, come è confermato sia dalla retroattività della rinuncia all'eredità espressamente prevista dall'art. 521 c.c., sia, come è stato osservato in dottrina, dalla equivalenza, ai fini dell'accrescimento tra collegatari, delle ipotesi in cui il legatario non possa o non voglia acquistare il legato (artt. 674-675 c.c.); pertanto la retroattività spiega il ripristino della situazione antecedente, e tale "*fictionis juris*" opera come se l'acquisto del legato da parte del legatario rinunciante non fosse mai avvenuto.

Occorre a tal punto focalizzare l'attenzione sull'art. 551 c.c. che disciplina il legato in sostituzione di legittima; il primo comma di tale disposizione prevede che "Se a un legittimario è lasciato un legato in sostituzione di legittima, egli può rinunciare al legato e chiedere la legittima"; orbene tale norma, prevedendo espressamente la rinuncia al legato quale condizione del diritto di conseguire la legittima, sul presupposto che il testatore ha inteso soddisfare i diritti del legittimario con una disposizione a titolo particolare tacitativa di essi, stabilisce che la volontà del legittimario di ottenere la sua quota di riserva è condizionata alla dismissione del legato in esame, e conferma la necessità della rinuncia ad esso, rinuncia quindi da manifestare nella forma scritta qualora il legato abbia ad oggetto beni immobili; come invero è stato rilevato, la rinuncia al legato sostitutivo cui l'art. 551 primo comma c.c. subordina la facoltà dell'onorato di chiedere la legittima, non può desumersi di per sé dalla sola dichiarazione di rifiutare le disposizioni testamentarie in quanto lesive dei diritti del legittimario, non potendosi negare a priori a siffatta dichiarazione il significato proprio di una riserva di chiedere soltanto l'integrazione della legittima, ferma restando l'attribuzione del legato (Cass. 14-4-1992 n. 4527; Cass. 11-11-2008 n. 26955).

Il secondo comma dell'art. 551 c.c. prevede poi che se il legittimario "preferisce di conseguire il legato, perde il diritto di chiedere un supplemento, nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima, e non acquista la qualità di erede. Questa disposizione non si applica quando il testatore ha espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento"; secondo i fautori della tesi per la quale la rinuncia del legittimario al legato avente ad oggetto beni immobili non richiede necessariamente la forma scritta, tale disposizione contemplerebbe una opzione e quindi un atto di accettazione del legato da parte del legittimario, come evidenziato dall'uso del termine "preferisce", sottolineando che tale scelta si impone per gli effetti rilevanti che derivano dalla adesione al legato, ovvero la privazione della quota di legittima.

Tale convincimento non è condivisibile sulla base delle seguenti considerazioni.

In realtà la disposizione in esame stabilisce gli ulteriori effetti derivanti dall'acquisizione del legato in sostituzione di legittima (oltre la preclusione a chiedere la legittima sancita dal primo comma dell'art. 551 c.c.), escludendo per il legittimario il diritto di chiedere un supplemento nell'ipotesi in cui il valore dell'oggetto del legato risulti inferiore a quello della quota di legittima; si tratta quindi di una disposizione che, disciplinando pur sempre le conseguenze discendenti dall'attribuzione e quindi dal conseguimento di un legato in sostituzione di legittima — conseguenze ulteriori rispetto a quelle già previste dal primo comma dello stesso articolo,

laddove la rinuncia al legato, come si è visto, è espressamente prevista come condizione per chiedere la legittima — non può portare coerentemente a conclusioni diverse con riferimento ad una pretesa necessaria accettazione del legato in questo secondo caso, tantomeno estensibili alla ipotesi del legittimario che intenda chiedere la legittima disciplinata dal comma precedente (che è poi quella ricorrente nella fattispecie oggetto della presente controversia); pertanto l'interpretazione più corretta dell'espressione "se preferisce conseguire il legato, perde il diritto di chiedere il supplemento" induce a ritenere che la perdita del diritto di chiedere un supplemento derivi non già da una manifestazione di volontà di acquistare il legato (invero non necessaria al fine del conseguimento dello stesso), ma dalla mancata rinuncia, da effettuarsi nella forma scritta qualora il legato abbia ad oggetto beni immobili; in altri termini, quindi, l'interpretazione coordinata del primo e del secondo comma dell'art. 551 c.c. consente di affermare che la mancata rinuncia al legato in sostituzione di legittima (da effettuarsi nella forma scritta qualora abbia ad oggetto beni immobili) comporta la preclusione del diritto di chiedere sia la legittima, sia un suo supplemento nel caso che il valore del legato sia inferiore ad essa (salvo in quest'ultimo caso che il testatore abbia espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento); il convincimento ora espresso pertanto trova conforto nell'inquadramento sistematico della norma di cui all'art. 551 secondo comma c.c. in un contesto caratterizzato non solo dal principio generale di cui all'art. 649 c.c. in materia di accettazione del legato e da quello dell'art. 1350 n. 5 c.c. in tema di forma scritta a pena di nullità per gli atti di rinuncia a beni immobili ed ai diritti su beni immobili, ma anche dalla disposizione dello stesso primo comma dell'art. 551 c.c. (omissis); invero la necessità della forma scritta per la rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili discende dal coordinamento delle disposizioni di carattere generale di cui agli artt. 649 c.c. e 1350 n. 5 c.c. sopra richiamati. — *Omissis*.

In conclusione quindi, ritenuti fondati i motivi in esame, deve essere enunciato il seguente principio di diritto: il legittimario in favore del quale il testatore abbia disposto ai sensi dell'art. 551 c.c. un legato avente ad oggetto beni immobili in sostituzione di legittima, qualora intenda conseguire la legittima, deve rinunciare al legato stesso in forma scritta ex art. 1350 n. 5 c.c. — *Omissis*.

La Corte territoriale ha ritenuto tardiva l'eccezione sollevata dalla F. per la prima volta nell'atto di appello in ordine alla mancata rinuncia da parte della B. al legato attribuito dal "*de cuius*" nella forma scritta; tale assunto non può essere condiviso, considerato che, coerentemente con il principio di diritto enunciato in occasione dell'esame del secondo e del terzo motivo del ricorso principale, deve ritenersi che la mancata rinuncia per iscritto ai sensi dell'art. 1350 n. 5 c.c., da parte del legittimario che agisce per chiedere la legittima, al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili, è rilevabile d'ufficio senza necessità di eccezione della controparte (Cass. 18-4-2000 n. 4971; Cass. 3-7-2000 n. 8878; Cass. 16-5-2007 n. 11288).

Per le considerazioni finora espresse il ricorso principale deve essere accolto. — *Omissis*.

In definitiva quindi la sentenza impugnata deve essere cassata all'esito dell'accoglimento del ricorso principale, e la causa deve essere rinviata ad altra sezione della Corte di Appello di Roma per un nuovo esame della controversia in conformità del principio di diritto sopra enunciato in occasione dell'esame del secondo e del terzo motivo del ricorso principale nonché per la pronuncia sulle spese del presente giudizio.

P. Q. M.

La Corte riunisce i ricorsi, accoglie il ricorso principale, dichiara assorbito il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata in relazione all'accoglimento del ricorso principale e rinvia la causa anche per la pronuncia sulle spese del presente giudizio ad altra sezione della Corte di Appello di Roma. — *Omissis*.

(1) La forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente a oggetto beni immobili

Con la sentenza in commento, la suprema Corte di cassazione è prepotentemente tornata a pronunciarsi sulla necessità della forma scritta per la rinuncia a un legato immobiliare.

Per arrivare a comprendere il complesso *iter* che ha portato la giurisprudenza di legittimità a una tale pronuncia, bisogna innanzitutto cogliere le profonde differenze intercorrenti tra l'acquisto dell'eredità e l'acquisto del legato.

La prima, infatti, si acquista per effetto di un atto d'accettazione (che può essere puro e semplice ovvero con beneficio d'inventario, a seconda dei casi), mentre, a norma dell'art. 649 c.c., «il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare. Quando oggetto del legato è la proprietà di una cosa determinata o altro diritto appartenente al testatore, la proprietà o il diritto si trasmette dal testatore al legatario al momento della morte del testatore. Il legatario però deve domandare all'onerato il possesso della cosa legata, anche quando ne è stato espressamente dispensato dal testatore». Considerando infatti che, generalmente, l'acquisto a titolo di legato comporta un incremento patrimoniale, risulta improbabile¹, agli occhi del nostro legislatore, che il beneficiario dell'attribuzione a titolo particolare non voglia acquistare il diritto. Pertanto, il nostro ordinamento contempla l'acquisto automatico, facendo in ogni caso salva la facoltà di rinuncia.

Si tratta di un acquisto *ope legis*, che avviene al momento dell'apertura della successione coincidente con la delazione.

Ciò non significa che l'eventuale accettazione sia superflua, mirando alla consolidazione degli effetti nonché alla loro definitività e pertanto precludendo la rinuncia².

L'alternativa all'acquisto automatico dell'attribuzione a titolo particolare è costituita dalla possibilità per il legatario di rinunciare, con ciò preservando la propria sfera giuridica³. Controversa è però la natura giuridica di quest'atto di rinuncia, essendosi da sempre contrapposti due orientamenti.

Secondo una prima tesi⁴, la rinuncia risolverebbe *ex tunc* gli effetti di un acquisto già verificatosi in capo al legatario. Tale atto, infatti, attua una *factio iuris* in forza della quale è come se il legatario non avesse mai acquistato il diritto. Si tratterebbe pertanto di un'ipotesi di rinuncia abdicativa (o rinuncia in senso stretto), che

renderebbe attuale un "ritorno" del bene alla massa ereditaria, ovvero un'eventuale chiamata in sostituzione. Effettuata la rinuncia, il legatario viene considerato come se mai fosse stato tale⁵.

Emerge nitidamente dalla natura dismissiva che quest'impostazione vuol riconoscere alla rinuncia al legato una sostanziale differenza tra rinuncia all'eredità e rinuncia al legato.

Infatti, nella prima, alla morte del testatore vi è un'offerta delle sostanze ereditarie cui dovrà far riscontro un'accettazione del delato. La rinuncia da parte di quest'ultimo ha l'effetto di interrompere quella che è una fattispecie a formazione progressiva, spezzando il filo rosso tra delazione e acquisto⁶.

Nella seconda ipotesi, invece, coincidendo il momento della delazione con il momento acquisitivo, un'eventuale rinuncia non blocca il procedimento acquisitivo ma, come detto, lo risolve con efficacia *ex tunc*.

Tale retroattività rappresenta poi il crinale di distinzione tra la rinuncia al legato e la rinuncia alla *res legata*; con la prima, il legatario si considera come mai chiamato alla successione; la seconda, invece, presuppone un acquisto già definitivamente avvenuto senza, pertanto, effetti retroattivi⁷.

Altra parte della dottrina, invece, qualifica la rinuncia al legato non come un atto di dismissione di un diritto già acquisito, quanto piuttosto come un atto impeditivo dell'acquisto stesso, che si frappone all'attuarsi della fattispecie acquisitiva⁸ e concreta un'*omissio acquirendi*⁹. La rinuncia, pertanto, configurerebbe un rifiuto impeditivo dell'ingresso del bene nella sfera giuridica del legatario, concretando un ritorno dello stesso nella massa ereditaria.

Sotto il profilo strutturale, la rinuncia al legato integra negozio unilaterale non recettizio, dato che, onde risulti valida, non è previsto che debba essere indirizzata a un soggetto determinato quale, ad esempio, l'onerato ovvero il chiamato in sostituzione¹⁰. Isolata e risalente appare sul punto la tesi¹¹ che sosteneva la necessità che tale rinuncia sia rivolta all'onerato.

Argomento su cui si sono da sempre accertati grossi contrasti è proprio la forma della rinuncia al legato. Gli stessi sono dovuti anche al silenzio codicistico sul punto, osservandosi una differenza con la rinuncia all'eredità, che, a norma dell'art. 519 c.c., deve essere espressa.

Secondo parte della dottrina¹², ne conseguirebbe che la rinuncia al legato potrebbe essere tacita o implicita, dovendo, in tal caso, risultare la volontà di rifiutare¹³ il legato da atti univoci compiuti dal beneficiario.

¹ In tal senso BONILINI, *Diritto delle Successioni*, Roma-Bari, 2004, 204.

² In tal senso BONILINI, *op. cit.*, 205.

³ Così MARGIOTTA, *La forma della rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili*, in *Il diritto per i concorsi*, n. 4/2011, 11 e segg.

⁴ PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. C.C.* a cura di D'Amelio, Finzi, Firenze, 1941, 544.

⁵ MASI, *Dei legati*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1979, 11.

⁶ Cfr. ROMANO, in AA.VV., *Diritto delle Successioni* a cura di Calvo, Perlingieri, II, Napoli, 2009, 1001.

⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1985, 685.

⁸ Per tutti TRABUCCHI, voce "Legato (dir. civ.)", in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 617.

⁹ L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, 37.

¹⁰ MASI, *op. cit.*, 12.

¹¹ D'AVANZO, *Delle Successioni (Parte speciale)*, II, Firenze, 1941, 920.

¹² MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, 507. In senso contrario, D'AVANZO, *op. cit.*, 920, ad avviso del quale, stante la natura recettizia del negozio di rinuncia, deve escludersi la possibilità di rinuncia tacita.

¹³ Cass. civ., 22 maggio 1963, n. 1337, in *Foro Pad.*, 1963, II, c. 32.

In aderenza a tale autorevole dottrina si rinvengono anche recenti pronunciati giurisprudenziali¹⁴.

Dovrebbe in ogni caso risultare pacifico che non è possibile applicare alla rinuncia al legato quanto disposto dall'art. 519 c.c. in materia di rinuncia all'eredità, stante la tassatività (e quindi non suscettibilità di applicazione analogica) delle ipotesi di forma *ad substantiam*¹⁵.

Alcuni autori¹⁶ precisano che la rinuncia al legato può essere implicita e risultare anche per *facta concludentia* qualora l'oggetto del legato non sia un diritto reale immobiliare.

La questione assume peraltro maggiore interesse qualora la medesima rinuncia riguardi un legato avente a oggetto un diritto reale immobiliare.

In altre parole, se per tale atto del beneficiario-legatario sia necessario applicare il disposto dell'art. 1350, comma 1, n. 5, c.c., che sancisce la necessità dell'atto pubblico o della scrittura privata per gli atti di rinuncia a diritti reali immobiliari.

Per rispondere al quesito innanzi posto, soccorrono le due ricostruzioni sopra indicate in ordine alla natura giuridica della rinuncia al legato.

Qualora si qualifichi tale rinuncia come un rifiuto impeditivo dell'ingresso stesso del bene nel patrimonio del legatario, non sarà necessario il rispetto di alcuna forma, in quanto il bene farebbe ancora parte della massa ereditaria e pertanto, in qualsivoglia modo lo si esprima, tale rifiuto non andrebbe a minare la certezza dei traffici giuridici e l'affidamento dei terzi¹⁷.

Ove, viceversa, si ritenga che la rinuncia *de quo* risolva l'acquisto di un diritto già entrato nel patrimonio del legatario, facendo ritornare retroattivamente il bene nella massa ereditaria, diventa, per tale atto di dimissione, giocoforza applicabile l'art. 1350, n. 5, c.c., che impone l'atto pubblico o la scrittura privata per gli atti di rinuncia a diritti reali immobiliari¹⁸.

La natura immobiliare dell'oggetto del legato costituisce pertanto l'unico vero limite al principio della libertà di forma. In tal senso non può che condividersi l'orientamento della suprema Corte oggetto del presente commento, proprio perché la forma scritta (atto pubblico o scrittura privata autenticata) è funzionale a garantire la certezza dei traffici giuridici e l'affidamento dei terzi¹⁹.

Restano infine da chiarire le ulteriori peculiarità che caratterizzano una rinuncia a un legato in sostituzione di legittima avente a oggetto beni immobili.

Con il legato in sostituzione di legittima, previsto e disciplinato dall'art. 551 c.c., il testatore intende tacitare i diritti di un legittimario mediante un'attribuzione a titolo particolare, di per sé svincolata da ogni riferimento alla concreta dimensione della quota di riserva. Recita testualmente tale norma: «Se a un legittimario è lasciato un legato in sostituzione di legittima,

egli può rinunciare al legato e chiedere la legittima. Se il legittimario preferisce di conseguire il legato, perde il diritto di chiedere un supplemento, nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima, e non acquista la qualità di erede. Questa disposizione non si applica quando il testatore ha espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento». Si tratta, in altri termini, di un legato sottoposto alla condizione risolutiva e potestativa della rinuncia. Inoltre, nel caso di specie la rinuncia è funzionale al conseguimento della legittima mediante l'esperimento dell'azione di riduzione. Una volta esperita vittoriosamente l'azione di riduzione, rimuovendo per mezzo della stessa l'efficacia preclusiva delle disposizioni testamentarie, il legittimario acquista la qualità di erede²⁰ e si rileva come, a maggior ragione, tali conclusioni siano avvalorate nell'ipotesi disciplinata dall'art. 551 c.c., laddove l'esclusione del legittimario dalla delazione ereditaria è accompagnata da una disposizione in suo favore a titolo particolare in sostituzione della quota di legittima. Non può infatti dubitarsi che l'istituto in esame risponda a un'esigenza di bilanciamento tra la tutela dei diritti del legittimario e il riconoscimento della volontà del testatore di escludere quest'ultimo dalla partecipazione alla comunione ereditaria, risultando quest'ultima automatica alla morte del testatore, mentre risulta sottoposta alla condizione risolutivo-potestativa della rinuncia del legittimario pretermesso la prima. Viceversa, l'accettazione del legato significherebbe implicitamente rinuncia all'azione di riduzione e, come detto, impossibilità di richiedere il supplemento qualora il valore del bene conseguito sia inferiore alla legittima.

Pertanto, sottolineando i rilevanti effetti che comporta la rinuncia al legato sostitutivo, appare evidente la particolarità del caso sottoposto all'attenzione della suprema Corte.

All'interno del contesto normativo delineato dagli artt. 551 e 649 c.c., chi vuol rinunciare a un legato sostitutivo immobiliare è in ogni caso tenuto anch'esso al rispetto dei principi di certezza dei traffici giuridici e di affidamento dei terzi. E tali principi possono ricevere adeguato ossequio solo ove l'atto dismissivo rivesta forma scritta, la quale, pubblicizzata nelle forme di legge, è funzionale all'esperimento dell'azione di riduzione e all'ottenimento della qualità di erede.

Il principio di libertà di forma, in tal senso, rimane valido solo qualora l'oggetto del legato non sia un bene immobile, restando invece ferma l'applicazione dell'art. 1350, n. 5, c.c. ove l'oggetto abbia natura immobiliare. Tale assunto è comunque stato affermato dalla suprema Corte in suoi molteplici precedenti e aveva già trovato l'adesione di autorevole dottrina²¹.

MARCO FILIPPO GIORGIANNI

¹⁴ Cass. civ., 15 maggio 1997, n. 4287, in *Riv. Notar.*, n. 2/1998, 757 e segg.

¹⁵ In questi termini MARGIOTTA, *op. cit.*, 13.

¹⁶ Cfr. MASI, voce "Legato", in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 3.

¹⁷ Così MARGIOTTA, *op. loc. cit.*

¹⁸ Cass. civ., 10 luglio 2003, n. 926, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 6; Id., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Riv. Notar.*, n. 2/1990, 1121.

¹⁹ MARGIOTTA, *op. loc. cit.*

²⁰ In tal senso v. Cass. civ., 9 dicembre 1995, n. 12632; Id., 3 dicembre 1996, n. 10775; Id., 15 giugno 2006, n. 13804.

²¹ Cass. civ., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Riv. Notar.*, n. 2/1990, 125 e segg., con nota di DI MAURO, *In tema di forma della rinuncia al legato avente per oggetto beni immobili*, e in *Giust. Civ.*, I, 1990, 1241 e segg. Al riguardo v. altresì MIRABELLI-SCANZANO, *Legato in sostituzione di legittima — Rinuncia — Forma — Prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1990, 602.

DANNO DA MORTE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 24 marzo 2011, n. 6754 — PREDEN *Presidente* — AMATUCCI *Relatore* — VELARDI P.M. (parz. diff.) — M.L. ed altri (avv.ti Gentile, Macchion) - Milano Assicurazioni s.p.a. (avv.ti Perilli, Morelli) ed altri.

Risarcimento del danno — Responsabilità extracontrattuale — Danno da morte — Danno c.d. tanatologico — Risarcibilità — Esclusione — Danno c.d. catastrofale — Ammissibilità (C.c. artt. 2043, 2054, 2059).

Nell'ipotesi di fatto illecito determinante il decesso della persona offesa, è risarcibile iure hereditario il c.d. danno catastrofale, consistente nella percezione della propria agonia da parte della vittima, nonché iure proprio il danno non patrimoniale patito da parte dei congiunti, ma non il c.d. danno tanatologico consistente nella mera lesione del diritto alla vita (1).



Omissis. — 1. — Il (*Omissis*), sei o sette ore dopo un incidente stradale, M.C. morì per le lesioni riportate.

La causa promossa dai congiunti si concluse con l'accertamento della concorrente responsabilità del conducente di una vettura non identificata (nella misura del 60%), del conducente della vettura che aveva lateralmente sospinto quella sulla quale viaggiava come trasportata la M. (per il 20%) e del conducente di tale ultima vettura (per il 20%).

Con sentenza del 18.4.2003 il tribunale di Brescia condannò dunque i convenuti, fra i quali la Maa Assicurazioni s.p.a. (poi Milano Assicurazioni s.p.a.) per il Fondo di garanzia, a risarcire ai genitori della vittima (M.L. e P.A.) ed al fratello (M.G.) i danni patiti, liquidati in Euro 514.314,14 per i primi due ed in Euro 75.000,00 per il terzo, inclusa la somma di Euro 197.544,76 loro riconosciuta iure hereditario per il danno biologico subito dalla defunta.

2. — La decisione è stata parzialmente riformata dalla corte d'appello di Milano con sentenza n. 490 del 12.6.2006. Per quanto in questa sede ancora interessa, la corte territoriale ha escluso tale ultima voce di danno in considerazione della brevità del periodo di sopravvivenza; ed ha, inoltre, ridotto gli importi per il danno da "perdita parentale" (da Euro 50.000,00 ad Euro 30.000,00 per ciascun genitore e da Euro 25.000,00 ad Euro 15.000,00 per il fratello della vittima) sul rilievo che, essendo state già liquidate a titolo di "danno morale" le somme di Euro 100.000,00 per ciascun genitore e di Euro 50.000,00 per il fratello, le indicate minori somme apparivano più eque, giacché quelle riconosciute erano talmente cospicue da identificarsi, sia pure in parte, con la sofferenza morale ricollegabile all'anzidetto diverso profilo di danneggiamento. 3. — Avverso detta sentenza ricorrono per cassazione M.L., M.G. ed F.A., affidandosi a due motivi.

Resistono con distinti controricorsi la RAS s.p.a. e la Milano Assicurazioni s.p.a., la quale ultima propone anche ricorso incidentale basato su due motivi.

Tutte le parti hanno depositato memoria illustrativa.

Motivi:

1. — I ricorsi vanno riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

Il ricorso principale M.-F.

2. — Col primo motivo — denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 e 2059 c.c. nonché ogni possibile tipo di vizio della motivazione su punto decisivo — i ricorrenti si dolgono che la corte d'appello:

a) non abbia liquidato alcunché per il danno morale subito dalla defunta pur avendo dichiarato di aderire al principio enunciato da Cass., n. 11601/05, secondo il quale la brevità del periodo di sopravvivenza alle lesioni (in quel caso di due ore), se esclude l'apprezzabilità ai fini risarcitori del deterio-

ramento della qualità della vita in ragione del pregiudizio della salute ed è pertanto ostativa alla configurabilità del danno biologico risarcibile, non elide affatto la possibilità che il soggetto abbia potuto percepire le conseguenze catastrofiche delle lesioni e patire dunque una sofferenza il cui diritto al risarcimento, sotto il profilo del danno morale, era entrato a far parte del suo patrimonio quando è sopravvenuta la morte e può dunque essere fatto valere iure hereditatis;

b) non abbia ritenuto il danno biologico e quello della perdita della vita sempre configurabili quando la morte non sia immediata, indipendentemente dal fatto che la sopravvivenza sia breve o prolungata, secondo il principio enunciato da Cass., n. 15760/06.

È formulato il seguente quesito di diritto: "se, nel caso di sopravvivenza per sei o sette ore dopo il fatto lesivo, debba ritenersi la sussistenza di un danno diretto della vittima; se questo sussista in tutte e tre le componenti denominate biologico, morale e tanatologico; se sia trasmissibile integralmente iure hereditatis". 2.1. — In ordine al denunciato vizio di motivazione non sono offerte le indicazioni di cui all'art. 366 bis c.p.c., sicché la relativa censura è inammissibile.

Quanto al dedotto vizio di violazione di legge deve preliminarmente rilevarsi che né in ricorso né in sentenza è detto se, in relazione alle risultanze di fatto, la defunta versasse o no in stato di coscienza durante le 6/7 ore di sopravvivenza alle lesioni (ma la Milano Assicurazioni afferma in memoria che era pacifico che fosse in coma). In tale contesto, lo scrutinio del motivo non può essere condotto supponendosi una situazione di fatto (stato di coscienza della vittima) non risultante dalla sentenza e non affermata dai ricorrenti.

Non v'è dunque spazio per il risarcimento del danno cosiddetto "catastrofale", il quale presuppone la consapevolezza in capo alla vittima dell'imminenza della morte o della gravissima entità delle lesioni subite, consentendo che il danno da sofferenza patita ("morale" nell'accezione del termine precedente a Cass., sez. un., n. 26972/08) possa essere fatto valere iure hereditario per essere già entrato a far parte del patrimonio della vittima al momento della sua morte (cfr., ex multis, Cass., 11601/05, 17177/07, 458/09).

Il danno non è infatti risarcibile (salvo che per il tempo di sopravvivenza, ma la questione non è neppure posta in questa sede, in relazione alla brevità dell'intervallo di tempo tra lesioni e decesso) sotto il profilo delle conseguenze negative della lesione sulla qualità della vita del soggetto direttamente inciso, che connota il danno tradizionalmente definito "biologico". Il quale, come s'è più volte chiarito, consegue alla lesione dell'integrità psico-fisica, dunque alla lesione del diritto alla salute e non alla lesione del diritto alla vita.

Diritto alla vita che, in una virtuale scala gerarchica, è sicuramente il primo tra tutti i diritti inviolabili dell'uomo ed è senza dubbio, in ogni contesto e con le più variegate modalità, ampiamente garantito, com'è assolutamente ovvio; ma che non è tuttavia suscettibile di essere tutelato, quando è lesa da terzi che provochino la morte di chi ne è titolare, a favore dello stesso soggetto che lo abbia perso, appunto morendo.

Del tutto improduttive paiono le disquisizioni sul se la morte faccia parte della vita o se, contrassegnando la sua fine, essa alla vita sia estranea. Così come è nulla più che retorico il pur frequente rilievo secondo il quale, essendo il risarcimento del danno da lesioni gravissime assai oneroso per l'autore dell'illecito ed escludendosi, per converso, la risarcibilità del danno da soppressione della vita a favore dello stesso soggetto di cui sia provocata la morte, allora dovrebbe paradossalmente concludersi che sia economicamente più "conveniente" uccidere che ferire. Ed è del pari improprio l'assumere che, poiché la tutela minima di ogni diritto è quella risarcitoria (Cass., nn. 8827 e 8828 del 2003), il negare la risarcibilità del danno da lesione del diritto alla vita a favore del soggetto stesso la cui vita sia spenta per fatto imputabile ad altri, significherebbe incorrere in intima contraddizione proprio in ordine alla tutela del primo tra tutti i diritti dell'uomo.

La questione è un'altra. È che il risarcimento costituisce solo una forma di tutela conseguente alla lesione di un diritto

(o di una posizione giuridica soggettiva qualificata, pur se non assurgente al rango di diritto soggettivo); e consiste nel diritto di credito, diverso dal diritto inciso, ad essere tenuto per quanto è possibile indenne dalle conseguenze negative che dalla lesione del diritto derivano, mediante il ripristino del bene perduto, la riparazione, la eliminazione della perdita o la consolazione — soddisfazione — compensazione se la riparazione non sia possibile. Ora, non solo non è giuridicamente concepibile che sia acquisito dal soggetto che muore, e che così si estingue, un diritto che deriva dal fatto stesso della sua morte (chi non è più non può acquistare un diritto che gli deriverebbe dal non essere più), ma è logicamente inconfigurabile la stessa funzione del risarcimento che, in campo civile, non è nel nostro ordinamento sanzionatoria (funzione garantita invece dal diritto penale), ma riparatoria o consolatoria.

E in caso di morte, esclusa ovviamente la funzione riparatoria, neppure la tutela con funzione consolatoria può, per la forza delle cose, essere attuata a favore del defunto.

Va data, invece, ai suoi congiunti: tecnicamente, posto che un danno è ingiusto se abbia lesa un interesse meritevole di tutela e prevalente rispetto a quello del danneggiante, a chi abbia perso, in conseguenza della morte di una persona, la possibilità di godere del rapporto parentale con la persona stessa in tutte le sue possibili modalità attuative (Cass., sez. 3^a n. 8828/2003).

Pretendere che sia data “anche” al defunto corrisponde, a ben vedere, solo al contingente obiettivo di far conseguire più denaro ai congiunti, non essendo sostenuto da alcuno che sarebbe in linea col comune sentire o col principio di solidarietà che il risarcimento da perdita della vita fosse erogato agli eredi “anziché” ai congiunti (se, in ipotesi, diversi) o, in mancanza di successibili, addirittura allo Stato: il risarcimento assumerebbe allora una funzione meramente punitiva, che è invece assolta dalla sanzione penale. E si risolverebbe in breve, come l’esperienza insegna, in una diminuzione di quanto riconosciuto iure proprio ai congiunti, che percepiscono somme comunque connesse ad un’onnicomprendente valutazione equitativa (Cass., sez. un, n. 26972/08), sicché risulterebbe frustrato anche lo scopo di innalzare i limiti del risarcimento. Quand’anche lo scopo comprensibilmente perseguito dalla parte fosse, infatti, raggiunto in una causa determinata, la giurisprudenza si assesterbbe rapidamente su standards quantitativi globali anteriori all’ipotetico arresto (tuttavia non consentito, per le ragioni esposte), trattandosi pur sempre di stabilire quanto vada riconosciuto (in denaro) ai sopravvissuti per la perdita del congiunto (che è evento che provoca dolore e perdita del rapporto parentale), con una conversione la cui entità dipende dalle qualificazioni

giuridiche assai meno che dalla sensibilità sociale e dalla cultura del momento storico in cui l’evento cade.

3. — La liquidazione equitativa a favore dei congiunti è, infine, questione di merito, sindacabile esclusivamente sotto il profilo del vizio della motivazione.

Vizio che viene bensì dedotto col secondo motivo — col quale sono denunciate violazione e falsa applicazione dell’art. 2059 c.c. ed insufficiente motivazione su punto decisivo — che è però inammissibile per difetto di formulazione del quesito di diritto e delle indicazioni imposte dall’art. 366 bis c.p.c., applicabile *ratione temporis*.

Il ricorso incidentale di Milano Assicurazioni s.p.a.

4. — Col primo motivo del ricorso incidentale la Milano Assicurazioni si duole dell’omessa pronuncia sulla propria domanda di restituzione, in relazione alla somma di Euro 745.078,52 versata a seguito dell’esecuzione intrapresa dai M. —F. in forza della sentenza di primo grado.

4.1. — Il motivo è infondato in quanto la società assicuratrice (come risulta dalle sue conclusioni, trascritte a pagina 4 della sentenza) richiese la restituzione “in caso di pagamento” e non per aver pagato.

Se avesse pagato, omettendo di precisarlo nel giudizio svoltosi, potrà comunque chiedere in separata sede la restituzione di quanto eventualmente versato in eccesso.

5. — Il secondo motivo — col quale la sentenza è censurata per ultrapetizione e contraddittorietà della motivazione nella parte in cui ha ritenuto che il massimale può essere superato per rivalutazione ed interessi anche in difetto di specifica domanda da parte del danneggiato — è assorbito, in quanto espressamente condizionato all’accoglimento del ricorso principale, invece respinto.

Conclusioni.

6. — Entrambi i ricorsi vanno conclusivamente rigettati.

La reciproca soccombenza giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

La Corte di cassazione riunisce i ricorsi, li rigetta e compensa le spese. — *Omissis*.



(1) Nell’ambito dell’annosa¹ questione del risarcimento del danno da morte, la sentenza in commento si inserisce nel consolidato filone giurisprudenziale² che richiede, ai fini della trasmissibilità *iure hereditario* del ristoro, connesso al pregiudizio non patrimoniale, derivante dalla lesione del diritto alla vita del *de cuius*, un lasso di tempo intercorrente tra l’evento dannoso e la morte del danneggiato.

¹ Cfr. in dottrina sul tema FACCI, *Il risarcimento del danno in caso di morte*, Padova, 2004; HAZAN-ZORZIT, *Il risarcimento del danno da morte*, Milano, 2009; MAGNI, *Brevi note in tema di successione nel processo ed ereditarietà del danno biologico*, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 977; BIONDI, *Intorno alla intrasmissibilità agli eredi del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Foro It.*, 1956, I, 39; BONILINI, *Danno morale*, in *Digesto Civ.*, ad vocem, Torino, 1989; ALPA, *Lesione del diritto alla vita e «danno biologico da morte»*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1995, II, 153; PALMIERI, *Il danno da morte tra motivazioni giuridiche ed analisi economica*, in *Danno e Resp.*, 1998, 46; BONA, *Danni tanatologici non pecuniari iure successionis e iure proprio: vecchi e nuovi rompicapi dal risarcimento della perdita della vita al danno esistenziale da uccisione*, in *Giur. It.*, 1999, 1636; CASO, *Incommensurabilità (e, dunque, azzeramento) del «valore della vita»: verso il tramonto del modello restrittivo del risarcimento del danno da morte*, in *Danno e Resp.*, 2001, 1017; MARTORANA, *Sei ore di agonia non sono sufficienti a far nascere il diritto al risarcimento del danno biologico iure hereditario*, *ivi*, 1999, 323; BONA, *È risarcibile iure successionis il danno da perdita della vita? (Una risposta positiva)*, in *Giur. It.*, 2000, 1200; ROSSETTI, *La liquidazione del danno da morte nel caso di sopravvivenza quodam tempore della vittima*, in *Assicurazioni*,

2003, II, 2, 94; FOFFA, *Il danno tanatologico e il danno biologico terminale*, in *Danno e Resp.*, 2004, 1218; CAPUTI, *Tra Pilato e Lapalisse: il fatto morte e il danno tanatologico*, *ivi*, 2003, 1082; CHINDEMI, *Diritto alla vita e nuova costruzione del danno tanatologico come danno da perdita della vita*, in *Resp. Civ.*, 2006, 1767; SCALISI, *Gli obiter dicta della cassazione, tutti contenuti in una stessa sentenza, in tema di danno esistenziale, di danno tanatologico e di c.d. Pacs*, in *Resp. Civ.*, 2007, 9; BONA, *Il valore e l’uso dei precedenti di Strasburgo nel risarcimento per i danni alla persona e da uccisione (l’art. 2059 c.c. «europeizzato»)*, in *Giur. It.*, 2007, 90; TOMASELLI, *Sul danno tanatologico: riflessioni e prospettive*, in *Diritto di famiglia*, 2008, 2128; ZORZIT, *La perdita di chance ed il «danno da morte»: prove tecniche di resistenza e nuovi scenari*, in *Danno e Resp.*, 2009, 1121; ARNONE, *Danno tanatologico: l’imperituro barrage della cassazione*, *ivi*, 2010, 807; GIOVANNELLA, *Morte a Venezia (e riconoscimento del danno tanatologico)*, *ibid.*, I, 475; ZILLI, *La «via della consapevolezza» porta al risarcimento del danno tanatologico*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 1218; VECCHIO, *La trasmissione iure hereditario del danno c.d. tanatologico*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 2011.

² Risalente alla pronuncia delle Sezioni unite del 22 dicembre 1925, n. 3475, in *Foro It.*, 1926, I, 328.

Nel senso della irrisarcibilità del danno da perdita del diritto alla vita, in quanto detta lesione configurerebbe non un danno *contra ius*, quanto la causa stessa della cessazione della soggettività del danneggiato, si colloca infatti in modo assolutamente granitico la giurisprudenza di legittimità³.

Contra parte della giurisprudenza di merito⁴ che, partendo da un'impostazione diffusa anche in dottrina⁵, ha configurato come risarcibile il danno tanatologico, in quanto lesione *a fortiori* del diritto alla salute sotto il profilo della irreparabile e definitiva perdita dell'integrità comunque sempre precedente, sia pure in modo impercettibile, la perdita di capacità giuridica della vittima, ed in astratto suscettibile di essere risarcita tramite la commisurazione al ristoro applicabile per il cento per cento di invalidità permanente.

Come noto, la Corte costituzionale⁶ ha precisato che nell'ipotesi di morte del familiare spetta invece ai prossimi congiunti il risarcimento del danno alla salute *iure proprio*, che sarebbe "qui il momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo turbamento dell'equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo, e che in persone predisposte da particolari condizioni (debolezza cardiaca, fragilità nervo-

sa, ecc.), anziché esaurirsi in un patema d'animo o in uno stato di angoscia transeunte, può degenerare in un trauma fisico o psichico permanente, alle cui conseguenze in termini di perdita di qualità personali, e non semplicemente al *pretium doloris* in senso stretto, va allora commisurato il risarcimento" e sarebbe quindi ristorabile tramite un adattamento del danno morale.

La Cassazione⁷, dopo avere promosso la rimessione alle Sezioni unite di diciassette questioni concernenti il danno alla persona, tra cui proprio la configurabilità del danno tanatologico, con le pronunzie 11 novembre 2008, n. 26972; n. 26973; n. 26974 e n. 26975⁸ ha affermato la generale risarcibilità della lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti direttamente o indirettamente, tramite le norme interposte costituite dalla Cedu e dagli atti normativi dell'Unione europea. Con riferimento al danno tanatologico, quindi, l'innovazione rappresentata dalle pronunzie delle Sezioni unite e recepita nella giurisprudenza di legittimità consiste nell'aver sostituito il criterio dell'apprezzabilità del lasso di tempo della sopravvivenza con quello della percezione dell'esito della lesione, consacrando il concetto di "danno catastrofale"⁹, in ciò anticipata da una pronunzia di legittimità che, pur a fronte di un

³ Da ultimo Cass., Sez. III, 8 gennaio 2010, n. 79, in *Danno e Resp.*, 2010, 807. In precedenza Id., Sez. III, 30 giugno 1998, n. 6404, *ivi*, 1999, 323; Id., Sez. III, 24 febbraio 2003, n. 2775, *ivi*, 2003, 1081; Id., Sez. III, 16 maggio 2003, n. 7632, in *Foro It.*, 2003, I, 2681 e in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2003, 925; App. Campobasso, 13 luglio 2005, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 3/2005, 14; Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, in *Corriere Giur.*, 2006, 1375; Id., Sez. lav., 27 maggio 2009, n. 12326, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2009, 354 ed in *Foro It.*, 2010, I, 524; Id., Sez. III, 24 novembre 2009, n. 24769, in *Giur. It.*, 2010, 1294. Nello stesso senso anche CASTRONOVO, *Il danno biologico a causa di morte aspettando la corte costituzionale*, in *Vita Notar.*, 1994, 551.

⁴ *Ex plurimis* Trib. Monza, 30 gennaio 1998, in *Resp. Civ.*, 1998, 696, con nota di ZIVIZ; Id. Roma, 24 maggio 1998, in *Foro It.*, 1989, I, 892; Id. Cassino, 8 aprile 1999, in *Giur. It.*, 2000, 1200; Id. Brindisi, 5 maggio 2002 e Id. Foggia, 28 giugno 2002, entrambe in *Foro It.*, 2002, I, 3494; Id. Terni, 4 marzo 2008, in *Corriere del merito*, 2008, 803; Id. Venezia, 15 giugno 2009, *cit.*; Id., 23 agosto 2010, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2010, 933; Id. Ravenna, 9 settembre 2009, in *Rivista Giur. Lav.*, 2010, II, 566. In materia di riduzione dell'equo indennizzo per infortunio del pubblico dipendente, comminata dall'art. 49 D.P.R. 3 maggio 1957, n. 686, Cons. di Stato, Sez. IV, 11 luglio 1972, n. 689, in *Rep. Foro It.*, 1972, voce "Impiegato dello Stato", n. 80, ha ritenuto che detta decurtazione operi anche con riferimento agli eredi in quanto essi subentrerebbero nel relativo diritto di credito a titolo successorio; sarebbe così smentita l'intrasmissibilità del diritto sorto a seguito di infortunio mortale. Significativamente Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, in *Corriere Giur.*, 2006, 1375, ha affermato in astratto la risarcibilità del «(...) danno da morte come perdita della integrità e delle speranze di vita biologica, in relazione alla lesione del diritto inviolabile della vita, tutelato dall'art. 2 Cost. (...) ed ora anche dall'art. 11-62 Costituzione europea, nel senso di diritto ad esistere, come chiaramente desumibile dalla lettera e dallo spirito della norma europea. La dottrina italiana ed europea che riconoscono la tutela civile del diritto fondamentale della vita premono per il riconoscimento della lesione come momento costitutivo di un diritto di credito che entra istantaneamente come corrispettivo del danno ingiusto al momento della lesione mortale, senza che rilevi la distinzione tra evento di morte mediata o immediata. La certezza della morte, secondo le leggi nazionali ed europee è a prova scientifica, ed attiene alla distruzione delle cellule cere-

brali e viene verificata attraverso tecniche raffinate che verificano la cessazione della attività elettrica di tali cellule. La morte cerebrale non è mai immediata, con due eccezioni: la decapitazione o lo spapolamento del cervello. In questo quadro anche il danno da morte, come danno ingiusto da illecito, è trasferibile *mortis causa*, facendo parte del credito del defunto verso il danneggiante ed i suoi solidali», non applicando però la statuizione *de qua* in quanto estranea al caso concreto.

⁵ Cfr. CARNELUTTI, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1914, I, 406 e segg.; CARIOTA FERRARA, *Il momento della morte fa parte della vita?*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, 134; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, II, 1979, 114-125 e segg. e, in senso particolarmente critico nei confronti della giurisprudenza maggioritaria, MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da Sacco, Torino, 1998, 503 e segg.

⁶ Sent. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giur. It.*, 1995, I, 406; in *Foro It.*, 1994, I, 3297; in *Assicuraz.*, 1995, II, 49; in *Nuova Giur. Comm.*, 1995, I, 406.

⁷ Sez. III, 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Foro It.*, 2008, I, 1447, con nota di PALMIERI.

⁸ *Ex plurimis* in *Giur. It.*, 2009, 317, con nota di TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*; in *Foro It.*, 2009, I, c. 128, con nota di PARDOLESI e SIMONE; in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, 439; in *Danno e Resp.*, 2009, 19; in *Nuova Giur. Comm.*, 2009, I, 102; in *Giustizia Civ.*, 2009, I, 913; in *Corriere Giur.*, 2009, 48.

⁹ «(...) Il giudice potrà invece correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine. Viene così evitato il vuoto di tutela determinato dalla giurisprudenza di legittimità che nega, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita (...), e lo ammette per la perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile, al quale lo commisura (...). Una sofferenza psichica siffatta, di massima intensità anche se di durata contenuta, non essendo suscettibile, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, di degenerare in patologia e dare luogo a danno biologico, va risarcita come danno morale, nella sua nuova più ampia accezione».

caso in cui il decesso era seguito a distanza inferiore all'ora, aveva ritenuto suscettibile di risarcimento l'agonia percepita dalla vittima¹⁰.

Il danno catastrofale, inteso come danno (non patrimoniale) psichico subito dal defunto cui la lesione, pur letale, abbia consentito di prendere contezza dell'agonia subita, si distinguerebbe quindi dal danno tanatologico *tout court*¹¹. Va peraltro precisato che, in relazione al meccanismo di selezione normativa degli interessi meritevoli di tutela, la risarcibilità della lesione del diritto alla vita è pacificamente riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, in forza dell'art. 2 della Cedu, che tutela espressamente il diritto alla vita¹². Non è, quindi, improbabile ipotizzare un futuro riconoscimento della risarcibilità del danno da morte.

DANNO AMBIENTALE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 22 marzo 2011, n. 6551 — MORELLI *Presidente* — DE STEFANO *Relatore* — FEDELI P.M. (conf.) — Ministero dell'Ambiente (Avv. Gen. Stato) ed altri - Comune di Pozzuoli (avv. Starace) ed altri.

Risarcimento del danno — Responsabilità extracontrattuale — Danno ambientale — Criteri liquidatori (C.c. artt. 2043, 2054, 2947; L. 8 luglio 1986, n. 349, art. 18; D.L. 25 settembre 2009, n. 135, art. 5 bis; D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 311).

Risarcimento del danno — Esclusione dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza — Eccezione in senso stretto — Rilevabilità d'ufficio — Esclusione (C.c. art. 1227; C.p.c. artt. 112, 345).

In materia di risarcimento del danno ambientale, ove i danni cagionati o i profitti conseguiti dall'agente risalgano ad epoca antecedente al termine di prescrizione, ovvero laddove la rimessione in pristino si riveli impossibile o eccessivamente onerosa o, comunque, non sia stata attuata dall'amministrazione competente, in attesa dell'emanazione, da parte del Ministero dell'Ambiente, del decreto contenente i parametri di determinazione del risarcimento per equivalente, trovano applicazione i criteri di liquidazione previsti dalla Dir. 2004/35/CE del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (1).

L'esclusione del risarcimento per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza integra un'eccezione in senso stretto e non un'eccezione in senso lato: ne deriva che essa non può essere applicata d'ufficio dal giudice (2).



Omissis. — Svolgimento: — Omissis. — 3. Il ricorrente principale sviluppa tre motivi:

3.1. un primo, di violazione o falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., della L. 8 luglio 1986, n. 349, art. 18 e del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 311, in relazione all'art. 2947 c.c., concludendolo con il seguente quesito di diritto: dica la S. Corte se i criteri di liquidazione del danno ambientale specificato nella L. n. 349 del 1996, art. 18 (oggi sostituito dal D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 113) tendono a quantificare con riferimento all'attualità l'importo dovuto a titolo risarcitorio per il pregiudizio arrecato ai beni immateriali oggetto di tutela, così da concorrere integralmente alla valutazione in termini economici del predetto pregiudizio, e se pertanto sia errata la sentenza impugnata, che ha ritenuto che il danno risarcibile debba essere diminuito dei profitti realizzati oltre cinque anni prima della proposizione della domanda, nel presupposto che tali profitti esprimano l'ammontare dei pregiudizi arrecati giorno per giorno all'interesse pubblico e costituiscano una voce di danno autonoma, soggetta a prescrizione estintiva; 3.2. un secondo, di violazione e falsa applicazione delle medesime norme, ma sotto altro profilo, concludendolo con il seguente quesito di diritto: dica la S. Corte se sia errata l'impugnata sentenza, che — in pretesa applicazione dei principi della prescrizione estintiva — ha ritenuto che nella liquidazione del danno ambientale si debba escludere la rilevanza dei comportamenti tenuti dal danneggiante in periodi anteriori di oltre cinque anni rispetto alla data di proposizione della domanda risarcitoria; 3.3. un terzo, di violazione e falsa applicazione delle medesime norme, ma sotto ulteriore profilo, nonché dell'art. 2058 c.c., concludendolo con il seguente quesito di diritto: dica la S. Corte se il risarcimento del danno ambientale debba comprendere un importo equivalente ai costi occorrenti per il ripristino dello stato originario dei luoghi, anche se tale ripristino si riveli di fatto impossibile o eccessivamente oneroso o se la Pubblica Amministrazione, nell'ambito delle sue sfere di discrezionalità, abbia manifestato la volontà di non procedere concretamente a simili lavori di ripristino.

4. La controricorrente Fontana Bleu spa propone controricorso con cui dispiega ricorso incidentale: 4.1. contestando analiticamente i motivi del ricorso principale, con adesione alle argomentazioni della gravata sentenza; 4.2. dispiegando un motivo di autonoma ed incidentale impugnazione, di nullità della sentenza per violazione degli artt. 112 e 345 c.p.c., per avere dichiarato inammissibile, perché non sollevata dalla parte, un'eccezione ad essa non riservata (ex art. 1227 c.c., comma 2); e concludendolo con il seguente quesito di diritto: dica la Corte che anche l'eccezione fondata sull'art. 1227 c.c., comma 2 — non riservata alle parti dalla legge, né costituendo espressione di un potere esercitabile in via d'azione — rientra fra quelle rilevabili di ufficio, così che l'eccezione sollevata dalla spa Fontana Bleu volta all'esclusione dei danni che l'Amministrazione statale avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza deve essere dichiarata ammissibile a norma dell'art. 345 c.p.c.

5. Delle altre parti; 5.1. il Comune di Castelvoturno, oltre a ribadire il proprio difetto di legittimazione passiva, dispiega numerose doglianze, riversandole in nove motivi di ricorso incidentale, i primi tre dei quali formulati in via autonoma anche con riferimento a pretesi vizi di quello principale e gli altri a seguito di una generica intestazione di proposizione di ricorso incidentale condizionato; 5.2. il Comune di Pozzuoli deposita separati controricorsi in replica al ricorso principale ed a quello incidentale della Fontana Bleu, comunque ribadendo l'infondatezza della domanda di regresso dispie-

¹⁰ Cass., Sez. III, 8 aprile 2010, n. 8360, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, I, 1027 con nota di FOFFA, *La rivincita del danno da morte*.

¹¹ Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, in *Foro It.*, 2001, I, 3197; in *Danno e Resp.*, 2001, 820; in *Resp. Civ.*, 2001, 555.

¹² *Ex plurimis* sentenze del 27 settembre 1995 (Mc Cann c. Regno Unito); 19 febbraio 1998 (Kaya c. Turchia); 2 settembre 1998 (Yasa c. Turchia); 20 maggio 1999 (Ogur c. Turchia); 28

marzo 2000 (Kiliç c. Turchia); 10 ottobre 2000 (Akkoç c. Turchia); 14 dicembre 2000 (Gül c. Turchia); 4 maggio 2001 (Jordan c. Regno Unito; McKerr c. Regno Unito; Kelly e altri c. Regno Unito; Shanaghan c. Regno Unito); 15 dicembre 2009 (Maiorano c. Italia); 29 marzo 2011 (Alikaj c. Italia). Nel senso proposto nel testo già Trib. Biella, 1 giugno 2005, in *Giur. It.*, 2007, 88.

gata da quest'ultima, per la carenza di legittimazione passiva di esso Ente territoriale in luogo del suo Sindaco quale articolazione del Dipartimento della Protezione Civile; 5.3. il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare deposita controricorso a confutazione degli argomenti del ricorso incidentale di Fontana Bleu spa.

6. In primo luogo, il ricorso incidentale dispiegato dal Comune di Castelvolturno, proposto — si badi — avverso il ricorso dispiegato dal Ministero dell'Ambiente, va dichiarato inammissibile per radicale carenza di interesse, non avendo alcuna delle controparti impugnato la gravata sentenza sotto il profilo del rigetto delle domande dispiegate contro il detto Comune; e tanto a prescindere dalle carenze formali del primo motivo e dei quesiti dei motivi dal quarto all'ultimo, formulati in maniera generica e senza che da essi possa trarsi la regola iuris valida per una serie potenzialmente indefinita di rapporti o fattispecie similari, in violazione della giurisprudenza di legittimità ormai consolidatasi sul punto. Anche le argomentazioni svolte dal Comune di Pozzuoli nel controricorso seguono la stessa sorte, attesa la mancata impugnazione del capo della sentenza di secondo grado che sancisce l'infondatezza di qualunque pretesa nei confronti anche di detto Comune.

7. Ciò posto, l'ambito dell'impugnazione, come in concreto dispiegata dal ricorrente principale e dalla ricorrente incidentale, riguarda in sostanza l'identificazione dei corretti criteri di liquidazione del danno ambientale e la rilevanza del comportamento del danneggiato che non si sia adoperato per contenere il danno stesso ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 2: tutti gli altri aspetti sono coperti dal giudicato interno ormai formatosi a seguito delle statuizioni della Corte di Appello e della loro mancata impugnazione.

8. Quanto ai motivi del ricorso principale, essi si appuntano sulla ricostruzione stessa della struttura del danno ambientale, come operata dalla Corte di Appello nella qui gravata sentenza con una concezione per così dire atomistica dei parametri di riferimento: è evidente infatti che la Corte territoriale ha inteso applicare la disposizione della L. 8 luglio 1986, n. 349, art. 18, comma 6, secondo la quale "il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali". E le censure del ricorrente chiedono a questa Corte di precisare, nella sostanza, se tali parametri costituiscano o meno altrettante autonome voci di danno e se poi quelle in modo espresso escluse (costo necessario per il ripristino) o limitate (profitto conseguito dal trasgressore solo per gli ultimi cinque anni) meritassero l'interpretazione riduttiva applicata dalla Corte territoriale. 8.1. Da un punto di vista generale, effettivamente una concezione atomistica del danno ambientale potrebbe dirsi esclusa, alla luce se non altro dei principi generali sull'unitarietà del danno non patrimoniale elaborati dalla recente giurisprudenza di questa Corte di legittimità (per tutte, Cass., sez. un. 11.11.08 n. 26972) e comunque del tenore testuale della norma suddetta, per il quale i parametri richiamati non paiono affatto integrare ciascuno un'autonoma voce di danno, ma piuttosto soltanto i criteri da tenere presente per la valutazione equitativa, che rimane complessiva e riferita alla lesione nel suo complesso. 8.2. Da tale corollario discenderebbe senz'altro l'erroneità dell'esclusione, da tali criteri, dei costi di ripristino allorché questo sia escluso, o per obiettiva impossibilità o per libera determinazione del danneggiato: il bene giuridico costituito dall'ambiente rimane oggettivamente danneggiato anche se il titolare di quello ritenga impossibile o non conveniente il ripristino, sicché il controvalore di tale diminuzione spetta comunque al danneggiato, in base a principi affatto generali della responsabilità civile. Né sussisterebbe alcuna locupletazione e tanto meno ingiusta: spetta incoercibilmente al danneggiato, che abbia conseguito un risarcimento per equivalente, ogni determinazione sulla sua concreta destinazione al ripristino effettivo della situazione preesistente, ovvero sul trattenimento ed il reimpiego di quella riparazione — attesa appunto l'assoluta fungibilità del

denaro in cui essa consiste — mediante sua destinazione al soddisfacimento di fini ritenuti egualmente satisfattivi. 8.3. Ed ancora sarebbe evidente che, non integrando il profitto conseguito dall'inquirente una autonoma voce di danno, ma — appunto — un semplice parametro per la liquidazione eminentemente equitativa che viene richiesta, non può applicarsi meccanicamente il concetto di prescrizione elaborato per danni che maturano giorno per giorno dalla protrazione della permanenza della situazione illegittima determinata dall'immutazione dei luoghi. Infatti, per la connotazione latamente punitiva di tale parametro, la riscontrata permanenza dell'illegittimità della situazione comporta che il danno ambientale consistito nel permanente sconvolgimento dei luoghi con praticamente irreversibile illegittima antropizzazione di un vasto sito costiero non si limiti ai soli profitti che giorno per giorno abbia conseguito il danneggiante nel solo periodo dei cinque anni anteriori alla domanda, ma anche alla redditività delle somme percepite dal danneggiante in precedenza per la pregressa condotta illegittima fin dal suo insorgere e, quindi, in sostanza a tutti i profitti già conseguiti. 8.4. A tutto concedere, sarà ancora una volta il carattere equitativo della liquidazione, che del resto non impone affatto una meccanica corrispondenza tra profitti conseguiti ed entità del risarcimento, a consentire di tenere in considerazione del fattore temporale, ma appunto al fine di valutare se l'intervallo trascorso prima dell'attivazione del Ministero possa avere influito o meno sull'entità del danno in rapporto ai profitti complessivamente conseguiti dalla condotta di irreversibile alterazione e danneggiamento dell'ambiente.

9. Eppure, va rilevato che l'impugnazione, effettuata in questa sede, dei criteri di liquidazione applicati in concreto dalla Corte di Appello consente di qualificare ancora sub iudice la relativa questione nel suo complesso, la quale è ora da valutare globalmente alla luce della normativa sopravvenuta. 9.1. Infatti è, nelle more del giudizio di Cassazione, entrato in vigore il D.L. 25 settembre 2009, n. 135, art. 5 bis, conv. con mod. in L. 20 novembre 2009 n. 166 (in G.U. n. 274 del 24 novembre 2009 — suppl. ord.), il quale ha modificato il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 303 e 311 e precisamente: 9.1.1. tentando di adeguare l'ordinamento nazionale alla lettera della direttiva 2004/35/Ce ed all'esito della procedura di infrazione n. 2007/4679 (ai sensi dell'art. 226 del Trattato Ce), relativa all'esclusione, dalla disciplina della responsabilità ambientale, delle situazioni di inquinamento rispetto alle quali fossero già avviate le procedure di bonifica, alla limitazione dell'obbligo di riparazione ai soli danni causati da comportamenti dolosi o colposi ed all'ammissibilità del risarcimento del danno ambientale in forma pecuniaria, mentre la direttiva prevede principalmente misure di ripristino dello stato dei luoghi; 9.1.2. prevedendo, allora e tra l'altro, mediante la disposizione contenuta nell'art. b bis, comma 1, lett. b), l'aggiunta al comma 3, dell'art. 311 del richiamato D.Lgs. n. 152 del 2006, del seguente periodo: "Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi della L. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17, comma 3, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'Allegato 2^a alla direttiva 2004/35/CE, i criteri di determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario"; 9.1.3. prevedendo, ancora e tra l'altro, mediante la disposizione contenuta nell'art. 5 bis, comma 1, lett. f), l'aggiunta al primo comma della lett. f) dell'art. 303 del richiamato D.Lgs. n. 152 del 2006, del seguente periodo: "i criteri di determinazione dell'obbligazione risarcitoria stabiliti dall'art. 311, commi 2 e 3, si applicano anche alle domande di risarcimento proposte o da proporre ai sensi della L. 18 luglio 1986, n. 349, art. 18, in luogo delle previsioni dei commi 6, 7 e 8 del citato art. 18, o ai sensi del titolo 9 del libro 4 del codice civile o ai sensi di altre dispo-

sizioni non aventi natura speciale, con esclusione delle pronunce passate in giudicato; ai predetti giudizi trova, inoltre, applicazione la previsione dell'art. 315 del presente decreto;". 9.2. L'intera normativa sulla liquidazione del danno ambientale risulta quindi totalmente riscritta, con un rinvio espresso alle previsioni della direttiva comunitaria, la quale prevede, sul punto espressamente richiamato, testualmente quanto appresso: — se non è possibile usare, come prima scelta, i metodi di equivalenza risorsa-risorsa o servizio-servizio, si devono utilizzare tecniche di valutazione alternative. L'autorità competente può prescrivere il metodo, ad esempio la valutazione monetaria, per determinare la portata delle necessarie misure di riparazione complementare e compensativa. Se la valutazione delle risorse e/o dei servizi perduti è praticabile, ma la valutazione delle risorse naturali e/o dei servizi di sostituzione non può essere eseguita in tempi o a costi ragionevoli, l'autorità competente può scegliere misure di riparazione il cui costo sia equivalente al valore monetario stimato delle risorse naturali e/o dei servizi perduti; — le misure di riparazione complementare e compensativa dovrebbero essere concepite in modo che le risorse naturali e/o i servizi supplementari rispecchino le preferenze e il profilo temporali delle misure di riparazione. Per esempio, a parità delle altre condizioni, più lungo è il periodo prima del raggiungimento delle condizioni originarie, maggiore è il numero delle misure di riparazione compensativa che saranno avviate. 9.3. In particolare, il nuovo testo dei commi 2 e 3 del ricordato art. 311 D.Lgs. cit., va così letto: "... 2. Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato. 3. Alla quantificazione del danno il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede in applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4 della parte sesta del presente decreto. All'accertamento delle responsabilità risarcitorie ed alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede con le procedure di cui al titolo 3 della parte sesta del presente decreto. Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi della L. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17, comma 3, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'Allegato 2 alla direttiva 2004/35/CE, i criteri di determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario". 9.4. La peculiarità della disciplina sopravvenuta sta in ciò, che essa si applica appunto anche alle domande già proposte, con il solo evidente limite, ricavabile dai principi generali, dei giudizi già definiti con sentenza passata in giudicato. Tanto consente di ritenere che con la citata normativa del D.L. n. 135 del 2009 e della L. n. 163 del 2009 siano stati completamente neutralizzati, soprattutto ed anche per i giudizi ancora in corso e cioè non ancora conclusi con sentenza passata in giudicato (qual è appunto il presente), i criteri di determinazione del danno già stabiliti dalla L. n. 349 del 1986, art. 18; e tanto probabilmente, secondo l'opinione dei commentatori, proprio per le difficoltà applicative indotte dalla loro intrinseca contraddittorietà e per il carattere latamente punitivo che pareva discendere dalla previsione legislativa originaria. 9.5. Peraltro, se così è, deve rilevarsi l'imprescindibile necessità di rivedere espressamente ogni determinazione sulla liquidazione, essendo stati appunto travolti i criteri fissati originariamente dalla L. n. 349 del 1986 e comunque rivisti, con efficacia appunto estesa ai giudizi ancora pendenti, tutti i criteri già applicabili. È ben vero che non consta ancora

essere stato emanato il decreto attuativo del Ministero, previsto espressamente dalla richiamata nuova norma di cui al D.L. n. 135 del 2009; ma il richiamo, come operato da quest'ultima, ai criteri di una specifica previsione di fonte comunitaria ne ha consacrato, ai fini della concreta applicazione nelle singole liquidazioni, la forza precettiva, quand'anche essa non si potesse già di per sé ricavare dal contenuto intrinseco delle disposizioni. In tal modo, in luogo dei criteri di liquidazione equitativa già finora presi in considerazione dai giudici del merito, del resto in applicazione delle norme al momento vigenti, vanno applicati gli altri, previsti dalla norma sopravvenuta, ovvero anche soltanto va verificato l'impatto, sui primi, di questi ultimi. 9.6. Si impone quindi una globale rivalutazione funditus della sola questione della liquidazione del danno in applicazione dei nuovi criteri, essendo passata in giudicato la gravata pronuncia su ogni altro aspetto (ed anche in ordine al profilo agitato nel ricorso incidentale della Fontana Bleu spa, per quanto si dirà di qui a tra un momento): ed a tanto non può farsi luogo se non mediante la cassazione della pronuncia stessa limitatamente a tale aspetto, per la rinnovazione delle operazioni di liquidazione.

10. Il motivo di ricorso incidentale è invero manifestamente infondato: la fattispecie prevista dal capoverso dell'art. 1227 c.c. (a mente del quale il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza) integra, per costante giurisprudenza di questa Corte, un'eccezione in senso proprio (tra le ultime, v. Cass., 10 novembre 2009 n. 23734, Cass., 19 dicembre 2006 n. 27123, Cass., 26 febbraio 2003 n. 2868, Cass., 2 aprile 2001 n. 4799, Cass., 23 maggio 2001 n. 7025), visto che il dedotto comportamento del creditore costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. E tale indirizzo è stato confermato anche a seguito della puntualizzazione in tema di contenuto delle eccezioni in senso stretto operata con la pronuncia richiamata dalla ricorrente incidentale (Cass., 12 gennaio 2006 n. 421), con evidente consolidamento dell'originaria impostazione: e senza che, nonostante tale consolidamento, la controricorrente idoneamente sviluppi, nel solo rilevante ricorso incidentale, argomenti nuovi che si facciano carico di tale conferma. Al riguardo, la conformità della presente affermazione a un consolidato indirizzo impone di rigettare il ricorso incidentale che su quella si fonda.

11. In conclusione: 11.1. la disamina delle questioni agitate con il ricorso principale comporta il rilievo dello ius superveniens e di ufficio — senza quindi potersi esaminare il merito dei motivi di ricorso principale, atteso il travolgimento dei criteri ritenuti applicabili dai giudici dei gradi di merito — la cassazione della gravata sentenza limitatamente alla quantificazione od alla liquidazione del danno, mentre essa trova conferma integrale nel resto, con sostanziale definitiva estromissione dal prosieguo del processo di tutte le parti diverse dal ricorrente Ministero e dalla Fontana Bleu spa; 11.2. alla cassazione per quanto di ragione consegue poi il rinvio della causa alla stessa Corte di Appello di Napoli, ma in diversa composizione, cui va rimessa ogni determinazione sulle spese di lite nei rapporti tra odierno ricorrente principale e la controricorrente Fontana Bleu spa, per la liquidazione del danno secondo quanto sopra indicato ed enunciandosi il seguente principio di diritto: il giudice della domanda di risarcimento del danno ambientale ancora pendente alla data di entrata in vigore della L. 20 novembre 2009, n. 166, deve provvedere alla liquidazione del danno applicando, in luogo di qualunque criterio previsto da norme previgenti, i criteri specifici come risultanti dal nuovo testo del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 311, commi 2 e 3, come modificato dal D.L. 25 settembre 2009, n. 135, art. 5 bis, comma 1, lett. b), conv. con mod. in L. 20 novembre 2009, n. 166: individuandosi detti criteri direttamente quanto meno nelle previsioni del punto 1.2.3. dell'Allegato 2 alla direttiva 2004/35/CE e solo eventualmente, ove sia nelle more intervenuto, come ulteriormente specificati dal decreto ministeriale previsto dall'ultimo periodo dell'art. 311, comma 3 cit.; 11.3. infine, quanto alle spese del giudizio di cassazione tra le

altre parti che abbiano in questa sede svolto attività difensiva, esse possono compensarsi, attesa l'ultroneità o l'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato del Comune di Castelvoturno e del controricorso del Comune di Pozzuoli.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso incidentale del Comune di Castelvoturno; rigetta il ricorso incidentale della Fontana Bleu spa; e, pronunciando sul ricorso principale, cassa la gravata sentenza in ordine alla liquidazione del danno e rinvia alla Corte di Appello di Napoli in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità; compensa le spese di questo giudizio nei rapporti tra le parti diverse dal ricorrente principale e dalla Fontana Bleu spa. — *Omissis*.

(1-2) Prolegomeni alla nuova disciplina del danno ambientale*

1. La Cassazione affronta nella sentenza in commento il complesso tema della quantificazione del ristoro

patrimoniale nell'ipotesi di danno all'ambiente¹, definito, giusta il disposto dell'art. 300 D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come «deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima»².

Il danno ambientale presenta elementi di interesse che esulano dalla specifica *sedes materiae*, in quanto le questioni pregiudiziali al suo corretto inquadramento rappresentano crocevia delle varie funzioni e nature attribuite al sistema della responsabilità civile³. Il danno all'ambiente risulta infatti alternativamente qualificabile (e le riflessioni profuse nell'arresto esaminando evidenziano tali caratteri): sotto il profilo tassonomico, quale strumento atto a sanzionare e, quindi, a disincentivare i comportamenti pregiudizievoli per l'ambiente o quale semplice mezzo per agevolare il ristoro; per quel che riguarda la legittimazione attiva, quale danno a un bene collettivo incardinato nello Stato-comunità oppure a un interesse, diffuso e adespota, dei singoli, potenziali fruitori della risorsa naturale⁴; non-

* Il titolo di questa breve nota presenta una significativa consonanza con uno scritto di uno dei più insigni giuristi viventi, autore, in particolare, di ponderosi studi sulla responsabilità amministrativa per pregiudizio all'ambiente nonché estensore di rilevantissime pronunzie costituzionali in materia, cui si vuole rendere omaggio in occasione della cessazione dalla carica di giudice costituzionale. Si fa riferimento al Vicepresidente emerito della Corte costituzionale PAOLO MADDALENA, e in particolare al saggio *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008, 523, nonché in *Foro Amm.* TAR, 2007, 1501 (v. altresì *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente, consulenza e pratica per l'impresa*, 2007, 477). Dello stesso esimio A. si ricordano altresì *Modelli giurisdizionali per la tutela dell'ambiente*, in *Cons. Stato*, 1980, II, 1201; *Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi*, *ivi*, 1982, II, 291; *Danno ambientale, danno pubblico e responsabilità amministrativa*, *ibid.*, 1982, II, 1423; *Il diritto all'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse generale della collettività*, *ivi*, 1983, II, 427; *Beni ambientali e teoria dell'oggettività giuridica*, *ivi*, II, 139; *La responsabilità per danno pubblico ambientale*, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1984, II, 273; *La nuova cultura della tutela ambientale e situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, 1985, II, 45; *Responsabilità amministrativa, danno pubblico e tutela dell'ambiente*, Rimini, 1985, *passim*; *Il bene ambiente nella legge Galasso ed il risarcimento del danno pubblico ambientale*, in *Sanità pubblica*, 1987, 633; *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 445; *Il danno ambientale*, in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1988, II, 433; *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990, *passim*; *Il diritto all'ambiente ed i diritti dell'ambiente nella costruzione della teoria del risarcimento del danno pubblico ambientale*, in *Rivista giuridica sarda*, 1992, 585; *Il diritto umano all'ambiente*, in *I Diritti dell'uomo*, 1992, 65; *Il diritto all'ambiente come diritto inviolabile dell'uomo*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1897; *Ambiente ed Europa dopo Maastricht*, in *Riv. Amm.*, 1996, 311; *L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 945; *L'evoluzione del diritto e della politica per l'ambiente nell'Unione europea — Il problema dei diritti fondamentali*, in *Riv. Amm.*, 2000, 483; *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 1, 196 e in *Giust. Civ.*, 2008, II, 483.

¹ Per la sentenza di appello cfr. *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2/2011, 106 con nota di GERARDO, *In tema di danno ambientale. Legittimazione ad agire, natura dell'illecito, componenti del danno*.

² Per la definizione di danno ambientale come «danno arrecato in maniera diretta all'ambiente in sé e per sé, nell'insieme delle sue componenti, indipendentemente dalla lesione di un

diritto soggettivo, personale o patrimoniale» TENELLA SILLANI, *Responsabilità per danno ambientale*, in *Digesto Civ.*, Torino, 1998, XVII, *ad vocem*, 360.

³ Cfr. in dottrina BIGLIAZZI GERI, *A proposito di danno ambientale ex art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349 e di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 1987, 253; ALPA, *La natura giuridica del danno ambientale*, in *Riv. Trim. App.*, 1987, 1135; CARAVITA, *Il danno ambientale tra Corte dei conti, legislatore e Corte costituzionale*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1988, 108; GIAMPIETRO, *L'illecito ambientale: struttura della fattispecie e antigiuridicità*, in *Giur. It.*, 1989, IV, 239; LUBRANO, *Danno ambientale e tutela giudiziaria*, in *Riv. Amm.*, 1989, 1465; PRINCIPATO, *L'azione di danno ambientale: pubblici amministratori e dipendenti fra giudice ordinario e Corte dei conti*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Carpino, Napoli, 1989, *passim*; AA.VV., *Proprietà, danno ambientale e tutela dell'ambiente*, a cura di Barbiera, Napoli, 1989; BUSNELLI, *Danno alla salute e danno ambientale: come sciogliere il «nodo gordiano»?*, in *Riv. It. medicina legale*, 1993, 287; CHINDEMI, *Il danno ambientale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1993, II, 431; TRIMARCHI, a cura di, *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1994, *passim*; GIACOBBE, *Profili sistematici della tutela giuridica dell'ambiente*, in *Iustitia*, 1995, 359; TENELLA SILLANI, *op. cit.*; GRANIERI-PARDOLESI, *Oltre la funzione riparatoria della responsabilità civile nella tutela ambientale*, in *Danno e Resp.*, 1998, 845; MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 545 e segg.; QUARANTA, *L'evoluzione della disciplina del danno ambientale nella politica comunitaria*, in *L'ambiente*, 2004, 919; ACETO DI CAPRIGLIA, *Ingiustizia del danno e interessi protetti. Un confronto tra modelli*, Napoli, 2003, 210 e segg.; SCHINAIA, *Prevenzione e risarcimento del danno ambientale*, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, II, 819; ROBUSTELLA, *La responsabilità per danno all'ambiente tra finanziaria e testo unico ambientale*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 780; SANTORO, *L'illecito contabile*, Bologna, 2006, 291-296; VENTURINI, in NOVELLI-VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2008, 27 e segg.; FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, vol. 2 — *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, 202 e segg.; OREFICE, *Manuale di contabilità pubblica*, Roma, 2010, 670; TADDEI, *Il risarcimento del danno ambientale dopo l'art. 5 bis del D.L. n. 135/2009*, in *Ambiente e sviluppo*, 2010, 122. Nella giurisprudenza contabile tra le più risalenti pronunzie si possono ricordare Corte dei conti, Sez. I, 18 settembre 1980, n. 86, in *Foro It.*, 1981, III, 167; in *Foro Amm.*, 1981, I, 975; e in *Riv. Corte Conti*, 1980, 884; Id., Sez. II, 30 aprile 1985, n. 70, in *Finanza loc.*, 1985, 726; e in *Foro Amm.*, 1985, 1506; Id., Sez. giur. reg. Sicilia, 31 ottobre 1985, n. 1423, in *Foro Amm.*, 1986, 258.

⁴ Secondo MADDALENA, *L'ambiente: prolegomeni per una sua*

ché, ancora, per quanto concerne la concreta determinazione, come pregiudizio economico, quantificabile tramite una ricostruzione analitica del pregiudizio patrimoniale sofferto⁵, ovvero equitativamente in relazione alla lesione del valore-ambiente⁶.

Con riguardo a tali spunti, occorre una breve premessa sull'eziologia storica dell'istituto, in origine ascrivibile, come preclaro, alla giurisprudenza della Corte dei conti con riguardo allo specifico caso, invero di non rara verifica, in cui il danno fosse cagionato da un comportamento doloso o, più frequentemente, gravemente colposo tenuto da soggetto collegato alla pubblica amministrazione da uno specifico rapporto di servizio⁷. Nella primazia del magistrato erariale quanto all'elaborazione di detta figura hanno giocato vari elementi, primo tra tutti l'abitudine della *jurisdiction fi-*

nancière alla valutazione di pregiudizi incidenti su beni non considerabili in forma parcellizzata⁸ quale evidentemente è, tra l'altro, proprio la finanza pubblica.

Soprattutto nella prima⁹ tra le pronunzie delle Sezioni riunite che hanno tratteggiato tale figura giuridica, esaltando la differenziazione tra danno erariale *stricto sensu* e danno pubblico, ritenendo però attratto il secondo pur sempre alla giurisdizione contabile (in quanto comprensiva della lesione di interessi, non solo finanziari, di spettanza dello Stato quale ente esponenziale della collettività¹⁰), emergono taluni dei principali elementi che, anche nel prosieguo, contraddistinguono detta forma di responsabilità: sussunzione del valore danneggiato nell'ambito dell'interesse pubblico all'ambiente¹¹; incardinamento in capo al solo Stato della pretesa risarcitoria¹²; parziale estraneità dei

tutela giuridica, in *Riv. Giur. Amb.*, cit., 528, occorre, al riguardo, distinguere tra il diritto alla fruizione dell'ambiente, da qualificarsi come «diritto soggettivo assoluto e fondamentale», e l'appartenenza formale del bene, legittimante la pretesa alla conservazione dello *status quo antea*, che, riprendendo categorie proprie della tradizione giuridica più risalente, dovrebbe essere connotata come proprietà incardinata in capo alla collettività in modo simile alla situazione soggettiva sottostante agli usi civici.

⁵ Il danno all'ambiente si contraddistingue, per vero, in quanto comunque incide, a differenza di altre forme di danno non patrimoniale, su una *res extensa* (la flora, la fauna, il suolo, le acque, più in generale lo stato dei luoghi) suscettibile di valutazione economico-patrimoniale. È stato al riguardo sottolineato (Cass., Sez. I, 9 aprile 1992, n. 4362, in *Mass. Foro It.*, 1992, voce «Danni civili», 48) come «L'ambiente in senso giuridico costituisce un insieme che, pur comprendente vari beni o valori, si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà, priva di consistenza materiale, ma espressiva di un autonomo valore collettivo costituente, come tale, specifico oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, con la l. 8 luglio 1986 n. 349, rispetto ad illeciti, la cui idoneità lesiva va valutata con specifico riguardo a siffatto valore ed indipendentemente dalla particolare incidenza verificatasi su una o più delle dette singole componenti, secondo un concetto di pregiudizio che, sebbene riconducibile a quello di danno patrimoniale, si caratterizza, tuttavia per una più ampia accezione, dovendosi avere riguardo — per la sua identificazione — non tanto alla mera differenza tra il saldo attivo del danneggiato (...) prima e dopo l'evento lesivo, quanto alla sua idoneità, alla stregua di una valutazione sociale tipica, a determinare in concreto una diminuzione dei valori e delle utilità economiche di cui il danneggiato può disporre, svincolata da una concezione aritmetico-contabile». L'attrazione del danno all'ambiente nell'ambito del danno patrimoniale poteva peraltro sostenersi alla luce della giurisprudenza costituzionale che (sentenza 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro It.*, 1986, I, 2053; in *Giust. Civ.*, 1986, I, 232) aveva ritenuto di ricondurre all'art. 2043 la risarcibilità del danno biologico, in epoca pregressa rispetto al noto quadruplice intervento delle Sezioni unite (11 novembre 2008, n. 26972; n. 26973; n. 26974; n. 26975, *ex plurimis* in *Giur. It.*, 2009, 317 con nota di TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*; in *Foro It.*, 2009, I, 128 con nota di PARDOLESI-SIMONE) in materia di danno non patrimoniale.

⁶ L'antinomia sarebbe insuperabile considerando che (MADDALENA, *op. ult. cit.*, 526) «L'ambiente (...) è un bene giuridico in senso lato (nonché) un bene giuridico di valore, anzi (...) un valore costituzionale». Sul fondamento costituzionale dell'ambiente e della tutela del paesaggio cfr. Corte cost., 27 giugno 1986, nn. 151 e 153, in *Foro It.*, 1986, I, 2689. Per il rapporto tra l'ambiente e il paesaggio CROSETTI, in CROSETTI-VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2009, 165 e segg.

⁷ Nella giurisprudenza contabile per *rapporto di servizio* è intesa la peculiare relazione intercorrente tra soggetto attivo dell'illecito e p.a. in forza del quale si verifica, oltre che la mera assunzione di obblighi nei confronti dell'ente di riferimento (pur se diverso da quello danneggiato), l'inserzione nella struttura organica dello stesso. Sul punto cfr. VENTURINI, *op. cit.*, 27 e segg.

⁸ Secondo un *Leitmotiv* che, tra l'altro, si dipana in modo difforme dall'inquadramento operato dalla giurisprudenza civilistica della Cassazione, teso invece a riconoscere autonoma rilevanza alla tutela dell'interesse, diffuso o individuale, alla salubrità ambientale quale proiezione dell'art. 32 Cost. V. al riguardo Cass., 6 ottobre 1979 n. 5172, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 357; in *Resp. Civ. e Prev.*, 1979, 715; e in *Foro It.*, 1979, I, 2302.

⁹ Pronunzia del 16 giugno 1984, n. 378/A, in *Foro It.*, 1985, III, 37; in *Foro Amm.*, 1985, 613; e in *Riv. Corte Conti*, 1984, 818.

¹⁰ MADDALENA, in *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte Conti*, cit., 4, evidenzia che il ritorno dello Stato al ruolo di rappresentante della collettività risulta esaltato a seguito dell'entrata in vigore della «Costituzione repubblicana, la quale raccoglie i principi fondamentali del vivere comune, riconosce e tutela i diritti dell'uomo, sia come singolo, sia come membro della Collettività, elenca alcuni diritti fondamentali, e detta norme sull'organizzazione stessa dello Stato (...) Ed al riguardo è da porre in risalto che l'idea dello Stato — comunità fa riemergere quegli aspetti solidaristici e quel bisogno di associarsi propri della persona umana».

¹¹ Discostandosi consapevolmente dall'impostazione della Cassazione, elaborata in relazione alle fattispecie di immissioni inquinanti (Sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro It.*, 1979, I, 939 e 6 ottobre 1979, n. 5172, cit.), che aveva, come cennato, configurato il danno all'ambiente quale fattispecie di danno ingiusto lesivo di un diritto della personalità (tramite il combinato disposto degli artt. 2 e 32 Cost. e dell'art. 2043 c.c.), in quanto interesse collegato a un bene collettivo, ma pur sempre suscettibile di fruizione divisa. Si rammenta altresì la nota Cass., Sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2515 (in *Giur. It.*, 2002, 775; *Foro It.*, 2002, I, 999; in *Danno e Resp.*, 2002, 499; e in *Giust. Civ.*, 2002, I, 567) con cui (in relazione al c.d. caso Seveso) è stato riconosciuto il ristoro del danno morale anche a soggetti sofferenti di intenso patimento psichico per la grave compromissione del proprio ambiente di vita.

¹² L'art. 18, comma 3, prevedeva inoltre la *legitimitatio ad causam* degli enti territoriali sui quali insistessero i beni oggetto del fatto lesivo. Si deve rammentare che la Corte costituzionale (ordinanza 12 aprile 1990, n. 195, in *Rivista Giur. Edilizia*, 1990, I, 483 e in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1990, 683), partendo dal presupposto in base a cui «l'ambiente, pur essendo un bene immateriale unitario, ha varie componenti, ciascuna delle quali può costituire, anche isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela», ha precisato che detta riserva non preclude all'ente titolare di diritti su beni ambientali danneg-

criteri economico-patrimoniali alla determinazione del danno risarcibile¹³.

In altre parole, la creazione di detta figura giuridica rispose alla necessità di elaborare un concetto di danno parzialmente svincolato da criteri meramente materiali, per far invece assurgere rilievo primario alla lesione del bene-ambiente in sé.

Proprio detti elementi, a ben vedere, risultarono decisivi nella configurazione legislativa dell'istituto da parte dell'art. 18 L. 8 luglio 1986, n. 349 (legge "Galasso"), che, nell'ambito di un più generale intervento normativo finalizzato al riconoscimento della rilevanza dell'ambiente¹⁴, delineò una specifica procedura di promozione dell'infrazione e sottrasse al magistrato erariale la giurisdizione sulle relative controversie, anche laddove la stessa risultasse sussistente in base all'applicazione dei criteri generali¹⁵, con l'esclusione della fattispecie prevista dall'art. 3 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (consistente nella rivalsa dell'ente di appartenenza che avesse risarcito il danno cagionato dal funzionario)¹⁶.

giati di esercitare le relative azioni, anche tramite la costituzione di parte civile nel processo penale, propendendo per l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale in ordine alla riserva. In tal senso anche Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 2010, n. 41015 (inedita). V. inoltre Corte cost., 23 luglio 2009, n. 235 in *Giur. Cost.*, 2009, 2895; in *Rivista Giur. Edilizia*, 2009, I, 1257; nonché in *Riv. Giur. Amb.*, 2009, 943. Sul punto altresì Cass., 27 novembre 1982, n. 6432, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1183 e Cass., Sez. III, 25 settembre 1996, n. 5650, in *Foro It.*, 1996, 3062, che, secondo la tradizionale configurazione civilistica del danno all'ambiente come fattispecie collegata all'art. 2043, avevano invece in precedenza riconosciuto ai comuni danneggiati la possibilità di agire nei confronti del responsabile per i danni subiti sul proprio territorio. Sulle conseguenti problematiche in ordine alla legittimazione a stipulare accordi transattivi relativi al danno ambientale cfr. COLOMBO, in CARIGELLA-PROTTO, a cura di, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 1495.

¹³ In particolare, il comma 6 prevedeva che «Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali». L'estraneità di criteri prettamente patrimoniali nella determinazione del danno risarcibile può far insorgere il dubbio che, mirando a raggiungere finalità di deterrenza dalle condotte pericolose o nocive dell'ambiente, detta previsione costituisca in realtà una fattispecie di "danno punitivo". Come noto, la giurisprudenza più tradizionale ha costantemente escluso che lo strumento risarcitorio possa essere utilizzato quale mezzo di sanzione. Cfr. ad esempio la nota Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giur. It.*, 2008, 395, che ha escluso la possibilità di delibazione di una sentenza statunitense di condanna a danni qualificati come punitivi per contrarietà di detto istituto all'ordine pubblico. Un più recente orientamento giurisprudenziale e legislativo ammette, peraltro, la possibilità di utilizzare lo strumento risarcitorio in funzione anche dissuasiva e punitiva, con esclusione dei soli casi in cui il ristoro sia contraddistinto da una eccessiva e sproporzionata differenza tra danno subito e liquidato. V. ad esempio la formulazione dell'art. 96, comma 3, c.p.c., introdotto dalla L. 18 giugno 2009 n. 69, che prevede che «In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativa determinata», qualificata dalla stessa relazione illustrativa al disegno di legge come «strumento sanzionatorio a carico

La disciplina del risarcimento del danno ambientale ha, peraltro, subito in tempi recenti una serie di modificazioni.

Dapprima, infatti, il D.Lgs. del 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell'ambiente) ha operato una profonda rivisitazione della materia anche sotto il profilo terminologico. In particolare, la fattispecie determinativa di danno (art. 311, comma 1) è stata espressamente codificata.

Nella legge Galasso, infatti, l'art. 18 definiva il danno ambientale come «Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte (comma 1)» risarcibile anche «in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali» (...) «nei limiti della propria responsabilità individuale¹⁷», e in caso di possibilità

del soccombente» che consegue «*ipso facto* all'accertamento della condotta illecita». Ed in tal senso anche Trib. Varese, sezione distaccata di Luino, 23 gennaio 2010, in *Foro It.*, 2010, I, c. 2229.

¹⁴ TRIMARCHI, in TRIMARCHI, a cura di, *op. ult. cit.*, 237, evidenzia come la disciplina (che, è sottolineato, è stata approvata secondo una scansione temporale dettata dalla necessità di apprestare una tutela immediata all'ambiente, anche sacrificando la profondità della riflessione giuridica) abbia colmato una lacuna nell'ordinamento («L'esigenza di disposizioni speciali sulla responsabilità civile per il danno ambientale deriva dal fatto che le regole poste a tutela della persona e della proprietà non consentono di imporre il risarcimento per la lesione di interessi all'integrità dell'ambiente che, anche in ragione della loro natura collettiva, non sono oggetto di diritti tradizionali»).

¹⁵ Pur a fronte della promozione da parte della Corte dei conti di plurime questioni di legittimità costituzionale (Corte dei conti, Sez. riun., 21 ottobre 1986, n. 107, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 3271; Id., Sez. I, 28 luglio 1987, n. 81, in *Foro Amm.*, 1987, 3144 e in *Riv. Corte Conti*, 1987, 1107; Id., Sez. riun., 20 marzo 1987, n. 113, in *Riv. Corte Conti*, 1987, 1043; Id., Sez. I, 28 luglio 1987, n. 80, in *Foro It.*, 1988, III, 152; in *Foro Amm.*, 1987, 3144; e in *Riv. Corte Conti*, 1987, 1107; Id., Sez. riun., 20 marzo 1987, n. 117, in *Sanità pubblica*, 1988, 305; Id., Sez. II, 1 aprile 1987, in *Giur. Cost.*, 1988, II, 279; Id., Sez. I, 16 giugno 1987, in *Riv. Corte Conti*, 1989, 1, 77) la Corte costituzionale ha escluso la fondatezza della questione sotto i prospettati profili della lesione delle attribuzioni riservate alla giurisdizione contabile nonché dell'inefficacia della tutela apprestata alle risorse pubbliche (Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 1456; in *Foro It.*, 1988, I, 694; in *Giur. Cost.*, 1987, I, 3788; e in *Corriere Giur.*, 1988, 234; Id., 23 giugno 1988, n. 719 e 26 luglio 1988, n. 898, in *Foro It.*, 1989, I, 574 e in *Giur. Cost.*, 1988, I, 3262; Id., 31 luglio 1989, n. 483, *ivi*, 1989, I, 2258; Id., 29 dicembre 1988, n. 1162, *ivi*, 1988, I, 5627; in *Riv. Giur. Amb.*, 1990, 265; e in *Regioni*, 1990, 802).

¹⁶ V. sul punto la pronuncia della Corte dei conti, Sez. Molise, 21 novembre 2005, n. 148 (in *Riv. Corte Conti*, 2005, 6, 264), che sottolinea la distinzione tra il danno ambientale in senso stretto e il danno erariale, comprensivo delle spese sostenute dall'amministrazione per il ripristino dei luoghi.

¹⁷ Detta scelta ha anticipato, in relazione all'adozione di un modello di responsabilità parziaria, quella operata dall'art. 1 quater della legge 14 gennaio 1994, n. 20, inserito dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, e si colloca nella più ampia tendenza in atto a limitare il ricorso alla responsabilità solidale in favore di quella parziaria. V. al riguardo TASSONE, *La ripartizione di re-*

tramite «il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile» (commi 6, 7 e 8).

L'attuale previsione stabilisce che «Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente (da intendersi, in base a quanto previsto dal precedente art. 300 come «qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima») alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato»¹⁸.

La competenza in materia di accertamento è attribuita al Ministro dell'ambiente che agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, ovvero tramite ordinanza ministeriale emanata nel rispetto delle norme in materia di procedimento amministrativo. In particolare, l'ordinanza «Qualora il responsabile del fatto che ha provocato danno ambientale non provveda in tutto o in parte al ripristino nel termine ingiunto, o il ripristino risulti in tutto o in parte impossibile, oppure eccessivamente oneroso ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile» (...) ha ad oggetto «il pagamento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, di una somma pari al valore economico del danno accertato o resi-

duato, a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario» (313, comma 2).

La nuova formulazione, maggiormente dettagliata rispetto al passato¹⁹, ha formulato specifici criteri risarcitori, destinati ad essere integrati a seguito del recepimento della direttiva 2004/35/CE del 21 aprile 2004. Tali criteri hanno probabilmente avviato un processo (lo si vedrà *amplius ultra*) di «monetizzazione» del danno all'ambiente e di conseguente riformulazione dell'istituto in chiave di dissuasione morale. Per lungo tempo il risarcimento del danno ambientale è stato, in realtà, giustificato da una visione strettamente normativa della responsabilità civile²⁰, e la quantificazione doveva essere basata sul principio di ristoro, più ideale che monetario, della lesione dell'ambiente quale valore incardinato in capo alla collettività.

L'ulteriore aspetto innovativo è costituito dalla previsione secondo cui «Nel caso di danno provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'Ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio» (art. 313, comma 6)²¹.

La suddetta modifica ha determinato un «ritorno» alla giurisdizione della Corte dei conti delle fattispecie di responsabilità erariale, anche laddove venga in considerazione il danno direttamente arrecato alla collettività dal comportamento, doloso o gravemente colposo, del funzionario.

sponsabilità nell'illecito civile — Analisi giuseconomica e comparata, passim, Napoli, 2007; ID., *Solidarietà e parziarietà nell'ordinamento italiano: un'analisi operativa*, in *Danno e Resp.*, 2007, 1095 e segg.; ID., *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*, in *Foro It.*, 2010, I, 1002.

¹⁸ La mancanza di un espresso riferimento all'elemento soggettivo dell'agente, enfatizzata anche dalla differenza rispetto alla precedente formulazione della norma (che richiedeva espressamente il dolo o la colpa: cfr. Cass., Sez. III, 3 febbraio 1998, n. 1087, cit. in CALABRÒ, *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, collana *Il diritto civile nella giurisprudenza* a cura di Cendon, Torino, 2005, vol. III, 96), può indurre a ritenere che il legislatore abbia propeso per un sistema fondato sulla responsabilità oggettiva. In quest'ottica, il riferimento al «fatto illecito» ben potrebbe essere interpretato come richiedente la necessaria sussistenza della mera fattispecie materiale di danno *contra ius*, mentre i requisiti di «negligenza, imperizia, imprudenza» potrebbero agevolmente essere ritenuti relativi alla dimensione dell'antigiuridicità. Tale orientamento risulterebbe del tutto conforme agli auspici della dottrina (cfr. in tal senso TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 241) circa il passaggio a un sistema di responsabilità oggettiva. In particolare, la Dir. 2004/35/CE (*considerando* nn. 8 e 9) distingue tra danni cagionati in relazione ad attività professionali che presentino un rischio per la salute umana o l'ambiente e danni non determinati da dette attività, per i quali, solamente, è previsto che la responsabilità sussista esclusivamente in presenza di dolo o colpa dell'operatore. Per la tesi secondo cui «il principio comunitario chi inquina paga, piuttosto che ricondursi alla fattispecie illecita integrata dal concorso dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa e dall'elemento materiale, imputi il danno a chi si trovi nelle condizioni di controllare i rischi, cioè imputa il costo del danno al soggetto che ha la possibilità della *cost-benefit analysis*, per cui lo stesso deve sopportarne la responsabilità per essersi trovato,

prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per evitarlo in modo più conveniente» T.A.R. Campania, Sez. V, sentenza 3 luglio 2009, n. 3727, in *Dir. e Giurispr. Agr. e Ambient.*, 2010, 348. Vigente la pregressa disciplina, la giurisprudenza (Trib. Venezia, 4 febbraio 2010, in *Ambiente, consulenza e pratica per l'impresa*, 2010, 631) aveva comunque ammesso la possibilità di utilizzare, per le fattispecie di danno ambientale, la previsione dell'art. 2051 c.c., al fine di superare le forche caudine concernenti l'onere probatorio dell'elemento soggettivo. Nel senso della nota, Corte di giustizia europea, ordinanza 9 marzo 2010 (causa C-478/08 e 479/08) e sentenza 9 marzo 2010, (causa C-378/08), in *Foro It.*, 2010, IV, 555 e segg. Per il rapporto tra la fattispecie legislativa speciale concernente il danno ambientale e quelle generali PANETTA, *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, cit., 117.

¹⁹ Reputava insufficiente la precedente definizione SANTORO, *op. cit.*, 293.

²⁰ Per la concezione normativa della responsabilità civile, in forza della quale la determinazione del danno deve essere riferita alla lesione arrecata all'interesse tutelato dalla norma, CIRILLO, *Diritto civile pubblico*, Roma, 2007, 245.

²¹ Per l'osservazione secondo cui il «ritorno» alla giurisdizione contabile esprime «un nuovo e moderno disegno dell'amministrazione pubblica, nel quale assumono rilievo, accanto all'obiettivo di conservazione della consistenza patrimoniale e di migliore utilizzazione delle risorse disponibili, la tutela degli interessi di carattere generale pertinenti all'intera comunità, la realizzazione del massimo dell'utilità dei cittadini, il rispetto della legalità ed insieme della snellezza, della efficienza e della tempestività dell'azione amministrativa, la necessità di regole di azione in funzione strumentale al raggiungimento di dette finalità» VENTURINI, *op. ult. cit.*, 106. Osserva, peraltro, OREFICE, *op. cit.*, 671 che, nel caso di specie, continua a difettare un danno alle finanze dello Stato, essendo il risarcimento indipendente da un effettivo pregiudizio economico.

La menzionata innovazione deve essere, peraltro, apprezzata, in quanto determinante l'attribuzione della materia a un giudice, da un lato, maggiormente competente a una considerazione unitaria del valore compromesso; dall'altro, più idoneo all'apprezzamento di scelte amministrative eventualmente poste a base del danno.

Con specifico riferimento ai criteri risarcitori, la Cassazione evidenzia, invece, l'ulteriore innovazione operata da parte dell'articolo 5 *bis* del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella L. 20 novembre 2009, n. 166²².

In particolare, assume rilievo la nuova formulazione dell'art. 311, comma 2, che, nel definire le misure alternative al ripristino dello stato dei luoghi, introduce tra il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente il *genus* dell'«adozione di misure di riparazione complementare e compensativa», definite *per relationem* tramite il rinvio «alla direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, secondo le modalità prescritte dall'Allegato II alla medesima direttiva»²³.

Detto intervento normativo era, in realtà, finalizzato a porre rimedio alla procedura di infrazione (n. 2007/4679) intrapresa dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia in ordine alla mancata attuazione della Dir. 2004/35/CE del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

Deve essere osservato che la direttiva in questione affronta la tematica del risarcimento del danno ambientale in un'ottica parzialmente diversa rispetto a quella che, nel nostro ordinamento, ha determinato l'insorgenza di tale figura, *ab origine* tratteggiata, come sopra si accennava, quale lesione a un bene collettivo, ed è piuttosto connotata da una visione generalpreventiva²⁴ realizzata tramite l'applicazione del principio «chi inquina paga»²⁵.

Giova premettere che, a seguito dell'introduzione nel codice, da parte del D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, di un art. 3 *bis* che ne ha precisato la natura di normativa attuativa dei principi costituzionali «nel rispetto del Trattato dell'Unione europea» la disciplina codicistica può ormai essere connotata da una sorta di *relatio perfecta* ai principi comunitari, che pertanto dovrebbero fungere da parametro interpretativo anche in difetto di un esplicito adeguamento.

Con riferimento alle discrasie tra la disciplina nazionale e le previsioni della direttiva, in particolare, la Commissione europea ha lamentato, oltre che la mancata previsione di misure compensative e complementari, la sostanziale non equivalenza tra il costo del ripristino e il ristoro per equivalente nei casi in cui il primo fosse impossibile o eccessivamente oneroso, con particolare riguardo all'art. 314, comma 3, che prevede che, per l'ipotesi di impossibile quantificazione del danno, esso sia determinato sulla base della sanzione pecuniaria (amministrativa o penale) irrogata²⁶.

²² V. sul punto TADDEI, *op. cit.*, 122.

²³ In particolare, l'Allegato II, punti 1.1.2 ed 1.1.3, definisce la riparazione complementare come le misure finalizzate ad «ottenere, se opportuno anche in un sito alternativo, un livello di risorse naturali e/o servizi analogo a quello che si sarebbe ottenuto se il sito danneggiato fosse tornato alle condizioni originarie», laddove la riparazione compensativa si contraddistingue per il semplice dato temporale, essendo indirizzata ad assicurare misure di compensazione interinali sino all'effettivo ripristino. Trasponendo dette nozioni in categorie tradizionali di rango civilistico sembra, quindi, possibile inquadrare le misure di reintegrazione in forma specifica (complementari e compensative) tra le particolari modalità di esecuzione del medesimo obbligo di ripristino. Il concetto di reintegrazione in forma specifica del danno ambientale dovrebbe essere quindi inteso nel senso di esecuzione specifica. La conferma verrebbe dalla nuova formulazione dell'art. 311, comma 2, che oggi fa riferimento all'«effettivo ripristino», che potrebbe essere inteso come un *quid pluris* rispetto alla reintegrazione specifica *tout court*, essendo quest'ultima solo eventualmente coartabile *in executivis*. Sulla differenza tra dette categorie cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, 201 e MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Sacco, Torino, 1998, 318-333.

²⁴ Nel secondo e terzo *considerando* della direttiva era espressamente illustrato che «La prevenzione e la riparazione del danno ambientale dovrebbero essere attuate applicando il principio chi inquina paga, quale stabilito nel trattato e coerentemente con il principio dello sviluppo sostenibile. Il principio fondamentale della presente direttiva dovrebbe essere quindi che l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale» e che l'emanazione della direttiva deve ritenersi giustificata dalla circostanza che «l'obiettivo» (...) di «istituire una disciplina comune per la prevenzione e riparazione del danno ambientale a costi ragionevoli per la società non può essere sufficientemente raggiunto dagli Stati membri». Con ri-

ferimento alla determinazione del danno ambientale osserva in particolare FRANZONI, *op. ult. cit.*, 207 che «sorge il dubbio che la liquidazione equitativa non assolve qui il compito di quantificare il danno (...) ma soddisfi la diversa esigenza di determinare una somma che sia proporzionalmente adeguata a sanzionare ed a prevenire una figura tipica di torto».

²⁵ Il principio «chi inquina paga» è stato elaborato nella *Dichiarazione della conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo* tenutasi a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992, che al punto n. 16 prevede espressamente che «Le autorità nazionali dovranno adoperarsi a promuovere l'internalizzazione dei costi per la tutela ambientale e l'uso di strumenti economici, considerando che è in principio l'inquinatore a dover sostenere il costo dell'inquinamento, tenendo nel debito conto l'interesse pubblico e senza distorcere il commercio internazionale e gli investimenti». Si tratta, in sostanza, di un'applicazione del ben noto teorema di COASE (*The problem of the social cost*, in *Journal of Law and Economics*, Chicago, 1960, 1 e segg.), secondo cui la regolazione di attività potenzialmente dannose, anche in presenza di beni collettivi, si dovrebbe basare sull'individuare «*the appropriate social arrangement for dealing with the harmful effects*» stabilendo «*whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produces the harm*». Il principio è stato poi consacrato nell'art. 191 TFUE (prima del Trattato di Lisbona denominato Trattato istitutivo della Comunità europea) tra i principi ed obiettivi in materia di politiche ambientali. Esso, comunque, era già stato introdotto in forza della raccomandazione del Consiglio 74/536 del 3 marzo 1975, e successivamente applicato a livello settoriale dalla Dir. 84/63/CE e dal Reg. 259/93. V. sul tema BOBBIO, *Il diritto comunitario dell'ambiente*, in *Il diritto comunitario tra liberismo e dirigismo* a cura di Cofrancesco, Roma, 2009, 299-314; ALBERTONI-MONTINI, *Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2008, 505, ove in particolare si sottolinea, pur a seguito della riforma istituzionale (509), la sostanziale invarianza dei principi ambientali già in precedenza contenuti nei trattati.

²⁶ TADDEI, *op. cit.*, p. 124.

È il caso di notare che, nella legge n. 349/1986, il riferimento alla reintegrazione in forma specifica presentava la caratteristica, rispetto alla previsione dell'art. 2058 c.c., di contemplare tra i casi di esclusione solo l'impossibilità, e non anche l'eccessiva onerosità²⁷. A ben vedere, detta esclusione era sintomo della volontà del legislatore di non rendere superflua la previsione del risarcimento in forma specifica (considerata la cospicua rilevanza patrimoniale solitamente riscontrabile in materia di danni all'ambiente) nonché di privilegiare il ripristino dello stato dei luoghi rispetto al mero ristoro patrimoniale.

La stessa *ratio*, comunque, deve riscontrarsi anche nella disciplina codicistica, in quanto attuativa di una direttiva comunitaria in cui l'opzione ripristinatoria è chiaramente privilegiata²⁸.

È evidente, tuttavia, che l'utilizzazione in uno Stato membro di criteri risarcitori meno stringenti, oltre che frustrare le esigenze primarie tutelate dalla direttiva, avrebbe altresì determinato un ingiustificato vantaggio per le imprese stabilite in detto Stato²⁹. L'attenzione a tale aspetto è confermata, ad esempio, dall'indiscussa esclusione, da parte della Commissione, della possibilità di erogazione di aiuti di stato al fine di consentire alle imprese il recupero delle somme corrisposte per il risarcimento del danno³⁰.

In quest'ottica, la novella al codice dell'ambiente ha disposto una più generale riformulazione delle modalità di determinazione del danno risarcibile. I nuovi criteri risarcitori (che, ai sensi di quanto comminato dalla lett. f), comma 1, dell'art. 303 del codice, introdotto dall'art. 5 *bis* del D.L. 135/2009, come modificato dalla legge di conversione 20 novembre 2009, n. 166, sono applicabili anche ai giudizi in corso) sono stati analizzati dalla suprema Corte al fine di valutarne l'influenza in relazione alla disciplina, vigente *pro tempore*, della legge n. 349/1986, che, facendo generico riferimento al «costo necessario per il ripristino» e al

«profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali» (senza considerare detti elementi come autonome voci di danno³¹) avrebbe per vero consentito di considerare tra gli elementi di risarcimento anche i profitti conseguiti dal responsabile del danno in epoca precedente al periodo rientrante nel tempo di prescrizione dell'illecito o gli effetti prodottisi in epoca antecedente a detto termine³², né avrebbe determinato l'esclusione della risarcibilità del danno ove la reintegrazione in forma specifica fosse stata ritenuta impossibile o eccessivamente onerosa dal titolare del bene danneggiato.

Per contro, la nuova formulazione della norma prevede che i criteri risarcitori «del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità» (*sic: rectius* i casi in cui è escluso il risarcimento in forma specifica per eccessiva onerosità) siano fissati con decreto del Ministro dell'Ambiente in conformità alla Dir. 2004/35/CE e con riferimento specifico «al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario», previsione quest'ultima con ogni probabilità finalizzata a scongiurare *pro futuro* l'avvio di analoghe procedure di infrazione.

Secondo la Cassazione, in particolare, la perdurante inerzia del competente Ministero (il relativo provvedimento infatti avrebbe dovuto essere emanato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della norma primaria) determina la possibilità, per il giudice competente, di applicare direttamente i criteri risarcitori comminati dalla direttiva (e, più precisamente, dal punto 1.2. dell'Allegato II) per il caso di esclusione della reintegrazione in forma specifica³³.

Più in particolare, la Corte di legittimità non trae detta conclusione dell'immediata applicabilità della di-

²⁷ FRANZONI, *op. ult. cit.*, 204.

²⁸ FRANZONI, *op. ult. cit.*, 205 evidenzia che «si può rilevare che il ripristino della situazione preesistente diventa il criterio preferito rispetto ad ogni intervento» e come «in questo settore la *aestimatio rei* costituisca il criterio cardine rispetto al quale modellare la finalità del risarcimento, mentre l'*id quod interest* segna il passo».

²⁹ In relazione alla difficoltà di reperire, anche a livello comunitario, univoci criteri risarcitori del danno «ecologico» ACE-TO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, 220.

³⁰ Sul punto BOBBIO, *op. cit.*, 312

³¹ È stata, di conseguenza, ipotizzata l'ascrizione del bene ambiente alla categoria dell'*universitas facti*, più che a quella del bene immateriale. Così MADDALENA, *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, cit., 526. Per l'osservazione secondo cui detto bene comprende anche *res nullius* TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 238.

³² È comunque noto che, in materia di prescrizione del risarcimento da responsabilità extracontrattuale, la giurisprudenza più recente ha ormai abbandonato la concezione meramente «materialistica» per far decorrere, al contrario, il termine di cui all'art. 2935 c.c. dal momento in cui la lesione sia percepita o percepibile come danno ingiusto utilizzando l'ordinaria diligenza. Cfr. in tal senso le pronunzie delle Sezioni unite civili dell'11 gennaio 2008, nn. 581 e 584 (emesse in data coeva ad altre otto sentenze in materia di responsabilità civile, da 576 a 585), *singulatim* reperibili *ex plurimis* in *Danno e Resp.*, 2009, 667; in *Giur. It.*, 2008, 1115; e in *Foro It.*, 2008, I, 451. Sempre nella stessa linea di pensiero Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305,

in *Foro It.*, 2007, I, c. 1097, in materia di risarcimento del danno derivante da illecito anticoncorrenziale. Sulla base di tale criterio, dovrebbe attribuirsi valore unitario all'epifania del danno anche laddove esso fosse comprensivo di condotte antecedenti al termine prescrizione.

³³ «Nel determinare la portata delle misure di riparazione complementare e compensativa, occorre prendere in considerazione in primo luogo l'uso di metodi di equivalenza risorsa-risorsa o servizio-servizio. Con detti metodi vanno prese in considerazione in primo luogo azioni che forniscono risorse naturali e/o servizi dello stesso tipo, qualità e quantità di quelli danneggiati. Qualora ciò non sia possibile, si devono fornire risorse naturali e/o servizi di tipo alternativo. Per esempio, una riduzione della qualità potrebbe essere compensata da una maggiore quantità di misure di riparazione. (...) Se non è possibile usare, come prima scelta, i metodi di equivalenza risorsa-risorsa o servizio-servizio, si devono utilizzare tecniche di valutazione alternative. L'autorità competente può prescrivere il metodo, ad esempio la valutazione monetaria, per determinare la portata delle necessarie misure di riparazione complementare e compensativa. Se la valutazione delle risorse e/o dei servizi perduti è praticabile, ma la valutazione delle risorse naturali e/o dei servizi di sostituzione non può essere eseguita in tempi o a costi ragionevoli, l'autorità competente può scegliere misure di riparazione il cui costo sia equivalente al valore monetario stimato delle risorse naturali e/o dei servizi perduti. Le misure di riparazione complementare e compensativa dovrebbero essere concepite in modo che le risorse naturali e/o i servizi supplementari rispecchino le preferenze e il profilo temporali delle misure di

rettiva³⁴ ma dal rinvio *per relationem* ai criteri dalla stessa, da parte della legge, in relazione al contenuto dell'emanando provvedimento ministeriale di determinazione dei criteri risarcitori, che ha quindi conferito efficacia precettiva alla normativa comunitaria «quand'anche» — secondo la sentenza — «essa non si potesse già di per sé ricavare dal contenuto intrinseco delle disposizioni».

2. Nel caso di specie, la società condannata al ripristino dello stato dei luoghi e al risarcimento dei danni lamentava la mancata cooperazione dell'Amministra-

zione competente nel tempestivo ristoro e la conseguente rilevanza *quoad effecta* ex art. 1227, comma 2 c.c., invocandone la rilevanza anche d'ufficio da parte del giudice del gravame.

L'affermazione della non rilevanza d'ufficio dell'inadempimento, da parte del creditore, all'obbligo di evitare o diminuire il danno subito costituisce principio consolidato in dottrina³⁵ e in giurisprudenza³⁶.

In proposito, assume rilievo la tradizionale differenziazione tra eccezioni in senso lato³⁷ ed eccezioni in senso stretto³⁸, categoria, quest'ultima, in cui viene fatta per l'appunto rientrare l'argomentazione difensi-

riparazione. Per esempio, a parità delle altre condizioni, più lungo è il periodo prima del raggiungimento delle condizioni originarie, maggiore è il numero delle misure di riparazione compensativa che saranno avviate».

³⁴ Al riguardo, si deve precisare che la citata direttiva non obbligava gli Stati membri alla transitoria applicazione della disciplina (in base al *considerando* n. 30 secondo cui «La presente direttiva non si dovrebbe applicare al danno cagionato prima dello scadere del termine per la sua attuazione»). V. tuttavia la giurisprudenza della Corte giustizia europea (*ex plurimis* sentenza 13 novembre 1990, n. 106/89, Soc. Marleasing c. Soc. La Comercial Internacional Alimentación, in *Foro It.*, 1992, IV, 173, e in *Riv. Dir. Internaz.*, 1992, 164) secondo cui il giudice nazionale è tenuto ad interpretare secondo le direttive già emanate il proprio diritto nazionale, sin dall'entrata in vigore delle stesse.

³⁵ Cfr. sul punto BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5, Milano, 1994, ove si distinguono nettamente le due fattispecie prese in considerazione dall'art. 1227 c.c. Laddove il concorso di colpa del danneggiato (*op. cit.*, 139 e 141) è considerato un elemento obiettivo di valutazione del nesso di causalità e, pertanto, opera con riferimento al comportamento astrattamente negligente (anche, in ipotesi, dell'incapace), potendo essere valutato d'ufficio dal giudice, il dovere del danneggiato di evitare il danno (*op. ult. cit.*, 144) costituisce applicazione del principio di correttezza nei rapporti obbligatori (extracontrattuali) e, in quanto teso a mitigare la pretesa del creditore, costituisce eccezione in senso stretto (cfr. *ultra*). Per la distinzione, in tale previsione, tra l'evento *interruttivo* del nesso causale e l'evento *concorrente* MONATERRI, *op. cit.*, 81 e segg.

³⁶ Cass. civ., 28 aprile 1988, n. 3209, in *Archivio civile*, 1988, 1054; Id., Sez. III, 9 maggio 2000, n. 5883, in *Foro It.*, 2001, I, 575; Id., 9 ottobre 2000, n. 13403; in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 2001, 358. *Contra* nel giudizio amministrativo, con specifico riferimento all'obbligo per il privato di impugnare il provvedimento lesivo, secondo la stessa impostazione fatta propria dal codice del processo amministrativo, ma in senso retroattivo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1555, in *Giur. Amm.*, 2010, I, 337 e, più di recente, Ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3.

³⁷ L'eccezione in senso lato costituisce una mera argomentazione difensiva, diretta a escludere il fondamento della richiesta dell'attore o del convenuto tramite il contrasto dell'affermazione della parte avversa. Cfr. sul punto MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, vol. XIV del *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, Torino, 1994, 121; MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino, 1998, 153-154; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, editio minor*, vol. II, Torino, 2006, 89; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 171. In giurisprudenza sono state, ad esempio, considerate eccezioni in senso lato: l'eccezione di carenza dei requisiti dimensionali dell'impresa ai fini dell'applicazione dell'art. 18 della L. 20 maggio 1970, n. 300 (Cass. civ., 5 marzo 1983, n. 1648, in *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1983, 471); l'eccezione di nullità della prova costitutiva dell'obbligazione pubblica di imposta (Commissione tributaria di Matera, 8 maggio 1982, in *Boll. Trib.*, 1984, 1013); l'eccezione di giudicato esterno (Cass., Sez. lav., 23 ottobre 1995, n. 11018, in *Foro It.*, 1996, I, 599); l'eccezione di *compensatio lucri cum damno* (Cass., Sez. lav., 8 marzo 1996, n. 1862, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 1603); l'eccezione di rinun-

zia (Cass., Sez. II, 14 maggio 2003, n. 7411, in *Foro It.*, 2004, I, 1882), interruzione (Sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro It.*, 2005, I, 2659) e sospensione della prescrizione (Cass., Sez. III, 24 novembre 2009, n. 24680, in *Foro It.*, 2010, I, 1833); l'eccezione di nullità del contratto di mediazione per mancanza di iscrizione all'albo dei mediatori (Cass., Sez. III, 26 ottobre 2004, n. 20749, in *Immobili e diritto*, 2005, 6, 85); l'eccezione di inopponibilità al passivo fallimentare di un credito per difetto di data certa (Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010, n. 21251, in *Foro It.*, 2011, I, 67).

³⁸ L'eccezione in senso stretto costituisce argomentazione diretta non già a negare il fatto costitutivo della pretesa, ma a dimostrarne la modificazione, estinzione o impedimento dei soli effetti. Cfr. MONTESANO, *cit.*; MONTESANO-ARIETA, *cit.*; MANDRIOLI, *op. cit.*, 91; SATTA-PUNZI, *cit.* Secondo la giurisprudenza costituiscono eccezioni in senso stretto: l'eccezione di abusivo riempimento di un vaglia cambiario (Cass. civ., 28 aprile 1981, n. 2586, in *Giur. It.*, 1982, I, 560); l'eccezione di insussistenza del minimo contributivo ai fini del conseguimento del diritto a pensione di invalidità (Cass. civ., 21 agosto 1981, n. 4961, in *Previdenza sociale*, 1981, 1788); l'eccezione di non computabilità dei giorni di assenza del lavoratore per malattia ai fini della quantificazione di determinati elementi retributivi (Cass. civ., 12 gennaio 1982, n. 162, in *Rivista It. Dir. Lav.*, 1982, II, 355); l'eccezione di decadenza ex art. 6 L. 15 luglio 1966, n. 604 per omessa impugnazione del licenziamento entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione (Cass. civ., 10 dicembre 1983, n. 7313, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1984, 395); la deduzione del convenuto finalizzata ad affermare la propria qualità di imprenditore agricolo a titolo principale ai sensi dell'art. 12, L. 9 maggio 1975, n. 153, in modo da beneficiare della più lunga durata di contratto di affitto (Cass. civ., 18 luglio 1986, n. 4644, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 3111); l'eccezione diretta a negare l'avvenuto licenziamento e a collegare la cessazione del rapporto di lavoro alle dimissioni del lavoratore (Cass., Sez. lav., 11 marzo 1995, n. 2853, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 2755); l'eccezione di prescrizione (Trib. Cagliari, 23 novembre 1994, in *Rivista giuridica sarda*, 1995, 489); l'eccezione di caducazione o di inesistenza di una circostanza presupposta (Cass., Sez. II, 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 3161); l'eccezione di estinzione del credito per remissione (Cass., Sez. lav., 9 febbraio 1999, n. 1110, in *Foro It.*, 1999, I, 2967); l'eccezione di intervenuta transazione (Trib. Cagliari, 22 dicembre 1997, in *Rivista giuridica sarda*, 2000, 493); l'eccezione di incedibilità del credito (Trib. Genova, 22 febbraio 2000, in *Foro Pad.*, 2000, I, 51); l'eccezione di erronea presupposizione (Cass., Sez. II, 6 ottobre 2000, n. 13333, in *Foro Pad.*, 2001, I, 55); l'eccezione di cessazione dello stato di separazione, quale motivo ostativo alla pronuncia di divorzio (App. Napoli, 2 marzo 2001, in *Famiglia e Dir.*, 2002, 385); l'eccezione di mancanza dell'atto scritto ai fini dell'opponibilità del pegno agli altri creditori (Cass., Sez. III, 5 settembre 2006, n. 19059, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006, 831); l'eccezione di avvenuta decadenza dall'azione di regresso proposta dall'INAIL (ai sensi dell'art. 10 D.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124) nei confronti del datore di lavoro (Cass., Sez. lav., 11 giugno 2009, n. 13598, in *Foro It.*, 2010, I, 119); l'eccezione di insussistenza del recesso, in relazione alla domanda di liquidazione della quota proposta dal socio (Cass., Sez. I, 15 gennaio 2009, n. 816, in *Foro It.*, 2010, I,

va *de qua*, in considerazione dell'incidenza non già sul fatto costitutivo della responsabilità, quanto sulle conseguenze concretamente prodotte.

L'esclusione della risarcibilità dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare tramite l'ordinaria diligenza è, anche dalla giurisprudenza, nettamente distinta dalla fattispecie prevista dal comma 1 dell'art. 1227 c.c., ai cui sensi «Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate».

In tal caso, deve infatti essere presa in considerazione la valutazione circa l'effettiva eziologia del danno arrecato: di conseguenza, detta circostanza può essere rilevata anche d'ufficio³⁹, in quanto la determinazione del nesso causale rientra tra i poteri-doveri del giudice investito della controversia.

ANDREA LUBERTI

IMMOBILE DA COSTRUIRE

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 10 marzo 2011, n. 5749 — TRIOLA *Presidente* — GIUSTI *Relatore* — FUCCI *P.M.* (diff.) — Cocchetti s.r.l. (avv. Profeta) - Monzani (avv. Luise).

Contratti in genere — Invalidità — Nullità del contratto — Contratto preliminare di vendita di immobili esistenti “sulla carta” — Disciplina recata dal D.Lgs. n. 122/2005 — Applicabilità — Esclusione — Fondamento (Cost. art. 3; C.c. artt. 1351, 2932; D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, artt. 1, comma 1, lett. d), 2, 6, comma 1, lett. i).

Nell'ambito della disciplina a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, il relativo regime giuridico di protezione non si applica ai contratti preliminari di immobili esistenti solo “sulla carta”, ossia già allo stato di progetto, ma per il quale non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente, con la conseguenza che detti preliminari sono da ritenersi validi seppur mancanti della relativa menzione urbanistica (1).



Per il testo della sentenza v. *Giur. It.*, 2011, 10, 2010; v., inoltre, *Giur. It.*, 2011, 11, 2277, con nota di CARADONNA.



(1) La Corte di cassazione si pronuncia sul contratto preliminare di vendita di immobile “sulla carta”: è valido, ma non rientra nell'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 122/2005

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il fine tutorio del D.Lgs. n. 122/2005. — 3. Presupposti oggettivi: la definizione di

immobile da costruire. — 4. La posizione della suprema Corte.

1. Premessa.

La sentenza in commento giunge a conclusione di un *iter* procedimentale nato con la richiesta, proposta a norma dell'art. 2932 c.c., di dare esecuzione ad un contratto preliminare misto di compravendita e di parziale permuta tra un terreno edificabile e alcune porzioni immobiliari da edificarsi sullo stesso.

In primo grado¹ la domanda di pronuncia costitutiva invocata dalla società promissaria acquirente del terreno veniva rigettata essendo dichiarata la nullità del contratto per violazione del D.Lgs. 20 giugno 2005, art. 2 disponente la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire per il mancato rilascio della fideiussione da parte della società costruttrice.

Quest'ultima ricorreva in appello², ove veniva confermata la nullità del contratto preliminare sulla base di altra motivazione. Secondo la Corte territoriale la violazione del suddetto decreto sarebbe avvenuta con riferimento all'art. 6, comma 1, lett. i) mancando nel contratto preliminare l'indicazione degli estremi del titolo che abilitava a costruire o la sua richiesta, ritenendo, altresì, applicabile quest'ultima disposizione anche al contratto preliminare avente ad oggetto un c.d. “immobile sulla carta”, ossia ancora privo del necessario titolo abilitativo la sua costruzione.

La Corte di cassazione, cassa con rinvio la decisione dei giudici milanesi, ammettendo la validità del preliminare che abbia ad oggetto immobili esistenti solo “sulla carta” non applicandosi ad essi le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 122/2005. Soluzione che, alla luce della particolare fattispecie oggetto della controversia, appare solo parzialmente difforme rispetto ai precedenti giurisprudenziali in materia.

2. Il fine tutorio del D.Lgs. n. 122/2005.

In esecuzione della delega contenuta nella L. 2 agosto 2004, n. 210, il Governo ha emanato il D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122³ recante “Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire”.

Questo provvedimento è intervenuto per regolamentare un fenomeno sempre più frequente nella realtà economico-sociale contemporanea, al fine di attenuare la debolezza contrattuale di coloro che si trovano ad essere acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione. La *ratio* della nuova disciplina è stata quella di rafforzare la posizione di questa categoria di acquirenti attraverso un intervento di limitato impatto normativo, con finalità connotate dalla necessità e urgenza di dare maggior tutela al credito dei compratori, qualora il costruttore versi in una situazione di crisi, senza tuttavia procedere ad una revi-

215); la previsione dell'art. 21 *octies*, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, circa la non annullabilità del provvedimento di natura vincolata nel caso di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento (T.A.R. Catania, Sez. IV, 29 aprile 2010, n. 1282, in *Giur. Amm.*, 2010, II, 554).

³⁹ Cass., Sez. III, 1 febbraio 2000, n. 1073, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1983; Id., 19 luglio 2002, n. 10580, *ibidem*, 2003, I, 1591; Id.,

26 febbraio 2003, n. 2868, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2003, 467; Id., 10 novembre 2009, n. 23734, in *Contratti*, 2010, 464.

¹ Trib. Monza 19 marzo 2008, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

² App. Milano 19 dicembre 2009, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

³ Pubblicato in *Gazz. Uff.* n. 155 del 6 luglio 2005, e in vigore dal 21 luglio 2005.

sione sistematica dell'istituto della vendita immobiliare⁴.

La disciplina ha cercato di coniugare la tutela del risparmio familiare investito sull'immobile, nonché il diritto, costituzionalmente garantito, all'abitazione, con gli interessi delle imprese costruttrici⁵.

La ragione di una tutela limitata ai soli acquirenti di immobili da costruire rispetto agli acquirenti di immobili già ultimati risiede nella particolare debolezza di questa categoria, a fronte della prassi, sempre più diffusa tra le imprese edili, di finanziare la costruzione con gli acconti versati dai compratori, i quali rimangono così maggiormente esposti al rischio del fallimento del costruttore nel lungo periodo intercorrente tra la conclusione del preliminare e l'acquisto della proprietà del bene ultimato, soprattutto se si considera l'impossibilità, secondo l'opinione prevalente⁶, di richiedere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c. qualora l'immobile non sia stato ancora ultimato. Il promissario acquirente di immobili da costruire è così esposto al doppio rischio di non acquistare la proprietà e di non recuperare le somme già pagate a titolo di prezzo.

Il legislatore del decreto opera, pertanto, in una duplice direzione: da un lato predispone una pluralità di strumenti, rivolti al futuro e destinati a trovare applicazione ai contratti stipulati dopo la sua entrata in vigore, dall'altro, istituisce un Fondo di solidarietà finalizzato ad indennizzare gli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione coinvolti nei fallimenti dei costruttori antecedenti all'entrata in vigore della nuova normativa⁷.

In estrema sintesi, il nuovo sistema pone, in primo luogo, molteplici obblighi a carico del costruttore, come quello di consegnare all'acquirente una fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia della restituzione dei corrispettivi versati per l'acquisto dell'immobile (artt. 2 e 3); ovvero l'obbligo di consegnare un'assicurazione decennale a beneficio dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della co-

struzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione (art. 4). Inoltre, specie ai fini della decisione in esame, è rilevante l'obbligo di conformare il contratto preliminare diretto al trasferimento della proprietà al contenuto minimo prefissato dall'art. 6 D.Lgs. n. 122/2005.

In secondo luogo, si attribuiscono al promissario acquirente (o all'acquirente) diversi diritti e facoltà, come quella di richiedere il frazionamento del mutuo fondiario in quote, con corrispondente frazionamento della garanzia ipotecaria (art. 7), e il divieto di procedere alla stipulazione dell'atto finale di compravendita se precedentemente non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca o del pignoramento (art. 8). Al promissario acquirente (o acquirente) viene inoltre accordato un diritto di prelazione per l'immobile che gli sia stato consegnato, nell'acquisto dello stesso in caso di vendita all'incanto (art. 9). Inoltre, il decreto interviene nella disciplina della procedura fallimentare, sia introducendo esenzioni dall'assoggettabilità all'azione revocatoria, che si vanno a sovrapporre a quelle già previste nel R.D. 16 marzo 1942 n. 267, sia introducendo il nuovo art. 72 *bis* L. Fall.⁸

Il D.Lgs. n. 122/2005 non è il primo esempio, nel panorama europeo, di tutela a favore di questa categoria di acquirenti immobiliari. Esso, infatti, si ispira fortemente alla legislazione francese, in particolare agli artt. L261-1 e seguenti del *Code de la construction et de l'habitation (partie législative)*, e agli artt. R261-1 e seguenti del medesimo *Code (partie réglementaire)*⁹, considerato il modello più avanzato in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Se ne differenzia, tuttavia, in alcuni punti significativi, probabilmente a causa dell'influenza che le associazioni dei costruttori hanno avuto sul procedimento di approvazione della legge delega: in particolare, nella legge italiana manca qualsiasi divieto, in capo al costruttore, di ricevere acconti al di fuori della procedura fissata. Si può, infine, notare la mancanza della previsione di un diritto "al ripensamento" accordato all'acquirente,

⁴ RIZZI, *Poste le "fondamenta" per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Notariato*, 2004, 673 e segg.

⁵ DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Torino, 2007, 228.

⁶ Fra i più si citi LUMINOSO, *La contrattazione di immobili da costruire: dalla novella n. 30/2007 allo schema di decreto attuato dalla legge delega 28.2.2004 n. 210*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano, 15 aprile 2005, 2.

⁷ È stato così attuato quanto già previsto nella legge delega la quale in merito, all'art. 3, lett. f), con una disposizione ritenuta un po' confusa, aveva previsto l'istituzione di un «Fondo di solidarietà a beneficio dell'acquirente che, a seguito dell'insolvenza del costruttore a fronte della quale, in un periodo compreso tra il 31 dicembre 1993 e la data di entrata in vigore della presente legge, siano o siano state in corso procedure implicanti una situazione di crisi, dichiara di aver subito la perdita delle somme versate o di ogni altro bene eventualmente corrisposto e il mancato conseguimento della proprietà o dell'assegnazione del bene».

⁸ Il legislatore così come per gli artt. 2645 *bis*, 2775 *bis* e 2825 *bis*, in ossequio all'art. 3, lett. a), legge n. 210/2004, non ha

apportato alcuna modifica all'art. 72 L. Fall., pur avendo, in questo caso sì, ricevuto esplicita autorizzazione nella lett. b) del medesimo articolo. Il legislatore, infatti, pare abbia ritenuto più opportuno inserire dopo l'art. 72 L. Fall., che era rimasto inalterato, un nuovo art. 72 *bis*, sia per non incidere in una così delicata materia, sia in considerazione della imminente più ampia riforma del diritto fallimentare. RE-SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2006, 158.

⁹ Viene in primo luogo disciplinato in questi articoli il contratto preliminare di prenotazione (*contrat préliminaire de réservation*). Trattasi di un contratto specifico ed imperativo nel settore protetto in virtù del quale «...in contropartita di un deposito di garanzia (*depôt de garantie*), il venditore si obbliga a riservare ad un acquirente un immobile o una parte di immobile». Le finalità tuttavia differiscono da quelle del nostro contratto preliminare di compravendita. Il modello contrattuale francese è in primo luogo uno strumento teso a vagliare le condizioni del mercato: il venditore conserva il diritto di recedere se la vendita non è più conveniente o se non ha trovato un numero sufficiente di compratori tali da rendere profittevole la costruzione. VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita Notar.*, 1998, 621.

sotto forma di recesso entro un dato termine dalla conclusione del contratto.

Si vedrà in seguito come, in definitiva, non sembra che la riforma abbia accordato al compratore quella tutela forte e piena auspicata in origine, ed, anzi, abbia dato origine ad un sistema a volte caratterizzato da incongruenze e contraddizioni.

3. Presupposti oggettivi: la definizione di immobile da costruire.

La lett. d) dell'art. 1 D.Lgs. n. 122/2005 descrive gli immobili da costruire come «gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità».

Emerge ad una prima lettura, la necessità che l'immobile sia regolare dal punto di vista urbanistico almeno nel senso che deve essere stata inoltrata, al momento della stipulazione del contratto, la richiesta del permesso di costruire. Secondo parte della dottrina¹⁰ la delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina ai soli casi in cui sia stato richiesto il provvedimento abilitativo troverebbe giustificazione non solo nell'esigenza di tutela dell'acquirente (limitando la contrattazione "sulla carta" al solo caso in cui esista già un progetto "definitivo", presentato a corredo della richiesta di permesso di costruire), ma soprattutto nell'intento di contrastare l'abusivismo edilizio¹¹. Muovendo da questa *ratio* si è giunti a concludere per la nullità, non solo relativa, bensì assoluta per illiceità dell'oggetto del contratto, non solo definitivo, ma anche preliminare, riguardante un immobile da costruire, nel caso in cui il relativo permesso non sia stato ancora richiesto¹².

Se ne è fatta così discendere l'incommerciabilità degli immobili da costruire in assenza del permesso di costruire dal momento che sarebbe assurdo ed irragionevole, da un lato, consentire la valida conclusione dei contratti in assenza della richiesta del provvedimento abilitativo, dall'altro, privare l'acquirente di ogni tutela¹³. Tesi supportata da argomentazioni di carattere generale secondo le quali, in caso contrario, si consentirebbero facili elusioni della disciplina protettiva in esame essendo sufficiente concludere il contratto preliminare "sulla carta" prima della richiesta del permesso per evitare gli obblighi imposti al costruttore¹⁴.

Insomma per alcuni autori l'impatto delle nuove norme avrebbe avuto un effetto dirompente sul precedente assetto legislativo rappresentato dall'art. 40 della legge n. 47/1985 (c.d. legge sul condono) e dall'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001 (T.U. edilizia) applicabile ai soli contratti ad affetti reali, immediati o differiti, con esclusione, pertanto, dei contratti preliminari. Secondo la giurisprudenza dominante¹⁵, infatti, la non conformità dell'immobile oggetto del preliminare alle prescrizioni urbanistiche, infatti, non comporterebbe l'invalidità del contratto, ma solamente l'impossibilità di richiedere l'esecuzione in forma specifica dello stesso ai sensi dell'art. 2932 c.c., mentre l'invalidità riguarderebbe il solo definitivo concluso a seguito del preliminare non conforme alla disciplina urbanistica¹⁶. Se a ciò si aggiunge che ai fini del D.Lgs. n. 122/2005 è sufficiente la semplice richiesta del titolo abilitativo e non l'effettivo rilascio sembra doversi attribuire al decreto *de quo* un rilievo ben diverso rispetto a quello attribuito alla menzione prescritta a pena di nullità negli artt. 40 legge n. 47/1985

¹⁰ PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire: le garanzie, il preliminare e gli altri contratti: le tutele per l'acquirente*, Milano, 2005, 30.

¹¹ Scelta coerente, secondo alcuni, con l'operato antecedente del legislatore che, già nel T.U. sull'edilizia, aveva sanzionato con la nullità gli atti di trasferimento di immobili privi del permesso di costruire o realizzati in modo difforme da esso, e aveva inoltre richiesto, ai fini della validità dell'acquisto, la menzione nel contratto degli estremi del titolo abilitativo alla costruzione. MORELLO, *La sicurezza giuridica delle contrattazioni dall'informazione alle garanzie*, in AA.VV., *Sicurezza delle contrattazioni. Dalle opportunità alle regole del mercato immobiliare*, Milano, 1996, 13.

¹² Secondo i sostenitori di detta tesi, in caso di contratto definitivo, pur avente ad oggetto un fabbricato futuro e quindi non ancora esistente, non sarebbe sufficiente, ai fini della validità del contratto, la semplice richiesta. Infatti, ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001 la cui previsione prevale su quella dell'art. 6, comma 1, lett. i), del decreto in oggetto, è necessario che il permesso di costruire sia già stato rilasciato (salva la speciale disciplina relativa alle domande di sanatoria). Del resto, ove si ritenga che le menzioni formali ex art. 6, 1° comma, lett. i) e comma 2, lett. b) siano richieste a pena di nullità, sia pure relativa, del contratto, l'assenza della richiesta di permesso ne impedirebbe la valida stipula anche per ragioni di ordine "formale".

¹³ Conclusione che ai sostenitori di detta teoria parrebbe obbligata, essendo inaccettabile la tesi per la quale gli immobili da costruire privi del permesso di costruire venissero fatti rientrare nell'ambito di applicazione del decreto: posizione derivante da una lettura rigorosa delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 1, della legge delega, all'art. 1, lett. d), del decreto de-

legato contenente la definizione di immobile da costruire, nonché dagli artt. 5, comma 1, lett. i) del decreto stesso le quali richiedono tutte almeno la richiesta del permesso di costruire.

¹⁴ PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire: le garanzie, il preliminare e gli altri contratti: le tutele per l'acquirente*, cit., 31. Altra autorevole dottrina si è espressa in senso contrario ritenendo eventuali intenti elusivi insufficienti a giustificare interpretazioni che possano attribuire ad una legge effetti ulteriori a quelli testualmente previsti. RIZZI, *Decreto Legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, Studio 5813/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato (approvato dalla Commissione studi civilistici il 23 luglio 2005), 15 e segg.

¹⁵ Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Giur. It.*, 2002, 1135; Cass., 3 settembre 1993, n. 9313, in *Giust. Civ.*, 1994, 1323, con nota di SALA, *Preliminare di compravendita di immobile irregolare e tutela del promissario acquirente*.

¹⁶ Cass., 10 maggio 2002, n. 6731, in *Corriere Giur.*, 2003, 371, con nota di ABATANGELO, *Tempi e modi della sanatoria dell'atto nullo per mancata indicazione degli estremi della concessione: riflessi sui diritti mediatori*. In dottrina MARZO, *Vendita immobiliare e disciplina urbanistica*, in *La vendita* a cura di Bin, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1995, III, 235 e segg. Non è mancato, tuttavia, chi ha criticato detta opinione, in primo luogo in quanto non risulta coerente con il principio di simmetria applicabile al contratto preliminare e al contratto definitivo, in secondo luogo soprattutto poiché anche il preliminare sarebbe affetto da impossibilità giuridica dell'oggetto, specie nelle ipotesi in cui l'immobile abusivo non sia suscettibile di sanatoria edilizia. LUMINOSO, *Contrattazione immobiliare e disciplina urbanistica*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1993, 987.

e 46 del D.P.R. n. 380/2001¹⁷. L'intento di contrastare l'abusivismo edilizio può essere pertanto intravisto come effetto puramente indiretto volto a stimolare la responsabilizzazione dell'acquirente a concludere l'operazione non prima della richiesta del permesso di costruire¹⁸.

Per quanto riguarda la consistenza materiale dell'immobile, si considera "da costruire" non solo l'immobile ancora da edificare, ma anche quello in corso di costruzione e non ultimato, "versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità". La portata definitoria della norma, dunque, qualifica quale immobile "da costruire" quello compreso tra il momento in cui è stato richiesto il titolo abilitativo all'edificazione e il momento di ultimazione dei lavori, comprese le rifiniture e gli accessori a norma qualifica come costruito l'immobile che si trovi in uno stato tale da consentire il rilascio del certificato di abitabilità, rinviando così all'art. 25 del D.P.R. n. 380/2001 (T.U. edilizia)¹⁹.

4. La posizione della suprema Corte.

La sentenza in commento si inserisce nell'ultimo filone interpretativo anzi richiamato, non mancando di avvertire che l'edificio esistente soltanto "sulla carta" deve essere considerato anch'esso in prospettiva dinamica. Il mancato inserimento nell'alveo di applicazione del decreto di simili fattispecie ne fa emergere una profonda lacuna che pone il potenziale acquirente di fronte al duplice rischio, da un lato, di non vedere realizzato l'immobile *tout court*, dall'altro di non essere destinatario degli strumenti di tutela apprestati in suo favore quali la fideiussione e l'assicurazione²⁰.

Tuttavia, sarebbe erroneo secondo la Corte desumere *a contrario* dall'art. 1, lett. d), D.Lgs. n. 122/2005, l'illiceità dei contratti preliminari aventi ad oggetto im-

mobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire. La *ratio* del decreto non sarebbe, infatti, quella di contrastare l'abusivismo edilizio, bensì quella di operare esclusivamente sul piano privatistico onde fornire al promissario acquirente gli strumenti idonei per non subire gli effetti nefasti di una possibile crisi dell'imprenditore. Del resto, la mancanza del titolo abilitativo non può essere sempre intesa incontrovertibilmente quale intenzione delle parti di trasferire un immobile abusivo.

Anche la tesi dell'incommerciabilità degli immobili in questione non supera il vaglio della Corte la quale sottolinea come proprio il caso da essa giudicato ne faccia emergere gli inconvenienti.

L'art. 11 D.P.R. n. 381/2001, infatti, prevede il rilascio del permesso a costruire al solo proprietario dell'area edificabile e di conseguenza, al costruttore che, prima della stipulazione del contratto traslativo dell'immobile, abbia a sua volta necessariamente già acquistato il terreno. Tale circostanza è però impossibile ove il contratto preliminare sia una permuta del suolo verso parte dell'edificio che il costruttore si accinge a costruire, contratto che sarebbe inficiato così dalla nullità, pur in mancanza dell'intento elusivo delle parti, le quali, come nel caso di specie, hanno espressamente rimandato ad un momento successivo l'attivazione delle pratiche per il rilascio del titolo abilitativo²¹.

Se, pertanto, la menzione della richiesta del titolo abilitativo, non può pretendersi in un contratto preliminare, il cui unico oggetto è la futura stipulazione di un contratto definitivo e non il trasferimento dell'immobile²², lo stesso non può dirsi per quelle fattispecie obbligatorie con effetti traslativi differiti. In questi ultimi atti le menzioni urbanistiche sono richieste a pena di nullità, dal momento che l'effetto traslativo che si

¹⁷ Vi è chi ha notato a tal proposito che la nuova disciplina trovi applicazione anche nel caso in cui l'edificio venga realizzato in totale difformità dal progetto presentato a corredo della richiesta del permesso di costruire o della denuncia di inizio attività o in totale difformità dal titolo abilitativo eventualmente in precedenza rilasciato. La tutela predisposta dal D.Lgs. n. 122/2005 si rivelerebbe particolarmente favorevole per l'acquirente proprio in questi casi, tenuto conto della nullità che incombe sull'atto di acquisto dell'immobile per via degli articoli di legge citati. RE-SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire*, cit., 158. Contra PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 25 e segg., secondo il quale la soluzione non potrebbe essere generalizzata, occorrendo distinguere tra contratto definitivo e preliminare, valutando la nullità di quest'ultimo in termini più elastici, ma pur sempre alla luce di quell'intento di contrasto all'abusivismo edilizio già criticato.

¹⁸ RIZZI, *Decreto Legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, cit., 19.

¹⁹ Per il rilascio del certificato di agibilità occorrono ai sensi dell'art. 25 citato: l'accatastamento; la conformità dell'opera al progetto approvato; la prosciugatura dei muri; la salubrità degli ambienti; la conformità degli impianti; il collaudo statico e — se richiesti — il certificato di conformità delle opere realizzate alla normativa vigente in materia di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche; il parere della A.S.L.; il parere dei vigili del fuoco. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire: le garanzie, il preliminare e gli altri contratti: le tutele per l'acquirente*, cit., 35.

²⁰ BUSANI, *Il perimetro dei contratti interessati dalla nuova disciplina sugli edifici da costruire e tecniche contrattuali innova-*

tive per "fermare l'affare", in *Quaderni della Fondaz. It. Not.*, 2006, I, 53 il quale tuttavia conclude che estendere ai contratti di specie la disciplina in esame rappresenterebbe sicuramente una forzatura del testo del decreto legislativo.

²¹ L'ampiezza delle disposizioni consente, infatti, di far rientrare nella relativa disciplina ogni operazione economico-giuridiche concernente edifici da costruire, tanto se realizzata mediante contratti tipici (come la vendita o, per l'appunto, la permuta), quanto se attuate attraverso forme di contrattazione atipiche, od attraverso un collegamento negoziale. Quanto al preliminare, poi, tale contratto, come si è visto, assume una posizione di rilievo all'interno del decreto. Anzi, proprio il promissario acquirente di un edificio da costruire (considerato da sempre esposto più di ogni altro ai rischi nelle contrattazioni) sembra essere il destinatario principale della tutela. Ovviamente la nuova disciplina va ad aggiungersi al rimedio della trascrizione introdotto dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30, in modo che coloro che avranno trascritto il contratto preliminare avente ad oggetto l'immobile da costruire potranno pacificamente giovare delle garanzie offerte dal decreto, sia che si tratti di preliminare "puro", sia che si tratti di preliminare "ad effetti anticipati"; a quest'ultimo, in particolare, sembra rivolta la norma che prevede il rilascio di una fideiussione per gli acconti versati in vista della vendita definitiva. RE-SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire*, cit., 25.

²² In giurisprudenza Cass., 11 luglio 2005, n. 1148 in *Mass. Giur. It.*, 2005; Id., 6 agosto 2001, n.10831, in *Contratti*, 2002, 221, con nota di PUTTI. In dottrina SANTARCANGELO, *Condono edilizio*, Milano 1991, 352 e segg.; MARMOCCHI, *Profili di diritto civile della legge sul condono edilizio*, in *Riv. Notar.*, 1989, 329 e segg.

verifica con la venuta ad esistenza del bene retroagisce al momento della stipula del contratto²³.

Dunque la sentenza in commento non pare porsi in posizione antitetica rispetto ai precedenti giurisprudenziali pronunciatisi su questi ultimi casi poiché l'oggetto della controversia è diverso. La Corte, pur escludendo che sul contratto preliminare di vendita di immobile "sulla carta" si abbatta la scure della sanzione della nullità, conclude ritenendo impossibile che una simile fattispecie possa essere ricompresa nell'ambito applicativo del D.Lgs. n. 122/2005. Il tenore letterale dell'art. 1 comma 1, lett. d) non lascerebbe spazio, infatti, ad alcuna interpretazione estensiva della suddetta norma, sebbene una sua lettura costituzionalmente orientata spingerebbe a trattare allo stesso modo fattispecie in qualche modo omogenee. Tuttavia, prosegue la Corte, anche un simile sforzo non potrebbe che infrangersi di fronte alla prescrizione di cui all'art. 6, comma 1, lett. i) del decreto che «impone — a fini di chiarezza, completezza e precisione del contenuto contrattuale — l'indicazione degli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta o di ogni altro titolo abilitativo». Dizione che riconferma l'indispensabilità della presentazione almeno della richiesta del permesso di costruire perché sia applicata l'intera disciplina.

Insomma, le menzioni urbanistiche non sono richieste in caso di conclusione di un contratto preliminare di trasferimento di immobile, ma, ove quest'ultimo possa essere definito "da costruire" ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. d) del decreto, esso deve contenere gli estremi perlomeno della richiesta, nonostante, sul punto, sia ancora aperto il dibattito dottrinale sulle conseguenze, non specificamente indicate dalla norma, per la sua violazione²⁴.

La Corte, tuttavia, non manca di richiamare la fondatezza delle preoccupazioni emerse in dottrina circa gli intenti elusivi cui la lacuna sistematica si presta, specie in un contesto in cui, già all'indomani dell'entrata in vigore del decreto, quest'ultimo veniva spesso disapplicato dalle imprese e dalle cooperative edilizie. Un effetto principalmente dovuto all'ingente sforzo economico ad esse richiesto per via degli obblighi contrattuali imposti al costruttore, cui si cumula la difficoltà con la quale gli istituti di credito concedono, in particolare, la garanzia fideiussoria di cui all'art. 2 del decreto. Se a ciò si aggiunge che, eccettuata la nullità relativa che può essere fatta valere dal solo acquirente, non vi è alcuna sanzione, né penale né amministrativa nei confronti del costruttore che manchi di rilasciare la fideiussione e la polizza indennitaria decennale di cui all'art. 4²⁵ si comprende bene come la conclusione cui è giunta la Corte rischi paradossalmente di accentuare maggiormente la tendenza a tra-

sferire le conseguenze dell'insolvenza sulla parte più debole. Basterà infatti anticipare la stipulazione del contratto preliminare ad un momento anteriore la richiesta del permesso di costruire per vedere completamente *bypassata* tutta la serie di tutele poste dalla legge a garanzia del promissario acquirente. Se a quest'ultimo, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto, ci si sentiva di guardare quale soggetto cardine per la pretesa del rilascio reale delle fideiussioni e delle polizze assicurative, così da poter innestare quel circolo virtuoso idoneo al rispetto della normativa in tutto il suo potenziale, oggi egli è da esortare a non rimanere solo nella difficile fase delle trattative e a ricorrere a professionisti di fiducia che lo tutelino, non già esercitando il diritto a far valere una nullità relativa di cui non è "ancora" titolare, ma ad apprestare *ex ante* quegli strumenti di autonomia privata che lo equiparino *de facto* ad un'acquirente di immobili da costruire secondo la definizione di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 122/2005. Compito arduo, ma doveroso, se si considera l'investimento nell'immobile di proprietà alla luce del difficile contesto economico in cui l'acquirente medio è oggi costretto ad operare.

ANDREA ARCHINÀ

DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 10 marzo 2011, n. 5740 — ODDO *Presidente* — LANIA *Relatore* — Russo P.M. (parz. conf.) — V.G. (avv. Pacchioli) - G.I. e C.M.R. (avv.ti Gentile, Spadafora) - Ch.Va. (avv.ti Giuffrè, David).

Contratto di compravendita di beni immobili — Patto commissorio — Procura a vendere — Violazione — Nullità (C.c. art. 2744).

Il divieto del patto commissorio decretato dall'art. 2744 c.c. si estende a qualsiasi negozio, quale che ne sia il contenuto, impiegato per conseguire il risultato vietato dall'ordinamento. Anche una procura a vendere un immobile, rilasciata dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, può integrare la fattispecie vietata, sempre che si accerti la sua connessione funzionale con il contratto di mutuo (1).

 *Omissis.* — *Svolgimento:* V.G., premesso di essere debitore in forza di un rapporto usurario di G.S., a cui aveva conferito una procura a vendere un proprio immobile sito in (*Omissis*), procura che il creditore aveva effettivamente utilizzato trasferendo fittiziamente il bene alla propria moglie C.M.R. con atto stipulato a mezzo del notaio Ch.Va. in data 6 maggio 1998, convenne dinanzi al Tribunale di

²³ La giurisprudenza è costante nel ritenere nulli ab origine per illiceità dell'oggetto i contratti diretti alla costruzione e/o all'alienazione di un'opera edilizia senza la prescritta concessione anche a seguito del D.Lgs. n. 122/2005. In particolare Cass., 18 febbraio 2009, n. 3913, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 881, con nota di OLIVERO, *Nullità dell'appalto per mancanza di concessione edilizia: vecchie certezze e criticabili novità*; Id., 21 febbraio 2007, n. 4015, in *Contratti*, 2007, 666; Id., 10 agosto 2006, n. 18129, in *Vita Notar.*, 2006, 1431; Id., 22 agosto 2003, n. 12347, in *Guida Dir.*, 2003, 39, 51.

²⁴ PETRELLI, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 295 e segg.

²⁵ Profilo di criticità che non manca di emergere rispetto alla normativa francese la quale, oltre ad un'ammenda, prevede sanzioni sino a due anni di reclusione, con, nel caso di condanna, successivo divieto di svolgere in futuro, direttamente o per interposta persona, ulteriori operazioni di vendita di immobili da costruire. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire: le garanzie, il preliminare e gli altri contratti: le tutele per l'acquirente*, cit., 8.

Milano G.I., C.R.M. e Ch.Va., chiedendo che l'atto di compravendita fosse dichiarato nullo per violazione del divieto del patto commissorio ovvero, in subordine, che venisse annullato, previa dichiarazione che esso era affetto da simulazione relativa, ai sensi dell'art. 1395 cod. civ., in quanto contratto dal rappresentante con se stesso, o, in ulteriore subordine, che il G. fosse condannato a versargli il prezzo della vendita, pari all'importo di l. 280.000.000; chiese inoltre che il notaio rogante la compravendita fosse condannato al risarcimento del danno per avere incluso nell'atto anche il cortile antistante l'immobile, bene che non era compreso nella procura da lui rilasciata.

Si costituirono in giudizio i convenuti opponendosi alle domande contro di loro rispettivamente proposte e i coniugi G.I. e C.M.R. chiedendo altresì, in via riconvenzionale, la condanna dell'attore alla restituzione del debito di L. 280.000.000.

Il giudice di primo grado, disattese nel corso dell'istruttoria le richieste di prove orali avanzate dalle parti, respinse la domanda principale di nullità del contratto di compravendita per violazione del divieto di patto commissorio e quella avanzata dall'attore nei confronti del notaio Ch.; accolse invece quella di annullamento della compravendita ai sensi dell'art. 1395 cod. civ., previa dichiarazione di simulazione del contratto, nonché la domanda riconvenzionale dei convenuti G. e C., condannando l'attore al pagamento della somma richiesta, oltre interessi legali dalla data del 14 maggio 1996 al saldo.

Interposto gravame da parte del solo V., con sentenza n. 1112 del 26 aprile 2005 la Corte di appello di Milano confermò in toto la decisione impugnata, affermando, con riferimento alla riproposta domanda di nullità della compravendita ex art. 2744 cod. civ., che, nella specie, difettavano i presupposti del patto commissorio, per insussistenza di un nesso di interdipendenza tra l'assunzione del debito e la procura a vendere l'immobile, atteso che quest'ultima, nelle intenzioni delle parti, era destinata non già a realizzare il trasferimento della proprietà del bene in capo al creditore nel caso di inadempimento del debito, ma di consentire la vendita del bene a prezzo di mercato, con obbligo del creditore di versare al debitore la differenza in caso di realizzo ad un prezzo superiore al debito stesso; in relazione all'accoglimento della domanda riconvenzionale, il giudice di secondo grado ritenne invece che non era stata data la prova né degli interessi usurari né della eccezionale restituzione del debito, confermando la valutazione del primo giudice di inammissibilità delle prove orali articolate dalla parte attrice su questi punti; ritenne infine infondato il gravame avverso il rigetto della domanda proposta dal V. nei confronti del notaio Ch., assumendo che l'accoglimento della domanda di annullamento del contratto da questi rogato determinava il venir meno dell'interesse ad affermare l'eventuale responsabilità del professionista ed all'accertamento dell'eventuale danno conseguente.

Per la cassazione di questa decisione, notificata il 17 maggio 2005, con atto notificato il 5 e 6 luglio 2005, ricorre V.G., affidandosi a cinque motivi.

Con distinti controricorsi resistono in giudizio sia G. I. e C.R.M., che Ch.Va. Il ricorrente ed il controricorrente Ch. hanno depositato memorie.

Motivi: Il primo motivo di ricorso denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1418, 1344 e 2744 cod. civ. ed omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto essenziale della controversia, censurando la sentenza impugnata per avere respinto la domanda di nullità del contratto di compravendita per violazione del divieto del patto commissorio. Ad avviso del ricorso il giudice territoriale è pervenuto a questa conclusione in forza di una non corretta interpretazione del divieto sancito dall'art. 2744 cod. civ., il quale va esteso ad ogni atto negoziale che abbia il fine di far conseguire al creditore la proprietà del bene del debitore in caso di inadempimento del debito. Nel caso di specie, il nesso di interdipendenza tra l'assunzione del debito e la procura a vendere emergeva *ictu oculi*, essendo stato nel corso del giudizio pienamente provato che il V. era stato costretto a rilasciare la procura a vendere al G. nell'ambito di

un rapporto debitorio, che la suddetta procura era stata rilasciata a garanzia delle somme mutate e che la procura a vendere era stata in concreto utilizzata dal creditore al fine di acquisire, dietro lo schermo della moglie, l'effettiva proprietà del bene. La decisione di secondo grado è quindi incorsa anche nel denunciato vizio di motivazione, in quanto il giudicante, da un lato, ha sostenuto di condividere un'interpretazione estensiva dell'art. 2744 cod. civ., affermando la sola necessità dell'interdipendenza tra i due negozi, dall'altro, contraddicendosi, ha negato che la procura a vendere potesse considerarsi atto negoziale idoneo a far pervenire al creditore la proprietà del bene, limitandosi sul punto ad osservare che essa era destinata "a realizzare una vendita effettiva e al reale valore di mercato", ma senza rilevare che, nel concreto, essa era servita al creditore per intestarsi il bene attraverso lo schermo della sua vendita simulata alla moglie.

Nel proprio controricorso G.I. e C.M.R. eccepiscono l'inammissibilità del motivo, assumendo che la controparte non ha interesse a coltivare la domanda di annullamento del contratto per violazione del divieto di patto commissorio, atteso che il contratto di compravendita impugnato risulta essere stato già annullato in accoglimento della domanda subordinata ex art. 1395 cod. civ., in forza di una statuizione su cui, non essendo stata impugnata, si è ormai formato il giudicato. Il primo motivo di ricorso è fondato.

L'eccezione preliminare di inammissibilità del motivo per difetto di interesse non può essere accolta, risultando pacifico dall'esposizione delle vicende del processo che la domanda di nullità ex art. 2744 cod. civ. è stata proposta dall'attore in via principale e quella di annullamento ex art. 1395 cod. civ. in via soltanto subordinata. Questo ordine di proposizione delle domande, che costituisce esplicitazione del diritto di azione in giudizio (art. 24 Cost.), conferisce evidentemente alla parte il diritto di insistere sull'accoglimento della domanda principale fino all'esaurimento di tutti i gradi di giudizio, senza che su detto interesse possa minimamente incidere l'avvenuto accoglimento della domanda proposta in via subordinata e la mancata proposizione contro di essa di impugnazione. In disparte poi il rilievo che la differenza degli effetti sostanziali riconducibili alla dichiarazione di nullità del contratto rispetto alla pronuncia di annullamento conferisce un interesse anche obiettivo alla parte di insistere sulla propria richiesta.

Tanto precisato, quanto al merito del motivo, si osserva che il giudice territoriale ha escluso nel caso di specie che i negozi posti in essere dalle parti volessero aggirare il divieto del patto commissorio per l'assenza del nesso di interdipendenza tra la dichiarazione di debito firmata dal V. e la procura a vendere, dal momento che quest'ultima "era destinata non già a realizzare il trasferimento della proprietà del bene in favore di G. stesso o di chi per lui, ma a realizzare una vendita effettiva e al reale valore di mercato del bene, tant'è che, stimando il bene di valore superiore all'ammontare del debito nei confronti di G., in caso di cessione dell'immobile si prevedeva che G. trattenesse per sé la somma capitale corrispondente al proprio credito, versando a V. la differenza".

Questo ragionamento non appare condivisibile, risultando del tutto inappagante l'indagine con cui il giudice territoriale ha escluso l'eventuale nesso di interdipendenza tra gli atti negoziali posti in essere dalle parti, nonché la dedotta finalità degli stessi di realizzare il trasferimento del bene del debitore in caso di suo inadempimento.

In materia di violazione del divieto del patto commissorio, questa Corte ha già avuto modo di precisare come non sia possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità, occorrendo invece riconoscere che qualsiasi negozio può integrare tale violazione, quale che ne sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore, mediante l'illecita coercizione del debitore al momento della conclusione del negozio, la proprietà del bene dell'altra parte nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione.

Più volte, di conseguenza, è stata ritenuta la nullità, ex art. 1344 cod. civ., per frode alla legge, in quanto finalizzati alla

violazione o elusione del divieto del patto commissorio, di atti negoziali di per sé astrattamente leciti ovvero di operazioni negoziali complesse che, pur in assenza di formale costituzione di una garanzia ipotecaria o pignorizia, apparivano rispondenti alla finalità di attribuire al creditore la facoltà di acquisire la proprietà del bene in caso di mancato pagamento da parte del debitore, così costretto a sottostare alla volontà della controparte (Cass. n. 5426 del 2010; Cass. n. 437 del 2009; Cass. n. 2285 del 2006). Nel caso in cui il debitore abbia accettato preventivamente — quindi al di fuori di una concordata *datio in solutum* successiva all'indebitamento — la possibilità di alienazione del proprio bene a seguito di inadempimento, viene infatti a mancare la causa tipica dello scambio a parità di condizioni, che connota il contratto di compravendita e si verte in ipotesi di causa illecita, che vizia e rende nullo il negozio o l'operazione negoziale conclusa.

In applicazione di questi principi, si è ritenuto quindi, per quanto qui specificatamente interessa, che anche una procura a vendere un immobile, rilasciata dal mutuuario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, comporti violazione del divieto del patto commissorio, qualora si accerti che essa sia funzionalmente connessa con il mutuo (Cass. n. 6112 del 1993) collegamento questo necessario dal momento che il patto commissorio è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un bene a tacitazione della sua obbligazione e non anche ove tale trasferimento sia frutto di una scelta (Cass. n. 4064 del 1995; Cass. n. 4283 del 1990). La considerazione che il patto commissorio costituisce un vizio che attiene alla causa del contratto, che viene piegata all'interesse del creditore ad acquisire una garanzia reale diretta, autonoma ed atipica sul bene del debitore, con conseguente snaturamento della causa tipica del negozio di scambio, autorizza d'altra parte l'interprete a svolgere, ai fini di tale accertamento, un'indagine penetrante, che non si può fermare agli aspetti formali del negozio, ma deve inoltrarsi anche a verificarne la causa in concreto. In particolare, ciò richiede che, in caso di operazione complessa, i singoli atti vengano valutati alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale e che a tal fine venga apprezzata ogni circostanza di fatto relativa agli atti compiuti e, non ultimo, il risultato concreto (la funzione) che, al di là delle clausole negoziali ambigue o non vincolanti, l'operazione negoziale nel suo complesso era idonea a produrre ed ha in concreto prodotto (cfr. Cass. n. 9466 del 2004).

Ora, se si legge la decisione impugnata alla luce di tali principi, non si sfugge alla conclusione che essa li abbia sostanzialmente disattesi. La Corte territoriale ha respinto la prospettazione dell'esistenza di un patto commissorio limitandosi ad osservare che non era ravvisabile un nesso di interdipendenza tra la dichiarazione di assunzione del debito sottoscritta da V. e il rilascio della procura al creditore a vendere il proprio immobile dal momento che quest'ultima era effettivamente diretta a vendere l'immobile al reale valore di mercato, tanto che era prevista la consegna al rappresentante del prezzo di vendita per la parte eventualmente eccedente l'ammontare del suo debito. Si tratta di un'inda-

gine e di una motivazione, come detto, inappaganti. In particolare, ciò che difetta è una lettura complessiva degli atti posti in essere dalle parti, che costituisce, come sopra si è evidenziato, nel caso di operazioni complesse, il momento centrale dell'indagine volta ad accertare la presunta violazione del divieto di patto commissario. La Corte territoriale ha ommesso di svolgere un'interpretazione funzionale e complessiva del comportamento negoziale delle parti, di accertare che tipo di relazione o collegamento esse avesse inteso stabilire tra la dichiarazione di debito e la procura a vendere l'immobile ed il risultato concreto da esse voluto, mancando, a tal fine, di prendere in considerazione e valorizzare non solo i singoli atti negoziali, con le relative clausole, ma anche ogni elemento o circostanza di fatto, anche temporale, in presenza della quale erano stati posti in essere, nonché del risultato con essi in concreto voluto, anche alla luce del comportamento successivo delle parti (risulta ad esempio trascurato il dato secondo cui la dichiarazione di debito e la procura a vendere risultano entrambe sottoscritte lo stesso giorno, il 14 maggio 1996, nonché la circostanza che la procura a vendere ha avuto esecuzione, attraverso la stipulazione del rogito impugnato, circa due anni dopo, il 6 maggio 1998). Trattasi, per le ragioni sopra esposte, di accertamenti tutti necessari al fine di dare risposta al quesito se in realtà le parti con la procura a vendere l'immobile intendessero effettivamente trasferire a terzi l'immobile al fine di realizzare una provvista da destinare all'estinzione del debito ovvero, come ritenuto dal ricorrente, costituire una garanzia reale a favore del creditore tale da consentire allo stesso, in caso di mancata restituzione della somma dovuta, di acquisire la proprietà del bene o comunque il potere di disporne.

Il motivo va pertanto accolto. — *Omissis*.

(1) Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini

SOMMARIO: 1. Premessa di metodo. — 2. La fattispecie e i suoi confini. — 3. Patto commissorio e procura a vendere.

1. Premessa di metodo.

La Cassazione, con la sentenza in esame, torna ad affrontare la tematica del divieto del patto commissorio, nuovamente affermando l'ormai consolidato principio in forza del quale non è possibile configurare in astratto una categoria di negozi soggetti alla sanzione della nullità perché contrastanti con il divieto decretato dall'art. 2744 c.c., occorrendo per contro riconoscere che qualsiasi negozio può integrare la violazione di tale divieto quale che ne sia il contenuto, ove impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore la proprietà di un bene appartenente al debitore nel caso in cui questi non adempia la propria obbligazione¹.

¹ Il principio, consacrato dalle Sezioni unite nel 1989 (Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1569; in *Riv. Notar.*, 1989, 890; in *Foro. It.*, 1989, I, 1428, con note di MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità* e di REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*; in *Nuova Giur. Comm.*, 1989, I, 348; in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, II, 615; in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 104; in *Resp. Civ. e Prev.*, 1989, 937) ma, per il vero, anticipato da alcune precedenti pronunce di legittimità (v. in particolare Cass., 1° febbraio 1974, n. 282, in *Giur. It.*, I, 1, 1024; Id., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Riv. Notar.*, 1983, 764, a cui hanno fatto seguito, tra le altre, Id., 6 dicembre 1983, *ivi*, 1984, 403; Id., 3 novembre 1984, nn. 5569 e 5570, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, 11; Id., 6 dicembre 1986, n. 7260, *ivi*, 1986, 12; Id., 18 maggio 1988, n. 3462, *ivi*, 1988, 5), è stato continuamente ribadito nelle suc-

cessiva produzione giurisprudenziale (v., *ex multis*, Cass., 12 ottobre 2011, n. 20956, in *De Jure*; Id., 5 marzo 2010, n. 5426, *ivi*; Id., 12 gennaio 2009, n. 437, *ivi*; Id., 11 giugno 2007, n. 13621, *ivi*; Id., 19 maggio 2004, n. 9466, *ivi*; Id., 20 luglio 1999, n. 7740, *ivi*; Id., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro. It.*, 1990, 205, con nota di VACLAVI, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*).

Buona parte delle sentenze poc'anzi elencate (v. in particolare Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, cit.) hanno affrontato la tematica, oggetto di vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza sino alla pronuncia a Sezioni unite del 1989, della vendita con patto di riscatto stipulata in funzione di garanzia reale atipica; ad avviso dell'opinione oggi dominante l'evocata fattispecie è nulla — nonostante l'immediatezza dell'effetto tra-

Sulla scia del principio or ora cennato, la suprema Corte, dopo aver ribadito la necessità che l'interprete conduca un'indagine penetrante che, lungi dall'arrestarsi ad un esame estrinseco e meramente formale della fattispecie sottoposta alla sua attenzione, sia orientata a sviscerare la causa concreta sorreggente il congegno negoziale utilizzato dalle parti per raggiungere il (reale) risultato avuto di mira, giunge ad affermare come anche una procura a vendere un immobile rilasciata dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del contratto di mutuo comporti violazione del divieto del patto commissorio ove sia rinvenibile un nesso teleologico (di garanzia) tra i due negozi².

Tale orientamento, per quanto apprezzabile nella misura in cui slega la valutazione dell'interprete dal *freddo* dato formale, non può però condividersi nella parte in cui *si accontenta* di una lettura sostanziale (e non anche sistematica) dell'art. 2744 c.c. che, isolatamente considerato (e cioè non letto alla luce dell'intero ordinamento giuridico di cui costituisce un frammento), non consente di delimitare in maniera soddisfacente i limiti operativi del divieto ivi sancito comportandone, in definitiva, un'applicazione automatica ad astrarre da qualsiasi valutazione in merito all'equilibrio economico del contratto di garanzia.

Già da tempo la dottrina più attenta ha messo in luce la necessità di desumere più dal sistema nel suo complesso che dalla disposizione di cui all'art. 2744 c.c. la reale portata della fattispecie vietata, ricercando in altre norme dell'ordinamento quei limiti esterni della figura che, per la genericità del dato testuale, non possono essere ricavati dal contenuto della norma³. Ed è

proprio prendendo le mosse da tale impostazione che, a parere di chi scrive, è possibile attribuire alla disposizione in commento un significato giuridico adeguato, in quanto lontano dagli automatismi scaturiti dall'adozione di soluzioni astratte e generalizzanti che mal si conciliano con il dovere dell'interprete di percorrere la strada dell'interpretazione funzionale, sistematica ed assiologica, secondo una prospettiva attenta agli interessi del caso concreto e soprattutto sensibile a valutare l'effettiva dannosità del regolamento negoziale così come plasmato dalle parti⁴.

Accettando di ragionare nell'auspicata prospettiva, al fine di individuare la reale portata operativa del divieto di cui all'art. 2744 c.c.⁵ e, in definitiva, dei limiti frapposti in tale materia dall'ordinamento giuridico al libero esplicarsi dell'autonomia negoziale dei privati, pare opportuno muovere da un'analisi comparativa che tenga conto dell'insieme di tutte quelle disposizioni codicistiche che consentono all'interprete di delimitarne correttamente i confini evitando di attrarre nella sua orbita fattispecie che non paiono, ove lette alla luce del dato sistematico, meritevoli di essere sanzionate con la nullità a prescindere da qualsiasi ulteriore valutazione relativa alle circostanze concrete dell'accordo: non solo gli artt. 1851 c.c. (in tema di pegno irregolare) e 1197 c.c. (in tema di prestazione in luogo dell'adempimento), quanto piuttosto l'insieme delle disposizioni da cui è possibile trarre il più generale principio in forza del quale le parti sono libere, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, di convenire particolari forme (anche atipiche)⁶ di rafforzamento del credito e, *in primis*, gli artt. 1322 e 1179 c.c.⁷, nonché il coacervo di norme espressione del generale principio di correttez-

slativo — per violazione del divieto di patto commissorio. Sebbene nella specie il trasferimento della proprietà, diversamente dal modello accolto dall'art. 2744 c.c., non è sospensivamente condizionato all'inadempimento *ex latere debitoris*, è del tutto evidente come l'utilizzo dello schema della vendita sia in realtà finalizzato ad aggirare il divieto decretato dalla citata disposizione. L'obiezione per cui, giusta la natura eccezionale dell'art. 2744 c.c., sarebbe preclusa all'interprete la possibilità di farne applicazione analogica è superata dall'invocazione della teoretica del negozio indiretto presupposta dall'art. 1344 c.c. e accreditante la nozione di causa concreta del contratto.

² Il richiamato collegamento funzionale viene configurato dalla giurisprudenza quale requisito necessario affinché l'operazione negoziale possa esser sanzionata con la nullità *ex art.* 2744 c.c. poiché, ove mancante, non sarebbe possibile parlare di patto commissorio, essendo questo configurabile solo quando il debitore sia costretto a trasferire un diritto reale (ovvero ad assumere su di sé l'obbligo di trasferire un tale diritto, ricorrendo in tal caso la figura del patto commissorio c.d. obbligatorio) in caso di suo inadempimento (v. in tal senso le pronunce richiamate *supra* in nota 1).

Tra le pronunce, in vero non numerose, che hanno affrontato la questione dell'idoneità di una procura o di un mandato ad alienare ad integrare gli estremi del patto commissorio, v. Cass., 1° giugno 1993, n. 6112, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, II, 135; Id., 5 febbraio 1979, n. 766, in *Riv. Notar.*, 1979, 619; e Trib. Roma, 24 marzo 1969, in *Dir. Fall.*, 1969, II, 468.

³ Così, quasi testualmente, LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 1987, 241; Id., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, 221; ANELLI, *L'alienazione a scopo di garanzia*, Milano, 1996, 77; CALVO, *Contratti e mercato*, Torino, 2006, 27; CIATTI-CALVO, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 2011, I, 547.

⁴ Illuminanti, al riguardo, le pagine di P. PERLINGIERI, *Il*

diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, 2ª ed., Napoli, 2006, 563 e segg., il quale, nel denunciare l'inadeguatezza del canone interpretativo *in claris non fit interpretatio*, testualmente afferma che «la norma non è mai sola, ma esiste ed esercita la sua funzione all'interno dell'ordinamento, e il suo significato muta con il dinamismo e la complessità dell'ordinamento medesimo; sì che s'impone un'interpretazione evolutiva della legge. Il principio di legalità non si riduce al rispetto dei singoli precetti, implicando invece, da un lato, il loro coordinamento (nonché l'armonizzazione con i principi fondamentali di rilevanza costituzionale) e, dall'altro, il confronto, e la contestuale conoscenza del problema concreto da regolare, cioè del fatto, individuato nell'ambito dell'intero ordinamento, l'insieme delle proposizioni normative e dei principi, la normativa più adeguata e maggiormente compatibile agli interessi ed ai valori in gioco. L'interpretazione è pertanto per definizione logico-sistematica e teleologico-assiologica, cioè finalizzata all'attuazione dei valori costituzionali».

⁵ Si tenga a mente che analoga disposizione proibitiva c.c. è prevista, in materia di anticresi, dall'art. 1963 c.c.

⁶ Significativa in tal senso la vicenda del contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*), espressione dell'autonomia negoziale riconosciuta ai privati dall'art. 1322 cpv. c.c., su cui v. Cass., Sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 1024 (che ne affermò l'ammissibilità nel nostro ordinamento) e, da ultimo, Id., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 394, in *Corriere Giur.*, 8, 2010, 1022, con nota di ROLFI, *Garantievertrag e polizza fideiussoria: il grand arrêt delle Sezioni Unite tra massime ed obiter dicta*.

⁷ Norma che ha introdotto nel vigente ordinamento il generale principio di equivalenza delle garanzie (anche atipiche) attribuendo al debitore, in mancanza di espressa previsione in tal senso, la facoltà di scegliere la garanzia da prestare (sia essa reale, personale o consista in qualsiasi «altra sufficiente caute-

za e buona fede (e in particolare gli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.) affondante le proprie radici nel principio solidaristico cristallizzato nell'art. 2 Cost.

2. La fattispecie e i suoi confini.

L'art. 2744 c.c.⁸ sanziona con la nullità il patto con cui le parti convengono che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore; sebbene la formula normativa rifletta un'immagine del patto commissorio quale convenzione accessoria a una garanzia reale nominata, non si dubita della sua estensibilità anche alle ipotesi in cui venga a configurarsi alla stregua di convenzione autonoma, e cioè diretta ad attribuire al creditore la proprietà di beni non previamente costituiti a oggetto di alcuna garanzia reale tipica⁹. Neppure si dubita che la proibizione vada estesa alle ipotesi in cui il patto preveda il trasferimento di un diritto reale minore (usufrutto, enfiteusi, superficie)¹⁰, ovvero alla variante del patto commissorio ad effetti obbligatori, in cui il debitore assume solo l'obbligo di trasferire la proprietà di un bene al creditore in caso di inadempimento¹¹.

La nullità, secondo la *communis opinio*, colpisce il patto commissorio a prescindere dalla sussistenza di un'effettiva sproporzione tra debito garantito e valore del bene oggetto della garanzia: vietandolo, l'ordinamento manifesta la volontà di sanzionare un modello negoziale, ad astrarre dal contenuto della singola concreta pattuizione e da qualsivoglia considerazione relativa all'atteggiarsi in concreto del rapporto tra i sacrifici delle parti che, ancorché modellato secondo un criterio di equa commisurazione (si pensi all'ipotesi in cui il valore della cosa data in garanzia sia pari o addirittura inferiore all'importo del credito), non sarebbe idoneo a salvare la convenzione dalla scure della nullità¹². A sostegno di tale impostazione si è soliti invocare la lettera della disposizione che, non prevedendo espressamente il requisito della sproporzione tra i suoi elementi costitutivi, inequivocabilmente ne escluderebbe la rilevanza ai fini dell'operatività del divieto: laddove il legislatore ha voluto attribuire rilevanza alla sussistenza di un effettivo squilibrio dello scambio in danno di una delle parti (come nel mutuo usurario) o alla dimostrazione dell'approffittamento dello stato di bisogno in cui versava uno dei contraenti (come nell'azione generale di rescissione per lesione), ciò ha reso esplicito nel dato legislativo, elevando il requisito in questione a elemento necessario della fattispecie. Se

così, la preclusione di cui all'art. 2744 c.c., e la correlativa sanzione, opererebbero automaticamente, a prescindere da qualsiasi valutazione circa l'equilibrio economico del negozio, venendosi a configurare, in ultima istanza, una presunzione (invincibile) di dannosità *ex lege*.

Per quanto autorevolmente sostenuta, tale conclusione mi sembra per il vero eccessiva; e invero non è mancato chi, in dottrina, ha manifestato insofferenza verso tale rigoroso approccio¹³.

Al fine di non precludere *ex ante* e in maniera assoluta la validità di qualsiasi convenzione in astratto riconducibile al generico dettato dell'art. 2744 c.c., pare qui opportuno richiamare l'attenzione del lettore su quelle disposizioni codicistiche che, pur presentando notevoli affinità con la fattispecie che qui occupa, sono per contro perfettamente lecite in quanto idonee, attraverso svariati meccanismi di riequilibrio (e di controllo) dello scambio, a elidere in radice il pericolo di ingiustificati arricchimenti di una parte in danno dell'altra.

Significativo in tal senso è l'art. 1851 c.c., che disciplina la figura del pegno irregolare in modo da evitare che il debitore subisca perdite sproporzionate rispetto all'ammontare del credito garantito: allorché il pegno abbia a oggetto danaro o altre cose fungibili non individuate, il creditore ne acquista la proprietà ed è autorizzato a disporre, dovendo però restituire l'eventuale eccedenza rispetto al credito garantito secondo una valutazione da effettuarsi al momento della scadenza dell'obbligazione ineseguita. Dal meccanismo poc'anzi descritto, funzionale ad escludere la realizzazione di profitti abusivi in capo al creditore e la correlativa sovrappaffazione economica ai danni del debitore, discende la validità del pegno irregolare¹⁴.

E ancora, è possibile ricavare preziose indicazioni dagli artt. 2798 (assegnazione in pagamento della *res* costituita in pegno) e 2803 c.c. (attribuzione della facoltà di riscossione del credito dato in pegno): il creditore è ammesso a soddisfare le sue pretese sulla cosa o sul credito oggetto di pegno essendo, anche in tali ipotesi, operanti meccanismi legali ovvero obblighi di restituzione funzionali ad evitare arricchimenti ingiustificati in danno del debitore.

La legge ammette inoltre la validità della convenzione con cui il debitore conferisce ai suoi creditori (o solo ad alcuni di essi) l'incarico di liquidare tutte o alcune delle attività di cui egli è titolare, sì da ripartirne tra loro il ricavato a tacitazione dei crediti vantati (artt.

la»), purché idonea (cfr. R. GENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e Impresa*, 1995, 275.

⁸ Ma v. altresì il già ricordato art. 1963 c.c., che analogamente dispone in materia di anticresi.

⁹ BIANCA, voce "Patto commissorio", in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 715; CARNEVALI, voce "Patto commissorio", in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 502; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del creditore*, 2ª ed., in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Torino, 1984, XIX, 559.

¹⁰ ANDRIOLI, *Tutela dei diritti*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, VI, *Della tutela dei diritti (art. 2740-2899)*, Bologna-Roma, 1945, 24 e segg.; ROPPO, *op. loc. cit.*

¹¹ BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 177; ID., voce cit., 716; CARNEVALI, voce cit., 505.

Con riguardo alla questione della nullità del patto commissorio immediatamente traslativo v. quanto detto *supra* in nota 1.

¹² LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 28 e segg.; BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., spec. 221; ID., voce cit., 716; ANELLI, *op. cit.*, 74 e segg., testualmente afferma che «l'ordinamento ha quale unico punto di riferimento il modello negoziale descritto dall'art. 2744 c.c., per la sua idoneità a dar luogo ad un quadro effettuale ritenuto inaccettabile».

¹³ CALVO, *op. loc. cit.*; CIATTI-CALVO, *op. loc. cit.*; ma l'insofferenza verso un tale rigore era già avvertita da LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., 240 (in nota 73).

¹⁴ MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1960, I, 110 e segg.; LUMINOSO, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. Comm.*, 1981, I, 432 e segg.; CARNEVALI, voce cit., 505.

1977 e segg. c.c.): si configura in tal modo una procedura (auto)satisfattiva sul patrimonio del debitore che l'ordinamento ammette ma circonda di garanzie (*recitius*: di sistemi di controllo), volte a tutelare il diritto del debitore a una corretta liquidazione e alla restituzione dell'eventuale residuo¹⁵.

L'ordinamento attribuisce poi al debitore (ove il creditore vi consenta) la facoltà di estinguere l'obbligazione attraverso l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta (artt. 1197 e segg. c.c.), anche se, per avventura, economicamente squilibrata a suo danno: come evidenziato in dottrina, la differenza intercorrente tra la fattispecie di cui all'art. 1197 c.c. e il patto commissorio risiede nella circostanza che questo, a differenza di quella, lascia sopravvivere il rapporto obbligatorio originario, attribuendo senz'altro al creditore il diritto a far suo un bene del debitore in caso di inadempimento, così spingendo quest'ultimo a vincolarlo in quanto «allettato» dalla speranza (spesso illusoria) ingenerata dalla possibilità di non perderlo definitivamente, essendo ancora possibile (benché il più delle volte poco probabile) recuperare le risorse strumentali all'esatto adempimento¹⁶.

Dalle norme poc'anzi richiamate emerge con chiarezza che, ciò che l'ordinamento giuridico vuole evitare attraverso la previsione del divieto decretato dall'art. 2744 c.c. è, in definitiva, il pericolo d'indebiti arricchimenti a vantaggio del creditore, la cui posizione di potere economico può riverberarsi in danno del debitore costringendolo ad accettare una garanzia sovrabbondante rispetto all'entità del debito¹⁷; da ciò discende la validità delle pattuizioni che, pur prevedendo il trasferimento della proprietà di un bene (o di altro diritto reale) dal debitore al creditore in caso di inadempimento, espressamente prevedono, similmente a quanto fatto dal legislatore con riguardo alle suaccennate disposizioni, meccanismi convenzionali capaci di eliminare in radice il pericolo di arricchimenti

sproporzionati in capo a quest'ultimo. Lo comprova la validità, pacificamente ammessa¹⁸, del patto c.d. marciano¹⁹, convenzione con cui le parti stabiliscono che, in caso di inadempimento, il bene costituito in garanzia si trasferisce al creditore, ma questi è obbligato a corrispondere al debitore una somma pari alla differenza tra il valore del bene (fatto oggetto di stima, dopo l'inadempimento, ad opera di un terzo designato da entrambe le parti) e l'ammontare del debito insoluto.

Se quanto detto è vero, facendo un ulteriore passo avanti, non sembra irragionevole né contrario al sistema escludere l'operatività del divieto di cui all'art. 2744 c.c. anche laddove, pur non essendo espressamente previsto alcun meccanismo volto ad escludere il pericolo di abusivi arricchimenti in danno del debitore, nondimeno il creditore offra la prova che il valore del bene oggetto della convenzione commissoria, al momento della stipulazione della stessa, era pari o inferiore all'entità del credito garantito, in tal modo vincendo la presunzione (che, a parere di chi scrive, non può essere intesa come *iuris et de iure*) di pericolosità/dannosità che, nell'ottica del legislatore, la ammantava²⁰. Ove poi la sproporzione tra valore della *res* e importo del credito, assente *ab origine*, si manifesti in epoca successiva, la salvezza della convenzione dalle forche della nullità, potrebbe ricavarsi, come acutamente osservato in dottrina²¹, ritenendo immanente al sistema l'operatività dei meccanismi di riequilibrio previsti dagli artt. 1851 e 2803 c.c.: la stima del bene (che, lungi dall'essere effettuata una volta per tutte al momento della stipulazione della convenzione, le parti, ove interessate a far salvo il patto, hanno l'onere di rinnovare al momento della scadenza del debito e non prima) ad opera di un terzo (scelto *ex post* di comune accordo secondo lo schema modellato dall'art. 1349 c.c. o per il quale sia stato anteriormente fissato il criterio di scelta²²) e il conseguente obbligo gravante il

¹⁵ SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1959, II, 617; BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 182; LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., 236.

¹⁶ Così LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., 243 nonché ID., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., 221. V. altresì quanto osservato da BIANCA, *Patto commissorio*, cit., 717.

¹⁷ Pur essendo consapevole che sul tema della *ratio* sorreggente il divieto del patto commissorio ancor oggi non v'è concordia tra gli interpreti (CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Studi di diritto processuale*, 1925, I, 487 e segg.; BETTI, *Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione delle obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1931, II, 689; BIANCA, *Patto commissorio*, cit., 716; CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., 500; ANELLI, *op. cit.*, 47 e segg.), mi pare innegabile che, anche alla luce dell'origine storica dell'istituto, un ruolo fondamentale rivesta la preoccupazione di scongiurare simili abusi; mi limito qui ad osservare come, alla tradizionale obiezione per cui la sanzione della nullità mal si concilierebbe con una tale ricostruzione del fondamento della norma, che da un lato con ciò non si intende negare che alla base della previsione vi siano certamente altre ragioni che concorrono a spiegarne la ragion d'essere (v. per un'impostazione simile COSTANZA, *Sull'alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1824), dall'altro, e la recente legislazione speciale (soprattutto quella consumeristica) lo dimostra in maniera evidente, lo schema

tradizionale che riconduce la nullità alla lesione di un interesse generale sembra oggi sempre più in crisi a fronte del moltiplicarsi delle nullità comminate a carico di contratti che ledono l'interesse non della generalità dei consociati, ma di ben definite classi di contraenti (sul tema v. le osservazioni di ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2011, 708).

¹⁸ ANDRIOLI, *Tutela dei diritti*, cit., 93; LOJACONO, *op. cit.*, 71 e segg.; BIANCA, *Patto commissorio*, cit., 717; CARNEVALI, *Patto commissorio*, cit., 500; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del creditore*, cit., 561; CALVO, *op. loc. cit.*; CIATTI-CALVO, *op. loc. cit.*

In giurisprudenza v. Cass., 21 giugno 1946, n. 732, in *Giur. It.*, 1947, I, 1, 32; Id., 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro It.*, 1952, I, 11; Id., 30 marzo 1954, n. 988, in *Repertorio Foro It.*, 1954, voce "Vendita", 99; App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. di Merito*, 1975, I, 424.

¹⁹ D., 20, 1, 16, 9.

²⁰ Cfr. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., 240 (in nota 73).

²¹ CIATTI-CALVO, *op. loc. cit.*

²² Nell'ipotesi in cui il creditore riesca ad imporre la nomina di un soggetto non imparziale, sarebbe giocoforza ammettere la possibilità per il debitore di far valere il suo diritto ad un equo accertamento, impugnando la determinazione manifestamente iniqua o erronea *ex art.* 1349, comma 1, c.c. (cfr. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., 718, in tema di stima del bene e nomina del terzo stimatore nel patto marciano).

creditore di restituire l'eventuale eccedenza, sì da evitare il consolidarsi di indebiti arricchimenti in capo al creditore²³.

La soluzione prospettata, oltre ad essere rispettosa dell'autonomia negoziale delle parti (che qui si declina nella possibilità di dar vita a forme particolari di rafforzamento del credito), è altresì conforme al canone di autoresponsabilità gravante sul soggetto che liberamente decide di immettersi nel traffico giuridico: non pare ragionevole né corretto attribuire al debitore che dopo aver concluso un contratto né squilibrato né altrimenti viziato decida, *melius re pensata*, di invocare il rimedio caducatorio sancito dall'art. 2744 c.c. per liberarsi dalla garanzia convenzionale nonostante la sua assoluta inidoneità a tradursi in un sacrificio patrimoniale ingiusto, tutto ciò risolvendosi, in ultima istanza, in un esercizio abusivo del citato rimedio in spregio al generale dovere di correttezza e buona fede informante l'intera materia delle obbligazioni in generale e del contratto in particolare.

3. Patto commissorio e procura a vendere.

Ed è proprio alla luce di quanto poc'anzi affermato che, a parere di chi scrive, la pronuncia in commento suscita qualche perplessità laddove, ribaltando il *decisum* della Corte territoriale, ancora la declaratoria di nullità ex art. 2744 c.c. all'accertamento del solo collegamento funzionale intercorrente tra la procura (o il mandato) ad alienare e il contratto di mutuo, e non anche alla circostanza che il regolamento negoziale sia, in concreto, suscettibile di rendere eccessivamente gravosa la posizione del mutuatario.

Non sembra, in vero, ragionevole far discendere la nullità della convenzione *lato sensu* commissoria con cui il debitore incarica il proprio creditore di alienare a terzi un bene di sua proprietà²⁴, con l'obbligo di imputare al proprio credito il ricavato della cennata attività liquidatoria, dalla sola circostanza che la sua efficacia sia sospensivamente condizionata all'inadempimento del preesistente rapporto obbligatorio, non potendo, una simile eventualità, essere considerata *ex se* pregiudizievole per il debitore (ed anzi, la maggior celerità nella vendita del bene potrebbe addirittura essere vantaggiosa per quest'ultimo ove si consideri che

ciò non solo eviterebbe il lievitare degli interessi moratori e degli altri accessori del credito²⁵, ma altresì consentirebbe di realizzare un valore superiore rispetto a quello che, di regola, realizzerebbero l'espropriazione e la vendita coattiva del bene). Ed infatti, accettando di leggere il divieto decretato dall'art. 2744 c.c. come limite all'autonomia negoziale delle parti operante nei soli casi in cui non sia dato rinvenire adeguati meccanismi (legali o convenzionali) di riequilibrio del rapporto, sarebbe auspicabile l'adozione di soluzioni più liberali, capaci di slegare simili pattuizioni rafforzative del credito dalle catene della nullità ogniqualvolta queste siano tali da evitare che l'inadempimento si tramuti in occasione di ingiustificato arricchimento del creditore²⁶.

Se così, l'incarico gestorio *in rem propriam*, quantunque irrevocabile ex art. 1723 cpv. c.c., sfuggirebbe alle forche del rimedio estintivo giusta l'operatività dello statuto dettato dagli artt. 1703 e segg. c.c. che, in quanto non derogato dalle parti, prevede a carico del mandatario non solo l'obbligo di agire con la diligenza richiesta dall'art. 1710 c.c. (norma che, come osservato in dottrina, va completata con la previsione di cui all'art. 1176 cpv. c.c.²⁷), ma altresì un obbligo di rendiconto (art. 1713, comma 1, c.c.) dal quale discende l'esistenza di un vero e proprio diritto del mandante/debitore a ripetere l'eventuale eccedenza rispetto al credito garantito, così sventando il paventato rischio di arricchimenti abusivi²⁸. Ove poi il potere rappresentativo non sia associato ad un rapporto gestorio *ex causa mandati* (eventualità che, per quanto rara, non può escludersi *a priori*), venendosi in tal caso a configurare in capo al rappresentante/creditore il solo potere, e non anche l'obbligo, di agire nell'interesse del rappresentato/debitore, le parti avranno l'onere, strumentale alla salvezza della convenzione avente funzione di garanzia del credito, di predisporre meccanismi idonei ad evitare il realizzarsi degli abusi avversati dall'ordinamento attraverso la previsione del divieto del patto commissorio; in particolare verrà in rilievo la presenza o meno di un obbligo a carico del rappresentante/creditore di rendiconto e di restituzione di quanto ricavato in esubero ovvero di altri meccanismi che, similmente, impediscano il realizzarsi di abusi in danno del creditore.

²³ Sebbene parte della dottrina e della giurisprudenza, ravvisando nell'art. 2744 c.c. uno strumento volto ad assicurare l'effettività del principio della *par condicio creditorum* (CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, cit., 888; ANDRIOLI, *Tutela dei diritti*, cit., 51 e segg.; in giurisprudenza v., in particolare, Cass., 21 aprile 1989, n. 1907, cit.), ovvero l'inderogabilità della procedura giudiziaria esecutiva (BETTI, *op. cit.*, 689 e segg.), configurando la nullità decretata dal citato articolo quale conseguenza necessitata che prescinde da qualsiasi valutazione circa le circostanze concrete connotanti la singola vicenda negoziale, ritengo risolutiva al riguardo l'impostazione di quella dottrina che esaurisce la portata del principio della *par condicio creditorum* in ciò, che esso si limiterebbe a disattendere il criterio della priorità cronologica del sorgere del credito, quale possibile criterio per dirimere i conflitti tra una pluralità di creditori che cercano soddisfazione sul patrimonio del debitore comune (ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del creditore*, cit., 529 e segg.). Il vigente ordinamento, al contrario, consente all'autonomia privata ogni tipo di discriminazione fra i creditori, ponendo quale unico limite il rispetto del principio di correttezza

e buona fede e sanzionando eventuali comportamenti fraudolenti con l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. (cfr. R. GENGHINI, *op. cit.*, 279).

²⁴ Ma lo stesso discorso vale ove oggetto dell'incarico gestorio sia l'incasso di un credito del creditore.

²⁵ R. GENGHINI, *op. cit.*, 282.

²⁶ Cfr. R. GENGHINI, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ CALVO, *op. cit.*, 271; CIATTI-CALVO, *op. cit.*, 609.

²⁸ Come autorevolmente sostenuto in dottrina, attraverso l'evocata fattispecie negoziale le parti potrebbero lecitamente porre in essere una deroga alle procedure legali di espropriazione coattiva, con ciò non incorrendo nel divieto sancito dall'art. 2744 c.c. (BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 187 e segg.; ID., *Garanzie mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato di vendere*, in *Foro Pad.*, 1958, I, 455; ID., *Patto commissorio*, cit., 718; FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. C.C. a cura di Scialoja, Branca, IV, Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1966, 250; SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 13; R. GENGHINI, *op. loc. ult. cit.*; *contra* ANDRIOLI, *Tutela dei diritti*, cit., 57).

In quest'ordine di idee non sembra condivisibile l'atteggiamento della suprema Corte che, con la pronuncia in commento, non tiene in debito conto la circostanza che la procura a vendere fosse altresì accompagnata dalla previsione della determinazione del prezzo del bene con riguardo al suo valore di mercato (al momento dell'inadempimento del debitore) e dall'obbligo, gravante sul rappresentante/creditore, di restituire al rappresentato/debitore l'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del credito garantito. Meglio sarebbe stato, come del resto avvenuto sia in primo che in secondo grado, sanzionare il comportamento abusivo del mutuante (che, nel caso di specie, attraverso il congegno dell'interposizione fittizia di persona mirava ad eludere il divieto di autocontratto sancito dall'art. 1395 c.c.), con l'annullamento della compravendita proprio ai sensi del citato art. 1395, previa dichiarazione di simulazione (relativa del contratto da questi concluso con la propria moglie.

MIMMO ALBANESE

SALE AND LEASE BACK

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 9 marzo 2011, n. 5583 — PANEBIANCO *Presidente* — SCARANO *Relatore* — GAMBARDELLA P.M. (diff.) — Bioagricola s.r.l. (avv. Altieri) - Agenzia delle entrate, Ministero dell'economia e delle finanze (Avv. Gen. Stato).

*Conferma Comm. trib. Salerno,
14 dicembre 2004, n. 250.*

Obbligazioni e contratti — Autonomia privata — Sale and lease back — Funzione di finanziamento — Liceità — Accertamento — Necessità — Violazione del divieto di patto commissorio — Configurabilità — Condizioni (C.c. artt. 1344, 1963, 2744).

Il divieto di patto commissorio deve ritenersi violato allorché lo scopo di garanzia assurga a causa concreta della vendita con patto di riscatto o di retrovendita e non quando costituisca invece un mero motivo del contratto (1).

 *Omissis.* — Relativamente al 4 motivo va infine sottolineato come questa Corte ormai da tempo abbia affermato che nel contratto di sale and lease back con il quale una impresa commerciale o industriale vende un bene immobile di sua proprietà ad un imprenditore finanziario che ne paga il corrispettivo, diventandone proprietario, e contestualmente lo cede in locazione finanziaria (leasing) alla stessa venditrice, che versa periodicamente dei canoni di leasing per una certa durata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto, corrispondendo al termine di durata del contratto il prezzo stabilito per il riscatto, la vendita ha scopo di leasing, e non di garanzia, perché nella configurazione socialmente tipica del rapporto costituisce solo il presupposto necessario della locazione finanziaria, inserendosi nella operazione economica secondo la funzione specifica di questa, che è quella di procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, liquidità immediata mediante l'alienazione di un suo bene strumentale,

conservandone a questo l'uso con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto.

Tale vendita, ed il complesso rapporto atipico nel quale si inserisce, non è allora di per sé in frode al divieto del patto commissorio. — *Omissis.*

Divieto che, essendo diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore spinto alla ricerca di un mutuo (o alla richiesta di una dilazione nel caso di patto commissorio ab intervallo) da ristrettezze finanziarie, e a precludere, quindi, al predetto creditore la possibilità di fare proprio il bene attraverso un meccanismo che lo sottrarrebbe alla regola della par condicio creditorum, deve ritenersi tuttavia violato ogniqualvolta lo scopo di garanzia costituisca non già mero motivo del contratto ma assurga a causa concreta della vendita con patto di riscatto o di retrovendita (*Omissis*), a meno che non risulti, in base a dati sintomatici ed obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitori a preesistente o contestuale alla vendita o la sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene alienato e, in altri termini, delle reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto (*Omissis*), che la predetta vendita, nel quadro del rapporto diretto ad assicurare una liquidità all'impresa alienante, è stata invero piegata al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, il quale in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore, abusando della debolezza del debitore. — *Omissis.*

Così come il c.d. leasing finanziario (*Omissis*), anche il contratto di sale&lease back si configura, si è da questa Corte precisato, secondo uno schema negoziale socialmente tipico (in quanto frequentemente applicato, sia in Italia che all'estero, nella pratica degli affari), come caratterizzato da una specificità sia di struttura che di funzione (e, quindi, da originalità e autonomia rispetto ai tipi negoziali codificati), e concretamente attuato attraverso il collegamento tra un contratto di vendita di un proprio bene di natura strumentale da parte di un'impresa (o di un lavoratore autonomo) ad una società di finanziamento che, a sua volta, lo concede contestualmente in leasing all'alienante il quale corrisponde, dal suo canto, un canone di utilizzazione con facoltà, alla scadenza del contratto, di riacquistarne la proprietà esercitando un diritto di opzione per un predeterminato prezzo.

Manca pertanto nel sale&lease back la trilateralità propria del leasing, potendo essere due (e soltanto due) i soggetti dell'operazione finanziaria (e, conseguentemente, le parti del contratto), l'imprenditore assumendo la duplice veste del fornitore-venditore e dell'utilizzatore, secondo un procedimento non diverso da quello dell'antico costituito possessorio. Ne consegue che il negozio di sale&lease back viola la ratio del divieto del patto commissorio, al pari di qualunque altra fattispecie di collegamento negoziale, sol che (e tutte le volte che) il debitore, allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, trasferisca a garanzia del creditore stesso un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all'esito dell'adempimento dell'obbligazione, senza peraltro prevedere alcuna facoltà, in caso di inadempimento, di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito, con un adattamento funzionale dello scopo di garanzia del tutto incompatibile con la struttura e la ratio del contratto di compravendita. — *Omissis.*

L'operazione contrattuale può dunque definirsi fraudolenta nel caso in cui si accerti, con una indagine che è tipicamente di fatto, sindacabile in sede di legittimità soltanto sotto il profilo della correttezza della motivazione, la compresenza delle seguenti circostanze: l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente. — *Omissis.*

L'esistenza invece di una concreta causa negoziale di scambio (che può riguardare, o meno, tanto il sale&lease back quanto lo stesso leasing finanziario) esclude in radice la configurabilità del patto vietato. — *Omissis.*

(1) *Lease back*: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia

SOMMARIO: 1. La fattispecie. — 2. La natura giuridica. — 3. I controversi rapporti con il divieto del patto commissorio. — 4. Le problematiche relative all'ammissibilità di un *lease back* in funzione di garanzia.

1. *La fattispecie*.

La decisione contiene una lunga digressione — peraltro quasi *obiter* — sulla figura del *sale and lease back*. Si tratta dell'operazione in cui un'impresa commerciale o industriale vende un bene di sua proprietà ad un imprenditore finanziario che ne paga il corrispettivo — diventandone proprietario — e contestualmente lo cede in *leasing* (locazione finanziaria) alla stessa società alienante, che versa periodicamente dei canoni di *leasing* per una durata temporale determinata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto corrispondendo alla scadenza del contratto il prezzo stabilito per il riscatto¹. Qualora la parte alienante non eserciti detta facoltà ben potrebbe comunque optare per la continuazione della locazione finanziaria a canoni ridotti. La pronuncia si iscrive dunque in quel filone giurisprudenziale — relativamente recente — che ammette tale fattispecie alla stregua di un complesso rapporto socialmente tipico². E infatti per diverso tempo la giurisprudenza non ha riconosciuto la validità di siffatta operazione sostenendo che non fosse meritevole di tutela. Questo perché si riteneva che detto negozio — configurando una sorta di alienazione in garanzia — impingesse nel divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. e ribadito all'art. 1963 c.c. in tema di anticresi. In verità in un primo tempo la Cassazione ha ritenuto questi contratti comunque validi, anche se stipulati a scopo di garanzia, rilevando che il trasferimento della proprietà del bene alla società di *leasing* avrebbe effetto immediato³ e pertanto esulerebbe dal meccanismo operativo del c.d. "patto commissorio". Siffatta impostazione era basata su un'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c. che espressamente si riferisce solo al passaggio della proprietà che si verifica a seguito dell'inadempimento. Ciò in considerazione della necessità di evitare al debitore una pressione in fase d'adempimento. Ove invece la predetta

pressione fosse esercitata in sede di conclusione del contratto ben avrebbe potuto la parte avvalersi degli specifici rimedi previsti dalla legge per detta fase (annullamento, rescissione, risoluzione). Siffatta analisi ricostruttiva nega dunque recisamente la riconducibilità del *lease back* entro il paradigma normativo del divieto di patto commissorio, poiché nella fattispecie si verifica un passaggio di proprietà immediato, dunque non differito né condizionato. Tale soluzione è stata tuttavia aspramente criticata dai formanti sociali, per cui negli anni successivi si è verificato un completo *revirement* da parte della suprema Corte che — a Sezioni unite — ha precisato come la violazione del patto commissorio sarebbe operante in qualsiasi contratto in cui la garanzia venisse a connotarsi come la sua stessa causa, a nulla rilevando l'immediato verificarsi dell'effetto traslativo⁴. La dottrina invece — eccetto qualche autorevole ma isolata opinione⁵ — è stata sempre prevalentemente orientata nel senso della liceità⁶ del *lease back*.

Ciò anche sulla scorta delle esperienze giuridiche di altri paesi dell'Europa continentale, ove il *lease back* ha trovato da tempo espresso riconoscimento. Il legislatore francese ha infatti inserito nel sistema positivo siffatta figura fin dal 1966. La dottrina francese peraltro — a proposito del *lease back* — tende a negarne la natura locativa configurandolo piuttosto come un prestito di denaro.

2. *La natura giuridica*.

Ulteriore quesito attiene la natura giuridica del *lease back*. Secondo una tesi tale operazione si sostanzierebbe infatti in una pluralità di negozi, consistente nella combinazione fra un duplice contratto di vendita e di *leasing* intercorrente fra i medesimi soggetti⁷. In tale prospettiva una delle parti rivestirebbe un doppio ruolo in due distinti contratti: alienante nella vendita ed utilizzatore nel *leasing*. Siffatta analisi ricostruttiva parrebbe maggiormente ancorata all'origine storica del *lease back*, che sorge come variante autonoma del *leasing*, figura concettuale mutuata dall'esperienza statunitense⁸ diffusa in Italia a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso dapprima come negozio socialmente tipico e successivamente oggetto di riconoscimento normativo *ex art.* 17 legge n. 183/1976 che la definisce

¹ In argomento CASSANO, *Il contratto di sale and lease back*, in *Giur. It.*, 2005, 5, 927 e segg.; LASCIALFARI, *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e tutela marcianda*, in *Giur. It.*, 2007, 8-9, 1956 e segg.; ID., *La cessione dei crediti a scopo di garanzia*, in CHINÈ-LASCIALFARI-MAGNI, *Le garanzie rafforzate del credito* a cura di Cuffaro, Torino, 2000, 288 e segg.

² Sul punto BRANCA, *Il "sale and lease back" si fa largo nel nostro ordinamento*, in *Notariato*, 2004, 5, 494 e segg.; CALICE, *Sale and lease back: la Suprema Corte ne riafferma la "tendenziale" liceità*, in *Contratti*, 2004, 11, 1014 e segg. In giurisprudenza cfr. Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Mass. Giur. It.*, 2007; ID., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Dir. e Prat. Società*, 2007, 9, 70, con nota di PETRI; ID., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 6, 549.

³ Così Cass., 6 marzo 1978, n. 1104, in *Arch. Civ.*, 1978, 864 e segg.

⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro It.*, 1989, I, 1428 e segg.; ID., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro It.*, 1984, I, 212 e segg. Più recentemente App. Cagliari, 3 marzo 1994, in *Giur. Comm.*, 1994, II, 662, con nota di CHessa; Trib. Genova,

30 gennaio 1992, in *Riv. Notar.*, 1993, 926; App. Brescia, 29 giugno 1990, in *Riv. Notar.*, 1991, 181.

⁵ In tal senso FERRARINI, *La locazione finanziaria* («Leasing»), in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, 11, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984, III, 17; CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano 1990, 216 e segg.

⁶ V., *ex multis*, DE NOVA, *Appunti sul sale and lease back e il divieto del patto commissorio*, in *Rivista italiana del leasing*, 1985, 308 e segg.; CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1985, II, 42 e segg.; GHIA, *I contratti di finanziamento dell'impresa. Leasing e factoring*, Milano, 1997, 62 e segg.

⁷ Sul punto CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, 115 e segg.

⁸ In argomento MIRABELLI, *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca Borsa*, 1974, I, 228 e segg.; GABRIELLI, *Sulla funzione del leasing*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, 465 e segg.; DE NOVA, *Il leasing e il factoring come strumenti di finanziamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, 9 e segg.; ZENO ZENCOVICH, *L'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Rivista italiana del leasing*, 1986, 240 e segg.

«operazione di locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito». Altra prospettazione⁹ qualificerebbe invece il *lease back* alla stregua di una struttura unitaria, in virtù delle sue caratteristiche strutturali e funzionali. Si tratterebbe in pratica di un'autonoma figura contrattuale¹⁰. Nella pronuncia in esame la Cassazione aderisce ad una teoria per così dire eclettica, di raccordo fra entrambe le sopra citate impostazioni, sottolineando da un lato l'originalità nonché l'autonomia di struttura e di funzione del *lease back* quale schema negoziale socialmente tipico e dall'altro il meccanismo operativo della figura coincidente con il collegamento fra un contratto di vendita ed uno di *leasing*. Ricorrerebbe in tal caso il fenomeno del c.d. "collegamento negoziale" presente allorché in una pluralità di negozi l'uno influenzi l'altro in termini di validità ed efficacia a cagione delle proprie peculiarità strutturali (c.d. "collegamento genetico") oppure applicative (c.d. "collegamento funzionale") in guisa tale che sussista fra questi un evidente nesso d'interdipendenza. È opportuno precisare che parte della dottrina¹¹ ritiene necessaria la sussistenza di un'esplicita manifestazione di volontà delle parti contraenti al fine di configurare un collegamento negoziale. Ciò in armonia con la giurisprudenza che riconosce in detto fenomeno un elemento soggettivo costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale¹². Pertanto, il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali, o dalla contestualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti¹³.

In pratica, il collegamento negoziale si realizza attraverso la creazione di un vincolo tra i contratti che, nel rispetto della causa e dell'individualità di ciascuno, li indirizza al perseguimento di una funzione unitaria che trascende quella dei singoli contratti e investe la fattispecie negoziale nel suo complesso¹⁴.

Siffatta interdipendenza funzionale è presente nello schema del *lease back*, in cui mentre una parte cede il bene conservandone tuttavia il materiale godimento

l'altra ne acquista invece la titolarità consapevole dell'altrui fruizione del cespite¹⁵.

Tale caratteristica varrebbe inoltre a differenziare la figura del *lease back* dal tradizionale archetipo del *leasing*, in cui la vendita ed il *leasing* non sarebbero contratti collegati poiché il fornitore non pone in essere la vendita in funzione della circostanza che la *res* sarà in un momento successivo concessa in *leasing* all'acquirente¹⁶.

Si discute se il collegamento negoziale coesistente alla struttura del *lease back* abbia carattere reciproco oppure unilaterale. Siffatta questione — lungi dal risolversi in una mera disputa dottrinale — implica notevoli conseguenze pratiche. Ove infatti si ritenga che il predetto collegamento abbia rilievo bilaterale le vicende patologiche (nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione) della vendita si ripercuoteranno sul *leasing* e viceversa. Tale ultimo effetto non si verificherebbe laddove si acceda invece ad una concezione unilaterale del collegamento negoziale sotteso al *lease-back*. In questa prospettiva, infatti, le vicende della vendita sarebbero idonee ad incidere sull'efficacia o validità del *leasing* ma quelle del *leasing* non influirebbero sulla vendita che resterebbe ad esse per così dire impermeabile.

La tesi che sostiene la natura bilaterale¹⁷ del collegamento sottolinea come nella maggior parte dei casi la determinazione volitiva delle parti sia orientata al riacquisto finale della titolarità del cespite da parte dell'utilizzatore. Di conseguenza l'eventuale inefficacia o invalidità del *leasing* determinerebbe la caducazione del collegato contratto di vendita poiché i contraenti non avrebbero più alcun interesse a mantenerlo in essere.

Ulteriore prospettazione¹⁸ conclude invece per l'unilateralità di siffatto collegamento, accogliendo una qualificazione meramente strumentale del contratto di vendita rispetto a quello di finanziamento. In pratica le parti porrebbero in essere la vendita non per il suo tipico effetto di scambio bensì al fine di ottenere la stipula del *leasing* e la garanzia del pagamento del relativo canone. A causa di tale nesso strumentale l'indebitamento dell'obbligo di pagamento dei canoni potrebbe comportare la risoluzione del contratto di *leasing* ma non già di quello di vendita, che resterebbe comunque in vita.

3. I controversi rapporti con il divieto del patto commissorio.

La giurisprudenza italiana, peraltro, anche ove ammette la liceità della fattispecie del *lease back* ne circo-

⁹ In tal senso CHessa, *Sale and lease-back qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*, in *Giur. Comm.*, 1994, II, 669 e segg.; CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 1381 e segg.; OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, 372. In giurisprudenza Cfr. App. Cagliari, 3 marzo 1993, in *Riv. Giur. Sarda*, 1994, 301; Trib. Milano, 3 marzo 1988, in *Rivista italiana del leasing*, 1988, 445, con nota di PELOSI.

¹⁰ Così FANAN, *Lease back*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1996, 789 e segg.

¹¹ Per tutti DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934, 61.

¹² Così Cass., 17 maggio 2010, n. 11974, in *Mass. Giust. Civ.*, 2010, 5, 761.

¹³ Lo rileva Cass., 26 marzo 2010, n. 7305, in *Mass. Giur. It.*, 2010.

¹⁴ Sul punto Cass., Sez. un., 25 novembre 2008 n. 28053, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

¹⁵ Cfr. GHINI, *Lease back: provvisorio passaggio di proprietà e liquido per le iniziative imprenditoriali*, in *Riv. Dott. Commercialisti*, 1999, 48.

¹⁶ Così DE NOVA, *Il contratto e la giurisprudenza*, in *Manuale del leasing* a cura di CARRETTA, DE LAURENTIS, Milano, 1998, 37.

¹⁷ In tal senso DE NICTOLIS, *Nuove garanzie reali e personali: Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease back*, Padova, 1988, 445 e segg.

¹⁸ Lo rileva CRICENTI, *op. cit.*, 115; Cfr. altresì LEO, *Il lease back approda in Cassazione*, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 686.

scrive tuttavia in modo significativo la portata applicativa perché la identifica con una connotazione negativa sostanzialmente coincidente con i casi che si sottrarrebbero all'applicazione del divieto del patto commissorio. Ciò in ossequio ad un'asserita lettura «materiale» e non già «formale» dell'art. 2744 c.c., che risulterebbe applicabile ad ogni operazione teleologicamente orientata ad uno scopo di garanzia¹⁹. Siffatta linea interpretativa ha determinato il sorgere di distinzioni e classificazioni — frutto della funzione nomopoietica di un'attenta giurisprudenza pretoria soprattutto di merito²⁰ — fra un *lease back* c.d. normale nonché lecito e diverse varianti c.d. anomale e illecite perché in frode al disposto dell'art. dell'art. 2744 c.c. In particolare questo processo ha condotto all'elaborazione di tutta una serie d'indici da cui desumere l'anomalia dell'operazione. Tale soluzione è stata fatta propria anche dalla Cassazione nella decisione in esame. A giudizio della suprema Corte, infatti, il divieto di patto commissorio dovrebbe ritenersi violato allorché risulti che il *lease back* sia volto al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore in base a dati sintomatici ed obiettivi quali la presenza di un rapporto debitorio preesistente o contestuale alla vendita o la sproporzione fra entità del prezzo e valore del bene alienato. Tuttavia detto assunto non sembrerebbe pienamente condivisibile. E infatti la giurisprudenza sembrerebbe impostare la valutazione della liceità del *lease back* su profili relativi alla condizione soggettiva delle parti quali le difficoltà economiche del venditore oppure la sproporzione fra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente piuttosto che su aspetti attinenti alla fattispecie oggettiva del contratto²¹. Ciò in difformità al disposto dell'art. 2744 c.c. che si limita a vietare il patto con cui si conviene — in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato — il passaggio della proprietà della cosa ipotecata o data in pegno al creditore. Occorre pertanto sottolineare come l'eventuale sproporzione fra le prestazioni — rilevante ai fini della rescissione o risoluzione del contratto — non rivesta alcuna importanza con riferimento al divieto del patto commissorio. Questo perché siffatto divieto è operante anche nei confronti di pattuizioni che remunerino equamente il bene trasferito. In presenza di un patto commissorio, peraltro, si ritiene che l'operazione di *lease back* sia nulla perché posta in essere in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.

Detta norma è volta a reprimere le pattuizioni conformi alla lettera della legge benché contrarie al suo spirito²². È il caso della vendita con patto di riscatto o di retrovendita (c.d. *pactum de retroemendo*) stipulata per una causa di garanzia invece della tipica causa di scambio. La giurisprudenza²³ ritiene che siffatto negozio si sostanzierebbe in un mutuo assistito da un patto commissorio poiché il trasferimento del bene servirebbe unicamente a costituire una posizione di garanzia provvisoria portata ad evolversi in relazione alla circostanza dell'adempimento o inadempimento del debitore. Da ciò discenderebbe la nullità di siffatta pattuizione in quanto volta ad eludere la norma imperativa prevista all'art. 2744 c.c. pur non violandola direttamente. In tale ipotesi la causa del negozio sarebbe dunque illecita con contestuale applicazione della sanzione prevista dall'art. 1344 c.c. L'intento del legislatore è infatti quello di impedire che il creditore possa acquisire beni di valore nettamente superiore all'importo del suo credito, nell'inosservanza altresì del principio della *par condicio creditorum*. In tale ottica — propugnata da autorevole dottrina — siffatto divieto sarebbe precipuamente posto a tutela dei creditori che correrebbero il rischio della sottrazione di un cespite alla garanzia comune dei loro crediti²⁴. Detta ricostruzione si contrappone dunque all'impostazione più tradizionale secondo cui la *ratio* del divieto di patto commissorio inerebbe la tutela del debitore quale contraente presumibilmente più debole²⁵. Tuttavia tale ultima prospettazione non sembrerebbe pienamente convincente. E infatti l'attuale evoluzione normativa ha condotto all'inserimento, nel sistema civilistico, di una miriade di strumenti ben più efficaci del mero divieto del patto commissorio volti alla tutela del contraente presumibilmente più debole. Si pensi, ad esempio, alla disciplina delle c.d. «clausole vessatorie» di cui all'art. 33 del D.Lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo). Tali rimedi si rivelano maggiormente incisivi perché assistiti dal sistema della c.d. «nullità relativa». In tal modo spetta solo alla parte contrattuale ritenuta più debole optare o meno per la caducazione dell'assetto d'interessi potenzialmente lesivo della propria sfera giuridica. E infatti la tutela di una parte nei confronti delle possibili prevaricazioni dell'altra è di norma attuata dal sistema civilistico attraverso meccanismi azionabili unicamente su istanza della parte lesa. Ciò a differenza di quanto avviene nella fattispecie di cui all'art. 2744

¹⁹ Cfr. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 1987, 227 e segg.; BARBA, *La connessione tra negozi ed il collegamento negoziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 4, 1167 e segg.; PIRONTI, *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*, in *Contratti*, 2008, 12, 999 e segg.; BATELLI, *Il collegamento negoziale occasionale*, in *Contratti*, 2008, 2, 134 e segg.; FOCESATO, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*, in *Contratti*, 2007, 4, 374 e segg.

²⁰ V. Trib. Milano, 13 giugno 1985, in *Foro Pad.*, 1986, I, 105. Cfr. altresì Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Mass. Giur. It.*, 2007; App. Roma, 26 gennaio 2006, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 6, 556.

²¹ Sul punto LASCIALFARI, *op. cit.*, 1958.

²² Cfr. Cass., 4 ottobre 2010, n. 20576, in *Giust. Civ.*, 2011, 2, 379; Cass., 9 luglio 2009, n. 16130, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

²³ V., per tutti, Cass., 7 settembre 2009, n. 19288, in *Giust. Civ.*, 2009, 12, I, 2682.

²⁴ Nel senso del contrasto fra il patto commissorio e il principio della *par condicio creditorum* cfr. CARNELUTTI, *Mutuo pignoranzioso e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1946, II, 146 e segg.; AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949, 717 e segg.; MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1946, II, 65 e segg.; ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in NICCOLÒ-ANDRIOLI-GORLA, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Banca, 2^a ed., Bologna-Roma, 1958, 50 e segg.

²⁵ Sul punto ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. Notar.*, 1981, 401 e segg.

c.c., in cui la nullità della pattuizione è indisponibile, assoluta e rilevabile d'ufficio perché corrispondente ad un interesse non già unicamente della parte più debole ma bensì superindividuale: quello al rispetto del principio della *par condicio creditorum*. Pertanto il divieto di patto commissorio costituisce un rimedio avverso l'indebito conseguimento del sopra citato plusvalore da parte del creditore e non già contro l'iniquità delle prestazioni del contratto²⁶. A fronte di una sproporzione delle prestazioni, infatti, gli strumenti di tutela del contraente più debole sono quelli della rescissione per lesione del contratto concluso in stato di bisogno (se il vizio è genetico) *ex art. 1448 c.c.* o della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (in ipotesi di vizio c.d. "funzionale") *ex art. 1467 c.c.*

Inoltre a tale operazione potrebbe forse applicarsi in via analogica il disposto dell'art. 2803 c.c. che impone al creditore pignoratorio di ritenere il denaro ricevuto nella misura idonea a soddisfare le proprie ragioni e di restituire il residuo al costituente, onde prevenire l'ingiustificato arricchimento del finanziatore. L'applicazione della richiamata norma potrebbe operare *ipso iure*, in via integrativa dell'assetto d'interessi voluto dalle parti oppure, più verosimilmente, attraverso un'esplicita convenzione.

È altresì opportuno sottolineare come sia particolarmente inappropriato per l'operatore giuridico concreto — *in primis* il notaio — ancorare il giudizio sulla liceità del *lease back* a requisiti così vaghi e atecnici quali le difficoltà economiche del venditore oppure la sproporzione fra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente. E infatti l'art. 28 della legge notarile (R.D. n. 89/1913) impone al notaio di recusare di ricevere solo gli atti espressamente vietati dalla legge. Orbene in presenza di un contratto di *lease back* si comprende come il notaio non potrebbe rifiutare di redigere il relativo atto perché non espressamente vietato dalla legge. Tuttavia questi rischierebbe agevolmente di incorrere nelle strette maglie della responsabilità professionale ove la liceità del negozio fosse valutata in relazione ai sopra citati requisiti, peraltro poco suscettibili di sindacato *ex ante* da parte del professionista. Lo strumento forse più adeguato al fine di depurare il *lease back* dai rischi di sovrapposizione con la disciplina del divieto del patto commissorio risultante dall'interpretazione di parte della giurisprudenza sarebbe allora la predisposizione della cautela marciana²⁷, meccanismo negoziale attraverso cui al momento in cui il creditore consegue la titolarità del bene — in seguito all'inadempimento dell'obbligazione garantita — il valore del bene *de quo* è sottoposto ad una stima

peritale prodromica alla restituzione in favore del debitore dell'eventuale eccedenza del valore stesso rispetto all'ammontare del credito rimasto insoluto. In particolare, il patto commissorio si differenzerebbe da quello marciano perché quest'ultimo si configura quando il creditore insoddisfatto diviene definitivo proprietario del bene ma con l'obbligo di versare la differenza tra l'importo del credito e il valore del bene stimato successivamente all'inadempimento. La linea di demarcazione dalla pattuizione commissoria si coglie pertanto non in ragione della semplice rilevazione che non è svantaggioso per il debitore ma della circostanza che mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto: costituendo oggetto di un precipuo diritto del debitore²⁸.

Di conseguenza la cautela marciana è uno strumento idoneo ad elidere entrambe le conseguenze negative che le sopra citate tesi contrapposte pongono come fondamento del divieto di patto commissorio: l'inservanza del principio della *par condicio creditorum* e lo squilibrio del sinallagma contrattuale, in quanto la stima del bene oggetto di garanzia volta a qualificare l'eventuale maggior costo che dovrebbe sopportare il creditore per acquisire la titolarità del cespite — pagando un prezzo aggiuntivo al debitore — sarebbe idonea a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico²⁹ fra le prestazioni del contratto di *lease back*.

4. Le problematiche relative all'ammissibilità di un *lease back* in funzione di garanzia.

Alla luce di quanto prospettato si evince come non sia condivisibile la tralattiva asserzione della Cassazione secondo cui la causa di garanzia renderebbe in ogni caso illecita l'operazione di *lease back*.

Questo perché anche un *lease back* in funzione di garanzia potrebbe astrattamente non confliggere con il divieto del patto commissorio ove al creditore non sia consentita l'automatica appropriazione dell'eventuale plusvalore fra l'importo dell'obbligazione garantita e il valore del cespite offerto in garanzia. Si pensi ad esempio al *lease back* in funzione di garanzia avente ad oggetto un bene mobile del medesimo valore dell'obbligazione garantita. Tralasciando tale ipotesi di scuola, sembrerebbe comunque adeguato asserire che non sarebbe la mera funzione di garanzia a determinare l'illiceità del *lease back*. Detta illiceità deriverebbe invece dall'assenza di criteri volti ad impedire che il finanziatore si arricchisca ingiustificatamente, sfruttando a

²⁶ Cfr. Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giust. Civ.*, 2011, 6, 1449; Id., 18 gennaio 2010, n. 649, in *Mass. Giur. It.*, 2010. In dottrina v. NAVONE, *Il divieto di patto commissorio nell'ermeneutica contrattuale: la linea di confine tra il patto vietato e la datio in solutum*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, I, 1435 e segg.; VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 511; SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 16; MATTIANGELI, *Divieto di patto commissorio, ratio, fondamento ed analisi delle posizioni di dottrina e giurisprudenza*, in *Vita Notar.*, 2006, 1092; VERDI, *Patto commissorio e collegamento negoziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, 509.

²⁷ Cfr. Trib. Roma, 16 settembre 2008, in *Giust. Civ.*, 2009, 6, I, 1424.

²⁸ In argomento BIANCA, voce "Patto commissorio", in *No-viss. Dig. It.*, Torino 1976, XII, 718 e segg.; MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, 1-2, 29 e segg. Cfr. altresì CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli 2000, 12 e segg.; RAGAZZINI, *Vendita in garanzia con patto di riscatto. Patto commissorio. Patto marciano*, in *Riv. Notar.*, 1991, 1-2, 133 e segg.; QUARTAPELLE, *Divieto del patto commissorio, trasferimento della proprietà e del credito in garanzia, sale and lease back e patto marciano*, in *Vita Notar.*, 1989, 1-3, 246 e segg. Più recentemente CIPRIANI, *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. Dir. Impresa*, 2010, 1, 129 e segg.

²⁹ In tal senso Trib. Monza, 24 maggio 1988, in *Foro It.*, 1989, I, 1271.

proprio vantaggio la differenza fra il valore del bene al momento dell'inadempimento dell'utilizzatore e il corrispettivo pagato³⁰.

E infatti delle due l'una: o la pattuizione contiene un patto commissorio nel senso sopra chiarito ed allora è vietata ai sensi degli artt. 1963 e 2744 c.c.; o l'accordo è scevro dal predetto patto — eventualmente in virtù dell'apposizione della cautela marciana — e allora è permesso, a prescindere dalla sussistenza o meno della funzione di garanzia. Questo perché ciò che l'ordinamento intende precludere non è la stipula di un negozio in funzione di garanzia bensì quella forma di autotutela soddisfacente del creditore in spregio alla *par condicio creditorum* e alle ragioni della parte contrattuale presumibilmente più debole che si sostanzia nell'accordo commissorio.

Occorre peraltro rilevare — come osservato da attenta dottrina³¹ — che il patto commissorio costituisce uno strumento attinente al profilo solutorio e non già a quello della garanzia.

Ciò in quanto nello schema negoziale in esame la funzione di garanzia (del contratto di vendita) e quella solutoria (della convenzione commissoria) rimangono separate: la prima si realizza in ogni caso, la seconda — ove apposta — resta eventuale operando solo a seguito dell'inadempimento del credito garantito.

Sicché proprio non si comprende per quale ragione a proposito del *lease back* il menzionato filone giurisprudenziale propenda per l'asserita illiceità dell'operazione di garanzia nel suo complesso e non già del solo ed eventuale segmento commissorio, ove precipuamente risiede l'effetto *contra legem*.

In tale ipotesi sarebbe forse invece applicabile il disposto dell'art. 1419 c.c. per cui la nullità di singole clausole di un contratto determina l'invalidità dell'intero negozio solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

Ciò anche in ossequio al principio — immanente nel nostro ordinamento — della conservazione del contratto.

È inoltre opportuno sottolineare come nella fattispecie del *lease back* la vendita è per così dire pura, ossia non sottoposta ad alcun tipo di condizione — sospensiva o risolutiva — né collegata all'eventuale adempimento o inadempimento del venditore³².

Questo perché all'integrale pagamento dei canoni non segue la risoluzione del contratto di vendita, bensì l'esercizio del diritto di opzione di acquisto da parte dell'utilizzatore-venditore mediante il pagamento del relativo prezzo. Tali caratteristiche varrebbero a differenziare siffatta operazione dall'ipotesi — in precedenza menzionata — della vendita a scopo di garanzia³³.

Al contrario l'eventuale inadempimento da parte dell'utilizzatore non rende il concedente proprietario del bene trasferito dato che ad egli già appartiene a titolo definitivo siffatta titolarità. Un'ulteriore circostanza che parrebbe allontanare il *lease back* — ancor-

ché stipulato in funzione di garanzia — dalle fattispecie potenzialmente lesive del divieto del patto commissorio è infine l'insussistenza, nella maggior parte dei casi, di un precedente rapporto creditorio fra il venditore e l'acquirente.

Il dibattito relativo all'ammissibilità di un *lease back* in funzione di garanzia sembrerebbe dunque *mutatis mutandis* ripercorrere — a distanza di alcuni decenni — la vivace dialettica fra formanti sociali che ha condotto al riconoscimento della liceità e della tipicità sociale nel nostro ordinamento dapprima del *leasing* e successivamente del *lease back* c.d. normale od ordinario.

Alla giurisprudenza si chiede pertanto un deciso passo in direzione di una qualificazione sostanziale delle istanze sottese al divieto di patto commissorio. Solo un'interpretazione particolarmente attenta alla lettera ed allo spirito degli artt. 1963 e 2744 c.c. potrebbe infatti scongiurare un'applicazione di tale divieto trattativa e acritica perché scissa dalla sua *ratio*, che non sembra differenziarsi dal comportamento dell'ebbro portato ad aggrapparsi al lampione non per ricevere illuminazione bensì sostegno.

GIORGIO RISPOLI

FALSUS PROCURATOR

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 8 marzo 2011, n. 5425 — ELEFANTE *Presidente* — BIANCHINI *Relatore* — FEDELI P.M. (conf.) — B.M ed altro (avv. Piergiorgio) - S.n.c. O.T.A.M.A (avv. Sabre).

Conferma App. Torino, 3 ottobre 2003, n. 886.

Contratti in genere — Rappresentanza — Negozio concluso dal *falsus procurator* — Ratifica — Fattispecie a formazione progressiva — Invalidità — Esclusione — Inefficacia — Sussistenza (C.c. artt. 1398, 1399).

Il contratto concluso dal falso rappresentante costituisce una fattispecie soggettivamente complessa a formazione successiva, che rimane inefficace nei confronti del dominus sino alla ratifica (1).

 *Omissis*. — La snc OTAMA di B. C. & C. citò innanzi al Tribunale di Saluzzo i coniugi B.M. e Z.S. chiedendo che fossero condannati a pagare L. 45 milioni — oltre interessi e rivalutazione — per l'acquisto di un trattore. La B. si costituì eccependo la carenza della propria legittimazione passiva perché il contratto era stato sottoscritto dal marito quale titolare di autonoma impresa agricola e con il quale vigeva il regime patrimoniale della separazione dei beni; in subordine fece valere la nullità del contratto per indeterminazione dell'oggetto — non essendo stata indicata la targa né altri elementi identificativi — e, in via di ulteriore subordine, chiese che il contratto fosse risolto in quanto il trattore, acquistato usato, era affetto da vizi che lo avevano reso ini-

³⁰ Così IMBRENDA-CARMINI, *Leasing e lease back*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato* a cura di Perlingieri, Napoli, 2008, 367.

³¹ IMBRENDA-CARMINI, *op. cit.*, 371 e segg.

³² Sul punto CLERICÒ, *Sale and lease back e patto commissorio*, in *Riv. Notar.*, 2006, 1577 e segg.

³³ Cfr. Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. Notar.*, 1998, 1013, con nota di DE MARTINIS. In argomento BARALIS, *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Riv. Notar.*, 2009, 2, 317 e segg.; IURILLI, *Alienazioni a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. It.*, 1999, 10, 1825 e segg.

doneo all'uso. Lo Z. si costituì, eccependo a sua volta la nullità del negozio in quanto sottoscritto per conto di una impresa agricola — quella intestata alla moglie — senza la necessaria autorizzazione; parimenti fece valere la indeterminatezza dell'oggetto della compravendita e l'assoluta inidoneità del mezzo acquistato. L'adito Tribunale, pronunciando sentenza n. 490/2001, respinse la domanda nei confronti di entrambi i convenuti; proposero appello la società soccombente e gravame incidentale gli appellati; all'esito del procedimento di impugnazione la Corte di Appello di Torino, con sentenza n. 886/2003, condannò la sola B. al pagamento di Euro 23.240,56 — libera restando la stessa di ritirare il mezzo presso la venditrice, presso la quale era rimasto ricoverato per l'esecuzione delle riparazioni e non più ripreso — regolando di conseguenza le spese di lite. Il giudice del gravame pervenne a tale determinazione ritenendo che la B. avesse tenuto, nei confronti della venditrice, un comportamento concludente — rappresentato dall'uso del trattore sui propri fondi e dalla contestazione dei vizi alle società alienante — che univocamente doveva essere interpretato come ratifica dell'operato del marito; ritenne al contempo infondata la reiterata deduzione di non identificabilità del mezzo e non provata la sussistenza di vizi redibitori, tenuto conto che il trattore era stato acquistato usato. I coniugi Z. hanno proposto ricorso in cassazione sulla base di sei motivi, contro i quali ha resistito con controricorso la snc OTAMA.

Motivi: 1 — I ricorrenti, con il primo motivo, deducono la “nullità del giudicio per carenza di legitimatio ad processus stante la nullità della procura ad litem della soc. OTAMA C.C. snc, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4” in ragione del fatto che il mandato professionale trascritto a margine dell'atto di appello e della citazione in primo grado sarebbe stato conferito da persone fisiche di cui non sarebbe stata allegata la titolarità di poteri rappresentativi in capo alla società neppure nell'intestazione dell'impugnazione. Il motivo non è fondato. 1/a — Invero va innanzi tutto escluso che possa esser scrutinato in sede di legittimità un vizio della sentenza di primo grado che non sia stato fatto valere come motivo di appello; 1/b — in secondo luogo la verifica della legittimazione va condotta sulla procura in relazione alle indicazioni contenute nella intestazione dell'atto introduttivo del giudizio: dal momento che i conferenti la procura erano indicati come B.G. e B.A. e che nella intestazione dell'appello la società impugnante era denominata O.T.A.-M.A. di Bertinetti C & C doveva presumersi che i citati B. avessero inteso agire non nomine proprio ma nella qualità di rappresentanti della società. 1/c — Va altresì sottolineato che la chiara indicazione del nome e del cognome dei conferenti la procura e l'inserimento del cognome B. nella ragione sociale della società di persone già di per sé costituiva allegazione di un potere rappresentativo — con presunzione rafforzata dalla descrizione, in questa sede non contestata, nell'epigrafe del presente ricorso di legittimità, dello stesso B.G. come legale rappresentante della succitata società — a fronte della quale sarebbe stato onere della eccipiente contrastarne la corrispondenza con l'effettiva attribuzione — per statuto o con atto soggetto a pubblicità legale — mediante specifica deduzione difensiva: ciò in quanto “i terzi hanno la possibilità di verificare il potere rappresentativo consultando gli atti soggetti a pubblicità legale e, quindi, spetta a loro fornire la prova negativa (così Cass., S.U. 20596/2007, con statuizione poi consolidata dalle successive Cass., 28.401/2008; Cass., 22287/2009; Cass., 22605/2009; Cass., 9908/2010) che, nella fattispecie, è mancata. 2 — Con il quarto ed il quinto motivo — da esaminare con precedenza rispetto agli altri, per la loro logica pregiudizialità — i ricorrenti sostengono che la gravata decisione sarebbe viziata da “falsa applicazione delle norme di legge in relazione all'eccezione di nullità del contratto asseritamente stipulato inter partes” e che sussisterebbe altresì un “vizio di insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia ex art. 360 c.p.c., n. 5, in relazione all'eccezione di nullità del contratto per in determinatezza dell'oggetto” lamentando che la Corte distrettuale abbia ritenuto che la semplice indicazione della marca e del modello del trattore — ma non della targa, del colore o di altri elementi identificativi — valesse ad in-

individuare l'oggetto della compravendita. 2/a — I motivi non possono essere accolti in quanto la motivazione della Corte di Appello risponde pienamente ai canoni di ragionevolezza e compiutezza argomentativa che ne impediscono uno sfavorevole scrutinio in sede di legittimità; se poi con il vizio si fosse voluto sottoporre a censura la violazione dell'art. 1346 c.c. — pure richiamato nello svolgimento di entrambi i motivi — neppure in tal caso la doglianza potrebbe essere accolta in quanto lo stesso materiale trasferimento del mezzo nella disponibilità delle parti oggi ricorrenti e l'uso del medesimo costituiscono univoche circostanze contrarie all'assunto che qui si esamina; il fatto poi che si trattasse di bene il cui trasferimento fosse soggetto a particolari forme di pubblicità non ha alcuna rilevanza, incidendo queste ultime sulla opponibilità a terzi ma non sull'effetto traslativo. 3 — Con il secondo motivo viene denunciata l'esistenza di un “vizio di insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia ex art. 360 c.p.c., n. 5, in relazione all'art. 345 c.p.c.” assumendosi che erroneamente la Corte Torinese avrebbe ritenuto non tardivamente proposta — nel giudizio di primo grado — l'eccezione di intervenuta ratifica da parte della B., opinando invece che la stessa avrebbe concretizzato una mera contro difesa che non avrebbe comportato l'esame di elementi di fatto nuovi rispetto all'originaria impostazione difensiva delle parti. 3/a — Sulla base di tale presupposto sostengono le parti ricorrenti che la Corte territoriale sarebbe incorsa essa stessa nella violazione del divieto di introdurre nova nel giudizio di gravame — violando così il disposto dell'art. 345 c.p.c., nella formulazione successiva alla riforma introdotta con la l. 353 del 1990. 3/c — Il motivo non può trovare accoglimento. Va innanzi tutto messo in evidenza che il vizio di motivazione formalmente censurato nella descrizione del motivo non sussiste in quanto ben chiaro appare il procedimento logico seguito dal primo giudice per pervenire al rigetto del motivo di appello né lo stesso appare contraddittorio nelle sue proposizioni logiche. 3/d — Se poi si volesse sottolineare — nuovamente — il valore non vincolante in assoluto da attribuire alla “rubrica” del ricorso al fine della qualificazione del vizio denunciato (cfr. Cass., 7882/2006 e Cass., 7981/2007) e, di conseguenza, ritenere che il vizio denunciato consistesse piuttosto in quello descritto nell'art. 360 c.p.c., n. 4, sub specie della violazione dell'art. 345 c.p.c. e dell'art. 360 c.p.c., n. 3, per violazione delle norme disciplinanti il negozio concluso dal rappresentante senza poteri, neppure in questo caso la censura potrebbe dirsi fondata dal momento che l'esistenza di una ratifica si pone come elemento costitutivo negativo dell'eccezione di inefficacia del negozio sollevata dalla parte falsamente rappresentata e, come tale, conoscibile anche d'ufficio: ciò in quanto, come anche di recente statuito da questa Corte “Il negozio concluso dal falsus procurator costituisce una fattispecie soggettivamente complessa a formazione successiva, la quale si perfeziona con la ratifica del dominus, e, come negozio in itinere o in stato di pendenza (però suscettibile di perfezionamento attraverso detta ratifica), non è nulla, e neppure annullabile, bensì inefficace nei confronti del dominus sino alla ratifica di questi” così Cass., 14.618/2010; Cass., 27399/2009). Ne consegue che la motivazione della Corte territoriale, essendosi sostanzialmente attenuta a tali principi non è suscettibile di alcuna censura in questa sede. 4 — Con il terzo motivo la sentenza della Corte torinese viene censurata adducendosi la “violazione di norme di legge (art. 360 c.p.c. n. 3) in relazione alla fattispecie della ratifica dell'operato del falsus procurator — vizio di contraddittoria ed insufficiente motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia con riferimento all'art. 2697 c.c. sulla base dell'osservazione che le condotte della B. — valutate dalla Corte distrettuale come atti di ratifica — non avrebbero al contrario rivestito quei caratteri di chiarezza ed univocità che l'interpretazione di legittimità assume necessari per attribuzione di efficacia del negozio, in capo al soggetto falsamente rappresentato. La censura in esame è infondata”. 4/a — Invero non è riscontrabile il vizio di sussunzione del fatto alla norma applicata atteso che quello che forma oggetto di censura è la interpretazione delle emergenze di fatto in maniera difforme a quella suggerita dai ricor-

renti e non già, ferma restando quella interpretazione, che le stesse potessero rientrare nel concetto di ratifica; 4/b — quanto poi al preteso vizio di motivazione, in presenza di argomentata esposizione in merito, sufficiente a far ripercorrere il percorso logico seguito dal Giudice dell'appello e non contraddittoria nelle sue varie proposizioni, non è consentito alle parti ricorrenti di sollecitare la Corte a diversamente delibare le prove addotte: a ciò infatti è d'ostacolo l'uniforme interpretazione di legittimità — alla quale il Collegio intende dare continuità — secondo la quale i vizi di motivazione “... non possono consistere nella difformità dell'apprezzamento dei fatti e delle prove dato dal giudice del merito rispetto a quello preteso dalla parte, spettando solo al giudice di merito individuare le fonti del proprio convincimento, valutare le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza, scegliere tra le risultante istruttorie quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione, dare prevalenza all'uno o all'altro mezzo di prova, mentre alla Corte di cassazione non è conferito il potere di riesaminare e valutare autonomamente il merito della causa, bensì solo quello di controllare, sotto il profilo logico e formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione compiuti dal giudice del merito, cui è riservato l'apprezzamento dei fatti” (così Cass., n. 10657/2010 cui adde: Cass., n. 18119/2008; Cass., n. 7972/2007; Cass., n. 15489/2007). 5 — Con il sesto motivo si assume che la Corte territoriale sia incorsa in un “vizio di contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia ex art. 360 c.p.c., n. 5, in punto di compensazione delle spese tra il ricorrente Z.S. e la soc. O.ta.ma. snc in relazione ai disposti dell'art. 92 c.p.c.” pur essendo stata respinta la domanda della società contro il falsus procurator: la censura non ha fondamento in quanto non il solo esito definitivo del giudizio influisce sulla ripartizione dell'onere delle spese ma anche la considerazione complessiva della vicenda sostanziale oggetto di contenzioso e, in questa prospettiva, appariva evidente che lo Z. fosse stato il primario artefice della situazione di originaria inefficacia del contratto con la venditrice. 6 — La soccombenza disciplina, anche in questo giudizio di legittimità, la ripartizione delle spese, secondo quanto indicato in dispositivo. — *Omissis*.

 (1) La sentenza che si annota offre lo spunto per procedere ad una breve ricostruzione della natura giuridica del contratto concluso dal *falsus procurator*.

La Corte di cassazione, in conformità ad un indirizzo espresso in numerose altre pronunce¹, qualifica il negozio concluso dal falso rappresentante come fattispecie a formazione progressiva, suscettibile di perfezionamento attraverso la ratifica dell'interessato, che non è né nullo né annullabile, bensì inefficace nei confronti del *dominus* dell'affare sino alla ratifica dello stesso.

Per una migliore comprensione della sentenza in commento è opportuno prendere le mosse dai principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali relativi alla configurazione giuridica della fattispecie di cui all'art. 1398 c.c.

Secondo una prima tesi² il negozio concluso dal falso rappresentante sarebbe invalido. Tale impostazione fa leva sul testo dell'art. 1398 c.c. che fa riferimento alla «validità» del contratto. Come affermato dalla Cassazione³, queste conclusioni sono da respingere, in quanto non si tratterebbe né di nullità, in quanto la nullità opera in maniera definitiva, mentre il *dominus* può ratificare con effetto retroattivo; né di annullabilità, poiché prima della ratifica il contratto non produce nessun effetto per il rappresentato.

Un'altra impostazione⁴ ritiene che il contratto concluso dal falso rappresentante è valido, ma inefficace, in quanto sottoposto alla condizione legale della ratifica del rappresentato.

Si tratterebbe di un contratto perfetto in tutti i suoi elementi essenziali, ma improduttivo di effetti sino al momento della ratifica, che opererebbe alla stregua di una *condicio iuris* di efficacia. In tal senso si è espressa anche la Cassazione in una pronuncia risalente⁵.

Il richiamo alla condizione legale però necessita di una precisazione: l'efficacia del contratto, come affermano i sostenitori di tale tesi, non discende dalla legge, ma dalla volontà del rappresentato il quale, secondo gli schemi della rappresentanza volontaria, fa propri, con la ratifica, gli effetti del negozio concluso dal falso rappresentante⁶.

Tale tesi, nel respingere la teoria della invalidità, afferma che il termine «validità» di cui all'art. 1398 c.c. è stato adoperato impropriamente, come confermato dal comma 3 dell'articolo successivo, il quale contemplando la possibilità che il terzo e il *falsus procurator* possano d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica, ne presuppone la validità. Si tratterebbe, secondo la dottrina⁷, di un caso legalmente tipizzato di risoluzione per mutuo dissenso.

La giurisprudenza⁸ ha avuto modo di precisare che, in caso di risoluzione del contratto per mutuo dissenso tra terzo e falso rappresentante, l'effetto risolutorio non ha ad oggetto il contratto stesso, di per sé inefficace, ma incide solo sul potere di ratifica del soggetto falsamente rappresentato.

¹ Cass., 17 giugno 2010, n. 14618, in *Rep. Foro It.*, 2010, Rappresentanza nei contratti (5490) n. 10; Id., 17 giugno 2010, n.14618, *ivi*, 2009, Rappresentanza nei contratti (5490) n. 10; Id., 28 dicembre 2009, n. 27399, *ibid.*, Rappresentanza nei contratti (5490) n. 5; Id., 9 maggio 2008, n. 11509, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1322, con nota di MARICONDA; Id., 26 febbraio 2004, n. 3872, in *Rass. Loc.*, 2004, 577; Id., 26 novembre 2001, n. 14944, in *Contratti*, 2002, 671, con nota di SCARDIGNO; Id., 9 febbraio 2000, n. 1443, in *Vita not.*, 2000, 173, con nota di TRIOLA; Cass., 10 marzo 1995, n. 2802, in *Rep. Foro It.*, 1995, Mandato (4070) n. 10.

² BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Dir. Civ.* a cura di Vassalli, XV, II, Torino, 1943, 381 e segg.: «il difetto del potere di rappresentanza provoca l'invalidità del negozio: invalidità pendente, sinché non sopravvenga la ratifica dell'interessato». Secondo l'autore «i negozi la cui efficacia sia subordinata ad un evento futuro ed incerto — sia questa una condizione in essi prevista o elemento costitutivo di una fattispecie complessa in cui il negozio per sua natura si inquadra — possono dar luogo al fenomeno della invalidità pendente o sospesa». Per una panoramica sugli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali v. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 596 e segg.

³ Cass., 16 febbraio 2000, n. 1708, in *Dir. e pratica società*, 2000, XVII, 77, con nota di GUERINONI; Id., 12 aprile 1996, n. 3482, in *Riv. Not.*, 1996, 6, 1465; in *Riv. Giur. Edilizia*, 1996, 4, 779.

⁴ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 1060; NATOLI, *Rappresentanza (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Padova, 1987, 483 e segg.

⁵ Cass., 9 ottobre 1971, n. 2801, in *Giust. Civ.*, 1972, 113.

⁶ BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 110

⁷ CHIANALE, *La Rappresentanza*, in *I contratti in generale*, III, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, 1148.

⁸ Cass., 16 luglio 1997, n. 6488, in *Rep. Foro It.*, 1997, Rappresentanza nei contratti (5490), n. 17.

In altre parole ciò che si risolve per effetto dell'accordo è unicamente la situazione di soggezione in cui versa il terzo, a fronte del potere di ratifica che compete all'interessato.

A tale conclusione perviene anche la Cassazione con la pronuncia in epigrafe la quale, in conformità ad un indirizzo giurisprudenziale di ampio respiro⁹, qualificata la vicenda in termini di fattispecie a formazione successiva, ne afferma la inefficacia nei confronti del rappresentato sino alla ratifica di questi.

La ratifica è un negozio unilaterale recettizio mediante il quale il soggetto rende efficace nei propri confronti il negozio concluso dal *falsus procurator*.

Secondo i sostenitori della tesi della invalidità del negozio concluso dal falso rappresentante¹⁰, la ratifica si atteggia come atto autonomo, ovvero sia come atto di appropriazione degli effetti del negozio concluso dal falso rappresentante.

Tuttavia, in senso critico è stato osservato¹¹ che non ci si può appropriare di effetti che non si sono mai prodotti, a causa della nullità del contratto. Inoltre se il contratto fosse nullo, il *falsus procurator* ed il terzo potrebbero recedere unilateralmente con effetto immediato. Invece l'art. 1399, comma 3, c.c. ammette la possibilità di sciogliere il contratto prima della ratifica, ma solo di comune accordo tra le parti.

In linea con la ricostruzione seguita dalla Cassazione, la ratifica va inquadrata come negozio integrativo, funzionalmente collegato a quello concluso dal falso rappresentato, mediante il quale il «soggetto falsamente rappresentato in un contratto manifesta all'altro contraente la volontà di fare propri gli effetti del negozio»¹²

Come affermato dalla Cassazione¹³ si tratta di un negozio di legittimazione successiva che opera come una sorta di procura a posteriori che deve rivestire la stessa forma del contratto concluso dal *falsus procurator*.

Secondo autorevole dottrina¹⁴ il negozio concluso dal falso rappresentante viene, in esito alla ratifica, considerato efficace *ab initio*, come se fosse stato posto in essere originariamente da persona fornita di poteri rappresentativi.

La ratifica deve rivestire, ai sensi dell'art. 1399 c.c. la stessa forma richiesta per la conclusione del contratto da ratificare.

Nel caso in cui la forma richiesta per il contratto da ratificare sia *ad probationem*, la ratifica può risultare anche da *facta concludentia*, a patto che contenga, come chiarito dalla Cassazione¹⁵, l'espressione chiara e univoca della volontà del *dominus* di far propri gli effetti del precedente contratto stipulato in nome e per conto di lui dal falso rappresentante

Nella fattispecie oggetto di analisi la Cassazione ha ravvisato un comportamento concludente idoneo alla ratifica nella condotta del soggetto che ha utilizzato e trasferito il bene acquistato dal falso rappresentante nella sua materiale disponibilità.

Nel caso di specie si trattava dell'acquisto di un trattore e secondo la Cassazione «il fatto che si trattasse di bene il cui trasferimento fosse soggetto a particolari forma di pubblicità, non ha alcuna rilevanza, incidendo quest'ultima sulla opponibilità, ma non sull'effetto traslativo».

Ai sensi dell'art. 1398 c.c. il *falsus procurator* è responsabile del danno sofferto dal terzo contraente, il quale abbia fatto affidamento senza sua colpa nella validità del contratto. La responsabilità del falso rappresentante è unanimemente¹⁶ ritenuta di natura precontrattuale, riconducibile all'art. 1338 c.c., ed il risarcimento è di conseguenza limitato all'interesse negativo, ravvisandosi nei casi di specie una lesione della libertà contrattuale del terzo.

SUCCESSIONE TESTAMENTARIA

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 3 marzo 2011, n. 5131 — ODDO *Presidente* — MAZZACANE *Relatore* — CARESTIA *P.M.* (diff.) — Silva (avv.ti Facchino, Païar) - Gorano ed altri (avv.ti Di Rienzo, De Finis).

Successione legittima e testamentaria — Testamento in genere — Disposizioni a favore di persona incerta — Criterio di determinabilità del beneficiario (C.c. art. 628).

Ai fini dell'identificazione del soggetto beneficiario di una disposizione testamentaria, che non sia individuato nominativamente, occorre richiamarsi non alla situazione in essere all'atto della redazione del testamento, bensì a quella che si sia realizzata fino alla morte del testatore, essendo possibile che egli si riferisca ad una situazione futura dal cui verificarsi emerge l'individuazione del soggetto beneficiario, anche qualora si tratti, al momento della redazione del testamento, di persona non conosciuta (1).

 *Omissis.* — Per ragioni di priorità logico-giuridica occorre esaminare anzitutto il primo motivo del ricorso incidentale con il quale S.C. e S.S., denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 628 c.c., censurano la sentenza impugnata per aver ritenuto nulla l'istituzione di erede contenuta nella scheda testamentaria del 1995 per l'assoluta genericità della designazione quale erede del soggetto che si sarebbe preso cura della testatrice; premesso che il testamento deve essere interpretato nel senso di prediligere, tra le

⁹ V. nota 1.

¹⁰ V. nota 2.

¹¹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1060; Cass., 29 ottobre 1999, n. 12144, in *Rep. Foro It.*, 1999, Rappresentanza nei contratti (5490) n. 13.

¹² Cass., 9 giugno 1987, n. 5040, in *Rep. Foro It.*, 1987, Rappresentanza nei contratti (5490) n.15.

¹³ Cass., 9 marzo 1985, n. 1901, in *Foro It.*, 1985, I, 2006; in *Resp. civ. e prev.*, 1986, 1, 62.

¹⁴ PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 292.

¹⁵ Cass., 14 maggio 1990, n. 4118, in *Giur. It.*, 1991, 7, 818, con nota di BOLZANO; in *Foro It.*, 1991, 4, 1191.

¹⁶ In dottrina v. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 115; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 291; in giurisprudenza v. Cass., 20 febbraio 1987, n. 1817, in *Rep. Foro It.*, 1987, Contratto in genere (1740) n. 355; Id., 28 aprile 1986, n. 2945, *ivi*, 1986, Rappresentanza nei contratti (5490) n. 7; Id., 25 agosto 1986, n. 5170, *ibid.*, Rappresentanza nei contratti (5490) n. 5.

varie interpretazioni, quella favorevole alla sua conservazione, i ricorrenti incidentali assumono che il riferimento della testatrice, quanto al soggetto beneficiario del suo patrimonio, a “*chi mi curerà*”, rendeva valida la disposizione in quanto riguardante persona certamente determinabile seppur indeterminata, da individuare, in base al chiaro criterio enunciato dalla C., tra i pochi parenti e conoscenti che avevano avuto rapporti con quest’ultima nel periodo 1996/1998.

La censura è fondata.

La Corte territoriale ha ritenuto che la disposizione contenuta nel secondo testamento redatto il 26-12-1995 da C.E. del seguente tenore: “*Nelle piene facoltà mentali lascio tutto quel che possiedo a chi mi curerà*” non forniva parametri utili alla individuazione del soggetto beneficiario atteso che, a fronte di un periodo più o meno lungo di necessità della “*de cuius*” di affidarsi ad altra o più persone per la sua cura, sarebbe rimasta una assoluta incertezza se attribuire tale qualifica di erede a chi avrebbe garantito una assistenza materiale non specialistica, a casa o in un centro ospedaliero, o al medico curante o a chi avrebbe assicurato sostegno morale o spirituale; ha poi considerato dato di comune esperienza che nella maggior parte dei casi la cura di una persona anziana e non del tutto sufficiente richiede l’avvicinarsi di più figure di riferimento con la conseguente assoluta impossibilità di procedere alla determinazione dell’erede in mancanza di qualsiasi ulteriore specificazione da parte del testatore.

Tale convincimento non può essere condiviso in quanto frutto di una valutazione astratta della disposizione della testatrice che ha precluso in radice di accertare la possibilità di identificare il beneficiario (o i beneficiari) della disposizione stessa.

Invero il riferimento della C. a “*chi mi curerà*” consente di affermare che ella ha inteso richiamarsi, quanto a detta identificazione, non alla situazione in essere all’atto della redazione del testamento in oggetto, bensì a quella che si sarebbe via via realizzata fino alla sua morte in evidente relazione alle sue future esigenze di assistenza, cosicché il criterio indicato, ai fini di poter verificare se esso fornisse univoci dati oggettivi per la determinazione del beneficiario, avrebbe dovuto essere applicato con specifico riferimento alla situazione esistente al momento dell’apertura della successione (vedi in tal senso Cass. 8-2-1962 n. 2629); in altri termini, poiché la volontà del testatore ai sensi dell’art. 628 c.c., deve essere almeno determinabile, è possibile che il “*de cuius*” faccia riferimento ad una delineata futura situazione di fatto dalla cui realizzazione emerga in termini inequivocabili l’individuazione del soggetto beneficiario (anche qualora si tratti di persona neppure conosciuta dal testatore), come appunto nella fattispecie, dove occorre verificare la sussistenza o meno di persone che si siano prese cura della C. dall’epoca di redazione del testamento fino alla sua morte.

È quindi necessario procedere in sede di rinvio ad un nuovo accertamento di tale punto decisivo della controversia alla luce delle considerazioni esposte onde verificare se sia possibile identificare in modo chiaro ed inequivocabile la persona onorata dalla disposizione testamentaria in oggetto, con l’esclusione, in tale ipotesi, della sua nullità ai sensi dell’art. 628 c.c. — *Omissis*.

Venendo quindi all’esame del ricorso principale, si rileva che con il primo motivo S.L.R., denunciando violazione dell’art. 625 c.c., ed omessa motivazione, afferma che la sentenza impugnata non ha trattato il primo degli argomenti addotti dall’esponente al fine di contestare la pretesa della G. di ricevere, oltre il denaro che la testatrice teneva presso di sé, anche i libretti bancari, il saldo del conto corrente esistente all’apertura della successione e quanto confluito in esso alla scadenza delle obbligazioni successivamente all’apertura

della successione; infatti il giudice di appello, ritenendo di poter ricondurre l’insieme di quei cespiti di diversa natura al *legato di tutto il mio capitale in “denaro”*, non si è posto il problema se tale disposizione potesse essere letta disgiuntamente da tutte le altre disposizioni a titolo particolare ivi contenute, caratterizzate dal ricorso alle virgolette per conferire una evidente connotazione beffarda all’esclusione dalla successione delle altre persone ivi nominate (“*Lascio ai miei cugini R. e G.P. tutto il mio “disprezzo”... a G.S. una “pesetas bucata”... a S.C. la speranza di poter avere qualcosa di mio*”); infatti occorre chiedersi se anche nella disposizione successiva virgolettata quanto alla parola denaro vi fosse lo stesso proposito di mandare elusa una più ampia aspettativa, destinando soltanto una elemosina in denaro alla cugina che, evidentemente, aveva ostentato le proprie pratiche devozionali in favore della testatrice al fine di captarne la benevolenza a proprio beneficio.

Con il secondo motivo la ricorrente principale, deducendo violazione e falsa applicazione dell’art. 625 c.c. ed omessa ed insufficiente motivazione, assume che comunque, pur volendo escludere che anche la disposizione particolare in favore della G. avesse lo stesso intento irrisorio tipico di tutti gli altri legati, tuttavia la statuizione relativa all’oggetto di tale legato è censurabile sotto altri profili; invero l’affermazione secondo cui il riferimento della “*de cuius*” al proprio capitale in denaro non consentirebbe di operare alcuna distinzione tra denaro in contanti e denaro custodito attraverso strumenti bancari trascura di considerare che anche il linguaggio corrente conosce una differenziazione tra denaro inteso nella sua materialità ed i crediti, per loro natura immateriali; quantomeno non poteva essere ignorata la distinzione tra disponibilità finanziaria immediata ed investimenti in titoli di credito (come le obbligazioni) che possono essere tramutati in denaro solo mediante operazioni di negoziazione.

Le enunciate censure restano assorbite all’esito dell’accolgimento del primo motivo del ricorso incidentale; infatti l’eventuale accertamento in sede di rinvio che l’istituzione di erede effettuata dalla C. con il secondo testamento non sia nulla ai sensi dell’art. 628 c.c. comporterebbe la caducazione del primo testamento olografo del 24-3-1985 (con il quale era stato designato erede universale il fratello A.) e dunque il venir meno della qualità di erede per rappresentazione di S.L.R.; tale evenienza comporterebbe quindi il venir meno dell’interesse di quest’ultima ad impugnare la statuizione della sentenza del giudice di appello riguardo al contenuto del legato disposto in favore della G. con il testamento olografo del 26-12-1995. — *Omissis*.



(1) La sentenza in epigrafe consente alla suprema Corte di pronunciarsi sul criterio per la determinabilità dei soggetti beneficiari di una disposizione testamentaria laddove il testatore non abbia provveduto a specificarli in maniera sufficientemente determinata. In base all’art. 628 c.c., «è nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata». Questa norma sancisce la nullità della clausola di ultima volontà, qualora la *de cuius*, nel designare un soggetto, non fornisca all’interprete indicazioni per una certa identificazione della persona beneficiata, né con riguardo al momento della redazione del testamento (perché non è possibile attribuire alcun significato alle parole usate dal testatore), né con riferimento al momento dell’apertura della successione¹. La *ratio* sottesa a tale disposizione è rinve-

¹ Così GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1964; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2009. In generale, sull’art. 628 c.c., v. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995; GARDANI CONTURSI LISI, *Dell’istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. C.C.* a cura di

Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1983; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, VI, *Successioni*, II, Torino, 1982; AULETTA, *Disposizioni a favore di persona incerta*, in *Le successioni testamentarie* a cura di Bianca, Torino, 1983; BURDESE, *Successioni e donazioni*, Torino, 1982; AZZARI-

nibile nel principio generale secondo il quale una dichiarazione di volontà non produce effetti se non risulti essere sufficientemente chiara e determinata nei suoi elementi essenziali, se resta non intellegibile, nonostante l'ausilio degli strumenti ermeneutici predisposti dall'ordinamento. In questa materia, in particolare, emerge inoltre il principio del *favor testamenti* da parte del legislatore, sulla base del quale fra le diverse interpretazioni possibili deve prediligersi quella che consente la conservazione, piuttosto che la caducazione, della disposizione testamentaria². L'art. 628 c.c. è dunque l'espressione del principio di certezza, che unitamente a quelli di personalità, revocabilità e formalismo costituisce il perno attorno al quale ruota la normativa predisposta in tema di successione testamentaria.

Tale disposizione è considerata un'integrazione del disposto dell'art. 625 c.c., che ha a oggetto l'ipotesi di errore ostativo nell'indicazione del chiamato; applicazioni del principio di certezza sono considerate le norme di cui agli artt. 629³ e 630 c.c. La prima delle due disposizioni ha a oggetto le disposizioni a favore dell'anima e sancisce la salvezza delle sole disposizioni nelle quali siano determinati i beni o possa essere determinata la somma da impiegarsi. La norma di cui all'art. 630 c.c. che ha a oggetto le disposizioni testamentarie in favore dei poveri può, senza dubbio, considerarsi una norma integrativa dell'incompleta manifestazione di volontà del testatore⁴, dal momento che dispone che il lascito in favore dei poveri sia attribuito ai poveri del luogo in cui il testatore aveva il domicilio al tempo della sua morte e che i beni siano devoluti al Comune. Nelle ultime due disposizioni citate emerge che l'intervento suppletivo del legislatore è diretto a colmare la situazione di incertezza riguardo all'individuazione del beneficiario di una disposizione testamentaria, incertezza che, altrimenti, condurrebbe alla loro invalidità.

Come si è detto, l'indeterminatezza *sic et simpliciter* circa la persona del beneficiario di una disposizione testamentaria non è causa di nullità della stessa. La disposizione di cui all'art. 628 c.c. contempla due fattispecie di nullità: la prima riguarda l'ipotesi in cui non sia possibile attribuire un significato risolutivo alle parole utilizzate dal disponente (come ad esempio il caso in cui la designazione non corrisponde ad alcuna persona, ma è frutto di immaginazione, oppure il caso in cui esista effettivamente un soggetto avente le generalità espresse dal testatore, ma risulta impossibile che a esso il testatore abbia voluto riferirsi⁵). La seconda, invece, attiene al caso in cui le espressioni utilizzate risultino incomplete e non si possa procedere a un'integrazione della volontà del testatore neanche attraverso il ricorso a elementi oggettivi, richiamati dallo stesso disponente, estrinseci al testamento stesso. L'individuazione di tali elementi esterni può avvenire in un duplice modo: mediante la *relatio*⁶ in senso formale⁷, con riguardo a una volontà già manifestata dallo stesso testatore, ovvero mediante la *relatio* in senso sostanziale, che si ha quando viene affidato a un terzo il compito di integrare la disposizione testamentaria; quest'ultima, però, ha carattere eccezionale, infatti opera nelle sole ipotesi previste dalla legge. Ciò è consentito dalla norma di cui all'art. 631 c.c., la quale, però, contempla tale possibilità soltanto laddove il testatore medesimo abbia provveduto a indicare delle categorie entro cui effettuare tale scelta. Si sono ritenute, però, valide, e ciò emerge anche dalla sentenza in commento, quelle disposizioni in favore di persona non espressamente indicata dal testatore, ma determinabile in base a una situazione futura, come un avvenimento o una qualità particolari.

Con specifico riferimento al caso di cui si discorre, l'indeterminatezza circa la persona del beneficiario scaturiva, secondo la pretesa attorea, dall'utilizzo, da parte del testatore, dell'espressione «a chi mi curerà»;

TI, voce "Successioni (diritto civile): successione testamentaria", in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1977; CICU, *Testamento*, 2^a ed., Milano, 1951; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3^a ed., Milano, 1947; PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, II, Milano, 2000; BONILINI-CONFORTINI, *Codice commentato delle successioni e delle donazioni*, Torino, 2011.

² In tema di interpretazione del testamento con riferimento al principio del *favor testamenti*, cfr. Trib. Treviso, 27 marzo 1999, n. 457, in *Corriere Giur.*, 2000, 1232. Inoltre BARALIS, *L'interpretazione del testamento*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, I, Padova, 1994. La Corte di cassazione, con sentenza 19 marzo 2001, n. 3940, in *Giur. It.*, 2002, 733, si è espressa nel senso che la volontà del testatore può desumersi anche da elementi estrinseci rispetto alla scheda testamentaria, quali la cultura, l'istruzione, il contesto sociale. Nello stesso senso, cfr. Cass., 28 dicembre 1993, n. 12861, in *Giur. It.*, 1994, I, 1768, con nota di MASUCCI; Id., 24 agosto 1990, n. 8668, in *Mass. Giur. It.*, 1990, secondo cui l'indagine circa l'interpretazione della scheda testamentaria si basa non solo su criteri ermeneutici oggettivi previsti nella disciplina contrattuale, ma anche e soprattutto su principi di carattere soggettivo diretti a cogliere la reale volontà del testatore, al di là delle espressioni che lo stesso ha in concreto adoperato.

³ Cfr. Cass., 6 agosto 2003, n. 11844, in *Riv. Notar.*, 2004, 4, 1055, con nota di MOSCATIELLO, *Considerazioni in tema di individuazione del beneficiario delle disposizioni a favore dei poveri e ruolo della volontà del testatore*. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Milano, 1996.

⁴ MARINARO, *Commento agli artt. 601-648*, in *C.C. annotato* a cura di Perlingieri, Torino, 1980, 341.

⁵ Cfr. CICU, *op. cit.*, 189.

⁶ In riferimento al negozio giuridico *per relationem*, in generale, v.: CECCHETTI, voce "Negozio per relationem", in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1972, 117. Con specifico riguardo alla materia successoria, si rimanda a IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967; GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento per relazione. Contributo alla teoria del negozio per relationem*, Milano, 1966.

⁷ Taluni autori (CICU, *op. cit.*, 188; ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, 252) ammettono il ricorso alla *relatio* formale anche laddove il testamento non sia dotato di tutti i requisiti formali richiesti dalla legge, ma solo di quelli essenziali ai fini della dimostrazione della provenienza del documento dal testatore, come l'autografia. Secondo BARBERO, *Sistema del diritto privato*, 3^a ed., a cura di Liserre e Floridia, Torino, 2001, la *relatio* formale in materia testamentaria deve essere limitata alla fattispecie in cui la scheda stessa presenti tutti gli elementi formali di un testamento valido. In giurisprudenza, cfr. Trib. Voghera, 28 gennaio 1998, in *Vita Notar.*, 1999, 55, con nota di FERRO, secondo cui è valido il testamento olografo contenente una clausola di *relatio*, che rimandi a un documento esterno al testamento, quale imprescindibile completamento della disposizione di ultima volontà, alla sola condizione che la *relatio* formale sia espressamente manifestata attraverso la forma testamentaria e contenga un rinvio a un dato estrinseco e determinato.

la suprema Corte afferma, invece, che non è ravvisabile tale supposta indeterminatezza, dal momento che il beneficiario era determinabile avuto riguardo alla cerchia dei pochi parenti e conoscenti con cui la *de cuius* aveva intrattenuto rapporti in un circoscritto periodo di tempo. Al contrario, i giudici di merito avevano asserito che l'espressione era da considerarsi ambigua e l'individuazione del beneficiario incerta, sulla base della considerazione che la cura di una persona anziana, generalmente, vede coinvolte più figure, con conseguente impossibilità di accertare con certezza a chi il testatore volesse riferirsi.

Dalla pronuncia in commento emerge, seppur incidentalmente, un aspetto sul quale è opportuno soffermarsi. Nel testamento oggetto della controversia erano contenute, tra le altre, disposizioni di carattere non patrimoniale (quali la revoca dei precedenti testamenti); con riguardo a queste ultime si suole contrapporre il contenuto atipico (di cui esse sono espressione) al contenuto tipico del testamento. In riferimento al primo, in dottrina si sono avvicinati due distinti orientamenti, alla cui base vi è una diversa ricostruzione della causa del negozio di ultima volontà.

Secondo una prima teoria, il testamento è un negozio all'interno del quale possono essere contenute soltanto le tradizionali disposizioni di istituzione di erede o legatario; un negozio all'interno del quale sarebbe contenuta una serie di sotto-negozi, tutti caratterizzati dal contenuto patrimonialistico⁸, essendo le ipotesi di disposizioni a contenuto non patrimoniale soltanto quelle previste dalla legge (sulla base di un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 587, comma 2, c.c.).

In base al secondo orientamento, indubbiamente prevalente, il testamento è qualificabile come negozio complesso, avente lo scopo di regolare gli interessi del *de cuius* per il tempo in cui egli avrà cessato di vivere; proprio in virtù di questa sua funzione, tale atto può contenere ogni disposizione, sia essa di carattere patrimoniale che non patrimoniale, essendo lo strumento attraverso il quale l'ereditando può validamente manifestarle, in modo da consentire che esse producano effetti al momento della sua morte.

REVOCA DI DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 1° marzo 2011, n. 5037 — SCHETTINO *Presidente* — MAZZACANE *Relatore* — FUCCI *P.M.* (diff.) — DE.MA.LU.MA. ed altri (avv. Zompì ed altri) - M.A. (avv. D'Ambrosio).

Rigetta App. Lecce, 20 novembre 2004.

Successione legittima e testamentaria — Revocazione delle disposizioni testamentarie per sopravvenienza di figli — Atto dispositivo del figlio naturale di rinuncia dietro corrispettivo all'eredità — Forma — In genere — Forma solenne — Necessità — Esclusione (C.c. art. 687).

L'atto con il quale, aperta la successione, si dispone dei diritti successori dietro versamento di una somma di denaro (da parte del figlio naturale a cui favore opera la revoca di diritto del testamento), non è soggetto alle formalità previste per la rinuncia all'eredità (1).



Omissis. — Venendo quindi all'esame del ricorso si rileva che con l'unico articolato motivo i ricorrenti, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 487, 687 e 1418 c.c., censurano la sentenza impugnata anzitutto per aver affermato l'imperatività della disposizione di cui all'art. 687 c.c. e conseguentemente la nullità della scrittura privata del 22-5-1985 attraverso cui le parti avrebbero tentato di eludere tale precetto inderogabile.

I ricorrenti rilevano che l'erroneità di tale assunto emerge chiaramente dalla stessa formulazione dell'art. 687 c.c. nella parte in cui stabilisce che "se i figli o discendenti non vengono alla successione e non si fa luogo alla rappresentazione, la disposizione ha il suo effetto"; la lettera della norma, infatti, dimostra che la "ratio" della revoca riguarda solamente la tutela degli interessi patrimoniali dei figli o discendenti che dovrebbero avvantaggiarsi; inoltre è pacifico che tra le varie ipotesi cui fa riferimento la disposizione citata rientra anche il caso di rinuncia all'eredità del figlio sopravvenuto.

I ricorrenti sotto diverso profilo, attinente alla rinuncia di cui alla scrittura privata del 22-5-1985, sostengono poi che la sua pretesa invalidità non potrebbe certamente desumersi dal divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c. per la ragione che tale disposizione fa espresso riferimento ai diritti concernenti una successione non ancora aperta, laddove nella specie era pacifico che la successione si era aperta anteriormente alla convenzione di cui alla suddetta scrittura; neppure poteva ritenersi la nullità della rinuncia posta in essere dal M., come pure sostenuto dalla controparte, per il fatto che costui prima della sentenza di riconoscimento non era stato ancora chiamato all'eredità di D. M.O. e pertanto non avrebbe potuto validamente disporre dei propri diritti successori; anzitutto doveva tenersi presente che la sentenza di accertamento della paternità naturale, per il suo carattere dichiarativo, produce effetti a decorrere dalla nascita, cosicché il M., una volta intervenuto l'accertamento giudiziale sul suo "status", doveva considerarsi fin dall'inizio chiamato all'eredità del padre naturale; inoltre, anche volendo ritenersi che la rinuncia contenuta nella scrittura del 2-5-1985 avesse ad oggetto diritti futuri, non ne scaturirebbe affatto la nullità della stessa, essendo ammesso che la rinuncia, quale espressione dell'autonomia privata, possa riguardare anche diritti futuri ed eventuali, purché determinati o determinabili nel loro contenuto o nella loro estensione, come appunto nella specie, dove si trattava di una successione già aperta, e dunque era agevole stabilire l'ampiezza dei diritti, "anche di carattere successorio", esplicitamente menzionati nella scrittura stessa.

I ricorrenti rilevano inoltre l'infondatezza dell'eccezione di controparte relativa alla pretesa nullità della rinuncia operata dal M. per difetto delle forme solenni prescritte dall'art. 519 c.c., posto che la rinuncia suddetta non si configurava come rinuncia all'eredità prevista da tale norma, configurando invece un negozio dispositivo traslativo dei suoi diritti successori non soggetto alle formalità previste dall'art. 519 c.c.

La censura è fondata nei termini che saranno ora specificati.

La sentenza impugnata ha ritenuto che l'art. 687 c.c. ha natura di norma imperativa perché tutela gli interessi successori dei figli e dei discendenti del testatore e si fonda sulla presunta volontà dello stesso il quale, se avesse voluto o non avesse ignorato di avere figli o discendenti, avrebbe diversa-

⁸ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1997. In tema di contenuto atipico del testamento v. anche GIAMPICCOLO, *Il conte-*

nuto atipico del testamento - Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà, Milano, 1954; CUFFARO, *Il testamento*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* a cura di Rescigno, Padova, 2010.

mente disposto delle proprie sostanze con il testamento, ed ha aggiunto che la legge, sancendo la revoca di diritto delle disposizioni testamentarie effettuate nella ricorrenza di tali presupposti, prescinde da qualsiasi prova di una volontà contraria del testatore, cosicché l'inefficacia del testamento consegue "ipso iure".

Da tale premessa in diritto la Corte territoriale ha ritenuto la nullità del negozio di cui alla scrittura privata del 22-5-1985 in quanto le parti, in contrasto con l'art. 687 c.c., avevano riconosciuto piena efficacia a disposizioni testamentarie delle quali la norma citata prevedeva la revoca di diritto nella ricorrenza delle specifiche circostanze ivi previste; in altri termini, ha aggiunto il giudice di appello, nel momento in cui il M. era stato riconosciuto figlio naturale di D.M.O. con sentenza del Tribunale di Lecce del 21-4-1991, le disposizioni a contenuto patrimoniale contenute nel testamento redatto da quest'ultimo erano state revocate di diritto con decorrenza dal 20-7-1983, così aprendosi la successione "ab intestato".

Tale convincimento non può essere condiviso in quanto il giudice di appello, pur partendo da una premessa logica e giuridica corretta, ne ha tratto conseguenze erronee in ordine alla ritenuta nullità del negozio di cui alla scrittura privata del 22-5-1985 con la quale il M. aveva rinunciato a tutti i suoi diritti di carattere patrimoniale (ivi compresi quelli successori) derivanti dal suo preteso stato di figlio naturale dietro versamento della somma di L. 130.000.000.

È invero indubitabile che, a seguito del riconoscimento di M.A. quale figlio naturale di D.M.O. con sentenza del Tribunale di Lecce del 21-4-1991, le disposizioni di natura patrimoniale contenute nel testamento olografo del 16-7-1983 sono state revocate di diritto con decorrenza dal 20-7-1983, giorno dell'apertura della successione dello stesso D.M.O., ai sensi dell'art. 687 c.c., comma 1, norma che ha il suo fondamento oggettivo nella modificazione della situazione familiare in relazione alla quale il testatore aveva disposto dei suoi beni (Cass. 9-3-1996 n. 1935), così aprendosi la successione "ab intestato" in favore dell'unico erede legittimo, ovvero appunto il M. stesso.

Sulla base di tali presupposti quest'ultimo nella rilevata qualità ben poteva disporre da allora dei suoi diritti successori (considerato che la sentenza di accertamento della filiazione naturale dichiara ed attribuisce uno "status" che conferisce al figlio naturale i diritti che competono al figlio legittimo con efficacia retroattiva fin dalla nascita vedi, "ex multis" Cass. 3-11-2006 n. 23596; Cass. 17-12-2007 n. 26575), come in effetti è avvenuto con la scrittura privata del 22-5-1985 con la quale egli aveva rinunciato a tali diritti in favore di D.M.L. e D.M.A. dietro un corrispettivo in denaro, circostanza quest'ultima che evidenzia che egli aveva posto in essere una rinuncia traslativa a diritti di cui egli era divenuto titolare proprio in base alla successione legittima,

posto che altrimenti il versamento della suddetta somma non avrebbe avuto alcun titolo.

Pertanto, contrariamente all'assunto della sentenza impugnata, la pattuizione suddetta, lungi dall'eludere l'art. 687 c.c. e sottrarre alla regolamentazione delle parti gli interessi successori dei figli la cui esistenza era ignorata dal testatore al momento della redazione del testamento, ha consentito al M., unico soggetto nella specie titolare degli interessi tutelati dalla suddetta norma, di disporre di diritti a lui spettanti proprio in seguito alla revoca di diritto del citato testamento olografo.

In definitiva la sentenza impugnata deve essere cassata in seguito all'accoglimento del ricorso; questa Corte, poi, considerato che il giudice di appello non ha rilevato altri profili di nullità del negozio di cui alla scrittura privata del 22-5-1985 oltre quello sopra enunciato, e che quindi non sono necessari ulteriori accertamenti in fatto, decidendo la causa nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c., rigetta la domanda proposta dal M. con atto di citazione notificato il 12-10-1993 dinanzi al Tribunale di Lecce.

Ricorrono giusti motivi, avuto riguardo alla natura controversa delle questioni oggetto di causa, per compensare interamente tra le parti le spese sia del giudizio di appello che del presente giudizio. — *Omissis*.

 (1) La Corte di cassazione, affermata la validità dell'atto con il quale il figlio legittimato rinuncia ai diritti successori dietro corrispettivo di un prezzo, stabilisce che tale negozio non è soggetto ad alcun onere formale.

I giudici di cassazione, muovendo dalle medesime premesse della Corte territoriale, sostengono la natura imperativa dell'art. 687 c.c. attraverso il richiamo a precedenti analoghi¹, che ravvisano il fondamento oggettivo della norma richiamata, nella modificazione di una situazione familiare in relazione alla quale il testatore aveva disposto dei suoi beni².

La norma, infatti, prescindendo dalla manifestazione di volontà del *de cuius*, prevede l'eliminazione delle disposizioni del testatore in relazione alla situazione oggettiva, rappresentando nel particolare un'«ipotesi di caducazione legale del testamento»³.

Sulla base di tali presupposti, in relazione all'ipotesi del figlio naturale, l'effetto eliminatorio si produce anche qualora la legittimazione sopravviene in esito al perfezionamento del testamento purché, come sostenuto da recente giurisprudenza⁴, il riconoscimento sia stato operato dal *de cuius* nel tempo anteriore rispetto alla redazione della volontà testamentaria⁵.

¹ Cass., Sez. II, 9 marzo 1996, n. 1935, in *Mass. Giur. It.*, 1996. Anche la giurisprudenza meno recente è orientata in tal senso: Cass., 22 agosto 1956, n. 3146, in *Giust. Civ.*, 1957, I, 1116; Id., 6 ottobre 1954, n. 3298, *ivi*, 1954, I, 222; Id., Sez. II, 3 novembre 2006, n. 23596, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

² In dottrina si rileva come l'applicabilità della revoca del testamento ex art. 687 c.c. all'ipotesi del figlio naturale, riconosciuto prima del testamento ma legittimato successivamente con dichiarazione giudiziale, è indice di acquisizione da parte del figlio naturale di una situazione migliore, che comporta la revoca delle disposizioni testamentarie a carattere patrimoniale. Così ROSSI CARLEO, voce "Revoca degli atti", in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 15. V. in particolare CICU, *Il testamento*, Milano, 1951. Di recente PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2000. V. anche CUFFARO-DELFINO, *Comm. C.C.* a cura di AA.VV., II, *Delle successioni* (artt. 565-712), Milano, 2010; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006.

³ BIANCA, *Diritto Civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 828. V. anche BONILINI (diretto da), *Trattato di*

diritto delle successioni e delle donazioni, II, Milano, 2009, 1735. La revocazione ex art. 687 c.c. ha un fondamento controverso. Secondo parte della dottrina, la *ratio* discende dalla preesistenza della volontà del testatore, il quale avrebbe disposto diversamente «*si nascituros filios cogitasset*». Tuttavia, seguendo un orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, il fondamento del dispositivo risiede nel contemperamento degli interessi successori dei discendenti. V. anche GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964.

⁴ Cass., Sez. II, 9 marzo 1996.

⁵ Pertanto, i figli naturali non riconosciuti e quelli non riconoscibili non possono beneficiare della revocazione di diritto; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. C.C.* a cura di magistrati e docenti, II, Torino, 1978, 386. Tuttavia un indirizzo ormai risalente ritiene che, anche nell'ipotesi di dichiarazione giudiziale, non trova applicazione l'istituto della revocazione, poiché l'intervenuto riconoscimento giudiziario del figlio naturale non muterebbe, nei confronti del testatore, la situazione del figlio non riconosciuto; TALAMANCA, *Suc-*

La suprema Corte ha affermato la revoca di diritto delle disposizioni testamentarie, con conseguente decorrenza delle disposizioni revocate dal momento dell'apertura della successione e, discostandosi dalla pronuncia dei giudici d'appello, ha sostenuto la piena validità della scrittura privata intervenuta dopo l'apertura della successione *ab intestato*.

In questo senso, l'intervenuta sentenza di accertamento della filiazione attribuisce al figlio naturale quei diritti che competono al figlio legittimo con efficacia retroattiva⁶.

Pertanto, afferma la Corte, «[...] quest'ultimo nella rilevata qualità ben poteva disporre da allora dei suoi diritti successori [...]»⁷, escludendo, peraltro, qualsiasi previsione dei patti successori di cui all'art. 458 c.c.

La sentenza consente di accennare all'interessante problema della forma prevista per la rinuncia inerente a diritti derivanti da una successione già aperta.

La decisione segue, sul punto, la dottrina più recente⁸ che, in assenza di espresse norme di carattere generale, ammette la previsione di atti traslativi di diritti ereditari pur in assenza di forme solenni dell'atto, al fine di raggiungere un conveniente assetto di interessi in relazione alle sostanze ereditarie.

Secondo tale impostazione, il fondamento del formalismo «mira all'esigenza di responsabilizzazione del consenso, ed alla certezza dell'atto»⁹.

Il divieto di analogia sancito per le norme eccezionali dall'art. 14 delle disp. prel. c.c. non preclude tuttavia un'interpretazione estensiva della norma, consentendo così il compimento, senza il formalismo richiesto, di un atto di uguale portata.

La rinuncia traslativa dietro versamento di un corrispettivo in denaro, secondo l'orientamento richiamato¹⁰, non può configurarsi quale rinuncia a eredità *ex art.* 519 c.c., trattandosi invece di un contratto atipico e in quanto tale non soggetto alle forme richieste dal citato articolo.

A ben vedere, una tale accordo sarebbe in realtà una rinuncia traslativa o impropria¹¹, che, al di là del *nomen*, rivestirebbe nella realtà un vero e proprio contratto.

Sul tema, la giurisprudenza¹² condivide l'orientamento della dottrina e, riconducendo l'atto traslativo nella medesima prospettiva di un negozio atipico con effetto retroattivo dall'apertura della successione, lascia spazio alla validità della scrittura pur in assenza delle formalità prescritte per la rinuncia ai diritti ereditari.

Tuttavia, un indirizzo giurisprudenziale meno recente¹³ opera una distinzione tra l'osservanza delle forma-

lità obbligatorie rispetto ai terzi e la rinuncia mediante forma contrattuale tra coeredi, desumendosi, in tal caso, la certezza della rinuncia anche da fatti concludenti¹⁴.

La natura traslativa della scrittura privata con la quale l'erede rinuncia ai diritti successori, non configurando un atto in parte oneroso e in parte gratuito, pone le parti in una situazione simmetrica. In tal senso, il trasferimento a titolo oneroso fa sì che non sia necessaria l'osservanza di forme solenni ai fini di validità dello stesso.

Alla luce di quanto esposto, si può affermare che la rinuncia traslativa a diritti successori appartenenti al figlio naturale non può considerarsi quale elemento elusivo dell'art. 687c.c., in quanto la stessa scrittura privata, intervenuta la sentenza di riconoscimento, ha permesso al figlio naturale di disporre validamente dei diritti successori con decorrenza dall'apertura della successione.

SCRITTURA PRIVATA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 28 febbraio 2011, n. 4918 — TRIFONE *Presidente* — UCCELLA *Relatore* — FUCCI P.M. (diff.) — B.P. (avv. D'Onofrio) - V.N. (avv. Di Biase).

Conferma App. Roma, 12 luglio 2008, n. 3320.

Prove — Scrittura privata — Sottoscrizione in bianco — Riempimento abusivo — Riempimento *absque pactis* — Compilazione *contra pacta* — Rilevabilità d'ufficio — Inammissibilità (C.c. art. 2702; C.p.c. artt. 214, 215, 216, 221).

Colui che intende contestare globalmente una scrittura privata attribuitagli deve impugnarla con querela di falso per impedire che il documento costituisca piena prova della provenienza delle dichiarazioni in esso contenute da chi l'ha sottoscritto non potendo limitarsi a disconoscerla (1).

 *Omissis.* — 3. Con il terzo motivo, deducendo la violazione degli artt. 214, 215, 216 e 223 c.p.c., il ricorrente, in estrema sintesi, assume che, proposta querela di falso, pur in presenza di un giudiziale riconoscimento della sottoscrizione della scrittura per mancato suo disconoscimento, incomberebbe pur sempre all'altra parte l'onere di promuovere il giudizio di verifica ex art. 216 c.p.c.

Si tratta di censura che non può essere accolta.

Questa Corte ha già affermato (Cass., n. 13104/2000) che colui che intende contestare globalmente una scrittura pri-

cessioni testamentarie, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, sub artt. 679-712, Bologna-Roma, 1975.

⁶ Cass., Sez. I, 17 dicembre 2007, n. 26575, in *Mass. Giur. It.*, 2007, nonché in *Fam. e Dir.*, 2008, 6, 563, con nota di Russo.

⁷ Cass., Sez. II, 1° marzo 2011, n. 5037.

⁸ BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 1993; PALAZZO, voce "Forme del negozio giuridico", in *Digesto Civ.*, VIII, Torino, 1992.

⁹ PALAZZO, voce *cit.*, 442. Per un esame approfondito, v. anche NATALE, *Autonomia privata e diritto ereditario*, Milano, 2009.

¹⁰ In senso contrario FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1965.

¹¹ In realtà il termine di rinuncia sarebbe inappropriato, poiché si tratterebbe piuttosto di un atto contrario, ovvero di un'accettazione seguita da un atto di disposizione del diritto: BARBERO, *op. cit.*

¹² Cass., 7 giugno 1990, n. 5454, in *Foro It.*, 1991, I, 172.

¹³ Cass., Sez. II, 19 luglio 1960, n. 2008, in *Repertorio Giust. Civ.*, 1960, *Successione in genere*, 32. Per uno studio più approfondito v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002.

¹⁴ Sull'inammissibilità di una rinuncia tacita all'eredità, v. L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960. Diversamente la giurisprudenza ammette la validità anche della rinuncia tacita: Trib. Roma, 9 febbraio 1952, in *Foro It.*, 1953, I, 623; App. Roma, 10 luglio 1956, in *Repertorio Foro It.*, 1957, *Successione*, 53.

vata attribuitagli, e non soltanto la firma da essa risultante, non può limitarsi a disconoscerla, perché, se dal procedimento di verifica risulta che la firma è sua, deve impugnarla con querela di falso per impedire che il documento costituisca piena prova della provenienza delle dichiarazioni, in esso contenute, da colui che l'ha sottoscritto.

È stato, altresì, chiarito (*ex plurimis*: Cass., n. 16007/2003; Cass., n. 3155/2004) che la sottoscrizione di un documento integrante gli estremi della scrittura privata vale, *ex se*, ai sensi dell'art. 2702 cod. civ., ad ingenerare una presunzione *iuris tantum* di consenso del sottoscrittore al contenuto dell'atto e di assunzione della paternità dello scritto, indipendentemente dal fatto che la dichiarazione non sia stata vergata o redatta dal sottoscrittore. Ne consegue che, se la parte contro la quale la scrittura sia stata prodotta ne riconosce la sottoscrizione (ovvero se quest'ultima debba aversi per riconosciuta), la scrittura fa piena prova della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, mentre il sottoscrittore che assuma, con querela di falso, che la sottoscrizione era stata apposta su foglio firmato in bianco ed abusivamente riempito, ha l'onere di provare sia che la firma era stata apposta su foglio non ancora riempito, sia che il riempimento era avvenuto *absque pactis*.

Orbene, nella specie, in cui si era trattato proprio di contestazione del contenuto del documento per abusivo suo riempimento *absque pactis*, correttamente il giudice del merito ha ritenuto che dovesse essere proposta la querela di falso e che la dimostrazione del falso era a carico del querelante, sicché, non avendola costui fornita, ben poteva il documento essere utilizzato come fonte di prova sia del fatto che il querelante lo aveva sottoscritto, sia del suo contenuto (il cd. intrinseco). — *Omissis*.

 (1) La Cassazione statuisce — in armonia con i propri precedenti — la non ammissibilità del mero disconoscimento della scrittura privata da parte del suo sottoscrittore. Ed infatti il soggetto che intende contestare globalmente una scrittura privata — e non già la mera sottoscrizione ivi apposta — ha l'onere d'impugnarla con querela di falso allorché dal procedimento di verifica risulti l'autografia della firma apposta dall'autore¹.

Questo perché la sottoscrizione di un documento sussumibile entro il paradigma normativo della scrit-

tura privata sarebbe idoneo a ingenerare una presunzione *iuris tantum* di consenso del sottoscrittore al contenuto dell'atto, indipendentemente dalla circostanza che siffatta dichiarazione sia stata o meno vergata o redatta da quest'ultimo².

Occorre peraltro rilevare che il riempimento abusivo del documento sottoscritto in bianco da compilare in seguito (c.d. biancosegno) genera conseguenze sanzionatorie in ambito civile e penale³.

E infatti l'art. 486 c.p. punisce il soggetto che abusi di un foglio firmato in bianco per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio, attraverso la redazione di un atto — produttivo di effetti giuridici — diverso da quello cui era obbligato o autorizzato.

La pronuncia si inquadra in quel consolidato filone giurisprudenziale secondo cui la denuncia di riempimento abusivo di un documento sottoscritto in bianco — ove tale sottoscrizione sia riconosciuta — richiederebbe l'esperimento della querela di falso⁴ qualora detto riempimento sia avvenuto *absque pactis*.

Siffatta espressione identifica il comportamento del soggetto che abusi del biancosegno senza essere preventivamente autorizzato ad apporre alcuna modifica o integrazione al testo scritto.

Al contrario, la querela di falso non sarebbe necessaria allorché il riempimento abusivo sia avvenuto *contra pacta*, ossia nell'inosservanza di un accordo di riempimento precedentemente intercorso fra le parti.

Questo perché, mentre nel primo caso ci sarebbe una falsità materiale idonea a travolgere il collegamento fra dichiarazione e sottoscrizione, nella seconda ipotesi l'abuso si tradurrebbe invece in una disfunzione interna del procedimento di formazione dell'espressione di volontà⁵.

Precisamente, in tal caso si ravviserebbe un inadempimento del mandato *ad scribendum* poiché, non potendo escludersi la provenienza del documento dal suo sottoscrittore, attraverso il patto di riempimento questi

¹ In argomento NURRA, *Biancosegno, riempimento abusivo e querela di falso*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2011, 1, 6 e segg.

² Cfr. Cass., 2 agosto 2011, n. 16915, in *Mass. Giur. It.*, 2011; Id., 6 luglio 2011, n. 14906, *ibid*.

³ In argomento SPINA, *Negozi di separazione consensuale ed abusivo riempimento*, in *Giur. It.*, 2008, 11, 2443 e segg.; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Riv. Notar.*, 1987, 6, 963 e segg.; ROCCHIETTI, *Falso ideologico in scrittura privata e abuso di biancosegno alla luce del nuovo orientamento giurisprudenziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, 5, 525 e segg.; SCHERMI, *Abusivo riempimento di foglio in bianco e querela di falso*, in *Giust. Civ.*, 1981, 11, 2713 e segg.

⁴ In tal senso, *ex multis*, Cass., 16 dicembre 2010, n. 25445, in *Mass. Giur. It.*, 2010, per cui: «Il disconoscimento non costituisce mezzo processuale idoneo a dimostrare l'abusivo riempimento del foglio in bianco, sia che si tratti di riempimento *absque pactis*, sia che si tratti di riempimento *contra pacta*, dovendo, invece, essere proposta la querela di falso, se si sostenga che nessun accordo per il riempimento sia stato raggiunto dalle parti, e dovendo invece essere fornita la prova di un accordo dal contenuto diverso da quello del foglio sottoscritto, se si sostenga che l'accordo raggiunto fosse, appunto, diverso»; Id., 22 maggio 2008, n. 13101, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 5, 786, secondo cui: «Quando sia stata accertata — in relazione ad una scrittura privata — l'autenticità della sottoscrizione e la parte contro cui essa è stata prodotta non abbia inteso promuovere querela di falso, la deduzione di abusivo

riempimento di foglio firmato in bianco — qualora non sia esclusa l'esistenza stessa del patto di riempimento — deve ritenersi tardiva ove venga proposta per la prima volta in sede di memorie autorizzate ai sensi dell'art. 184 c.p.c. (nel testo antecedente alla sostituzione di cui all'art. 2 del d.l. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella legge n. 80 del 2005), trattandosi di eccezione in senso proprio»; Id., 7 febbraio 2006 n. 2524, in *Giust. Civ.*, 2007, 7-8, 1743; Id., 6 maggio 1998 n. 4582, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

⁵ Così Cass., 27 agosto 2007, n. 18059, in *Mass. Giur. It.*, 2007, per cui: «La denuncia dell'abusivo riempimento di un foglio firmato in bianco postula il rimedio della querela di falso tutte le volte in cui il riempimento risulti avvenuto *absque pactis* o *sine pactis* — ipotesi che ricorre anche quando la difformità della dichiarazione rispetto alla convenzione sia tale da travolgere qualsiasi collegamento tra la dichiarazione e la sottoscrizione — mentre tale rimedio non è necessario nell'ipotesi di riempimento *contra pacta*, ossia in caso di mancata corrispondenza tra quanto dichiarato e quanto si intendeva dichiarare. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, la quale — poiché nel giudizio era stata fornita la prova documentale circa l'entità del compenso spettante ad un professionista, tramite una scrittura privata non disconosciuta da colei che risultava averla firmata — aveva affermato che tale prova poteva essere superata solo con la querela di falso.)». Conforme Cass., 2 febbraio 1995, n. 1259, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

accetterebbe preventivamente il risultato espressivo che il riempitore adotterà⁶.

In entrambi i casi, però, l'abuso del biancosegno non è rilevabile d'ufficio dal giudice. Spetta dunque alla parte interessata l'onere di provare il riempimento *contra pacta* oppure la compilazione *absque pactis* del documento.

Ulteriore quesito concerne la validità dell'atto indebitamente prodotto.

Secondo parte della dottrina, la fattispecie dell'abusivo riempimento di biancosegno configurerebbe una causa speciale di annullabilità⁷.

Siffatta tesi è criticata da chi osserva che l'annullabilità è un vizio testuale, pertanto ammissibile solo ove espressamente prevista dalla legge⁸. Tale caratteristica vale infatti a differenziarla dalla nullità, che costituisce invece una sanzione c.d. virtuale, ossia ravvisabile allorché il legislatore abbia previsto una forma d'invalidità senza specificarne la natura.

RESPONSABILITÀ DELL'ISTITUTO SCOLASTICO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 15 febbraio 2011, n. 3680 — PETTI *Presidente* — CARLUCCIO *Relatore* — GOLIA P.M. (conf.) — M.R. (avv.ti Esposito, Pelosi) - Ministero della pubblica istruzione.

Responsabilità civile — Ministero della pubblica istruzione — Alunni che subiscono danni nel periodo di sorveglianza da parte del personale scolastico — Duplicità del titolo della responsabilità — Alternatività tra azione contrattuale ed extracontrattuale — Scelta del danneggiato (C.c. artt. 1218, 2043).

Nel caso di danno subito da un alunno, spetta al danneggiato la scelta di far valere nei confronti del Ministero della pubblica istruzione sia la responsabilità da inadempimento o da fatto illecito, sia di farle valere entrambe (1).

 *Omissis.* — 3.1. La ricorrente, con unico motivo, denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 e 2048 c.c., in una con insufficiente e contraddittoria motivazione. Chiede che la sentenza sia cassata in applicazione del principio di diritto per cui, stante la portata generale

dell'obbligo dell'amministrazione scolastica di garantire la sicurezza degli alunni, così che la sorveglianza e la custodia degli spazi frequentati dagli allievi deve intendersi finalizzata alla prevenzione di qualsivoglia rischio prevedibile, compresa l'introduzione di animali privi di custodia, chi agisce per il risarcimento deve dimostrare l'evento dannoso e il suo verificarsi nel tempo in cui l'alunno era sottoposto alla vigilanza dell'insegnante, restando indifferente che invochi la responsabilità contrattuale per negligente adempimento dell'obbligo di sorveglianza o la responsabilità extracontrattuale per omissione delle cautele necessarie, suggerite dall'ordinaria prudenza, in relazione alle specifiche circostanze di tempo e di luogo, affinché sia salvaguardata l'incolumità dei discenti minori.

4. Il ricorso è fondato.

4.1. Da quasi un decennio è principio consolidato, nella giurisprudenza di legittimità, che il titolo della responsabilità del Ministero della pubblica istruzione, nel caso di alunni che subiscono danni durante il tempo in cui dovrebbero esser sorvegliati dal personale della scuola, può essere duplice e può esser fatto valere contemporaneamente. Il titolo è contrattuale se la domanda è fondata sull'inadempimento all'obbligo specificatamente assunto dall'autore del danno di vigilare, ovvero di tenere una determinata condotta o di non tenerla; extracontrattuale se la domanda è fondata sulla violazione del generale dovere di non recare danno ad altri.

Quindi, lo stesso comportamento può essere fonte per il suo autore sia di una responsabilità da inadempimento, sia di una responsabilità da fatto illecito, quando l'autore della condotta anziché astenersene la tenga, ovvero manchi di tenere la condotta dovuta e le conseguenze sono risentite in un bene protetto, non solo dal dovere generale di non fare danno ad altri, ma dal diritto di credito, che corrisponde ad una obbligazione specificamente assunta dalla controparte verso di lui. Quando una tale situazione si verifica, il danneggiato può scegliere, sia di far valere una sola tra le due responsabilità, sia di farle valere ambedue (in particolare da Cass. n. 16947 del 2003 sino a tempi molto recenti).

Pure pacifico da tempo è che l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni (anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso). Nonché, che è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c.; sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante (da s.u. n. 9346 del 2002 sino al 2010).

⁶ Cfr. Cass., 13 marzo 2009, n. 6167, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 3, 446, per cui: «Nel caso in cui il fideiussore abbia sottoscritto il documento contrattuale in bianco senza l'indicazione del beneficiario e si dolga della successiva opposizione del nominativo del beneficiario in modo difforme da quello pattuito, colui che intende avvalersi della scrittura non è tenuto a proporre istanza di verifica della stessa, non ribadendosi in un caso di disconoscimento della sottoscrizione, ed incombendo, invece, sul fideiussore sottoscrittore che abbia proposto l'eccezione dell'abusivo riempimento *contra pacta* l'onere di provare la relativa circostanza, senza che il medesimo sia tenuto a proporre querela di falso, necessaria, invece, nel caso in cui si assuma che il riempimento sia avvenuto *absque pactis*»; Id., 10 marzo 2006, n. 5245, in *Mass. Giur. It.*, 2006, secondo cui: «La denuncia dell'abusivo riempimento di un foglio firmato in bianco postula la proposizione della querela di falso tutte le volte in cui il riempimento risulti avvenuto *absque pactis*, non anche nell'ipotesi in cui il riempimento abbia avuto luogo *contra pacta*: nel primo caso, infatti, il documento esce dalla sfera di controllo del sottoscrittore completo e definitivo, sicché l'interpolazione del testo investe il

modo di essere oggettivo dell'atto, tanto da realizzare una vera e propria falsità materiale, che esclude la provenienza del documento dal sottoscrittore; nel secondo caso, invece, tale provenienza non può essere esclusa, in quanto attraverso il patto di riempimento il sottoscrittore fa preventivamente proprio il risultato espressivo prodotto dalla formula che sarà adottata dal riempitore. Ciò che rileva, ai fini dell'esclusione della querela di falso, è che il riempitore sia stato autorizzato al riempimento, mentre nessuna importanza ha il fatto che egli miri a far apparire il documento come collegato ad un'operazione economica diversa da quella alla quale si riferisce l'autorizzazione. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, la quale, in riferimento al riempimento di cambiali in bianco, aveva escluso che fosse necessaria la querela di falso per dimostrare che i titoli erano stati abusivamente utilizzati dal creditore, per documentare un finanziamento diverso da quello per il quale erano stati originariamente rilasciati».

⁷ Lo rileva GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, II, 1, 264 e segg.

⁸ Sul punto Spina, *op. cit.*, 2245.

4.2. La sentenza impugnata contrasta, evidentemente, con questi principi. Oltre ad ignorare il duplice titolo di responsabilità e la facoltà di scelta in capo al danneggiato, non ha valutato la portata degli obblighi contrattuali derivanti all'amministrazione scolastica dall'iscrizione dell'allievo.

Con l'iscrizione, gli alunni sono affidati all'amministrazione scolastica, che esplica il proprio servizio attraverso il personale — docente e non — e mediante la messa a disposizione di locali, laboratori ecc. Dall'iscrizione deriva a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni. Quindi, anche l'obbligo di vigilare, predisponendo gli accorgimenti necessari a seconda della conformazione dei luoghi, affinché nei locali scolastici non si introducano terzi (persone o animali) che possano arrecare danni agli alunni. — *Omissis*.

(1) Il cane morde l'alunna all'uscita della scuola: *quid iuris?*

Un'alunna veniva addentata alla mano da un cane incustodito nel cortile antistante la scuola, mentre si accingeva a uscire dall'edificio al termine delle lezioni. A seguito delle lesioni subite, avanzava domanda di risarcimento danni nei confronti del Ministero della pubblica istruzione. Il Tribunale rigettava la domanda, non potendosi configurare, in capo alla P.A., l'obbligo di impedire simili eventi. In appello l'attrice deduceva la violazione dell'obbligo contrattuale di garantire la sicurezza dei minori affidati alla scuola, ma la domanda veniva ritenuta nuova.

Con ricorso per cassazione, si chiedeva l'applicazione del principio di diritto secondo cui sussiste un obbligo generale dell'amministrazione scolastica di garantire la sicurezza degli alunni, per cui chi agisce per il risarcimento dei danni deve dimostrare l'evento dannoso e il suo verificarsi durante il tempo in cui l'allievo era sottoposto alla vigilanza dell'insegnante, restando indifferente che si invochi la responsabilità contrattuale o aquiliana.

La suprema Corte, con la sentenza che si annota, nell'accogliere il ricorso ha riaffermato alcuni principi consolidati nella giurisprudenza di legittimità.

In particolare, la pronuncia pone in evidenza come sia ormai pacifico che l'accoglimento della domanda di iscrizione con cui si ammette l'allievo alla scuola determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligo di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica, anche al fine di impedire che nei locali scolastici si introducano terzi che possano arrecare danno agli allievi¹. Pertanto, il regime probatorio applicabile è quello previsto dall'art. 1218 c.c., in materia di responsabilità contrattuale.

Il ragionamento è senz'altro lineare, e comporta notevoli vantaggi in tema di onere probatorio per il danneggiato.

Ad ogni modo, la sentenza enuncia un altro principio, altrettanto consolidato nell'ambito della giurisprudenza, secondo il quale il titolo della responsabilità del Ministero della pubblica istruzione, per i danni che gli alunni subiscono durante il tempo in cui dovrebbero essere sotto la sorveglianza del personale scolastico, può essere duplice e può essere fatto valere contemporaneamente. Invero, la responsabilità è contrattuale se la domanda si fonda sull'inadempimento dell'obbligo specifico di vigilare sull'incolumità dell'allievo — obbligo sorto in virtù, appunto, della conclusione del contratto —, mentre la responsabilità è aquiliana se la domanda si fonda sulla violazione del generale principio del *neminem laedere*.

In altri termini, il medesimo comportamento può dar luogo sia ad una responsabilità da inadempimento, sia ad una responsabilità da fatto illecito, a seconda che la lesione derivi dalla violazione del diritto di credito ovvero del dovere generale di non recare danno ad altri. In tale ipotesi, spetta al danneggiato la scelta se far valere una delle due responsabilità, ovvero se farle valere entrambe².

Se si tiene fede a questo principio, sembra però quasi superfluo precisare che tra l'allievo e la scuola sussiste un rapporto contrattuale, dal quale sorge l'obbligo di vigilare sulla sicurezza di quanti fruiscono delle prestazioni scolastiche.

In verità, così ragionando, dovrebbe piuttosto concludersi nel senso che il regime applicabile è, in ogni caso, quello previsto dall'art. 1218 c.c. Una volta affermato, infatti, che l'istituto scolastico non è paragonabile al *quisque de populo* — con conseguenti vantaggi processuali in capo al danneggiato³ — non si vede l'utilità di accordare alla vittima la possibilità di far valere la responsabilità aquiliana. D'altronde, tra gli obblighi contrattuali assunti dall'istituto scolastico con l'ammissione dell'allievo alla scuola vi è proprio quello di vigilare sulla sicurezza e sull'incolumità dello stesso, beninteso, nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni. Se poi si afferma che il predetto obbligo comprende il dovere di predisporre gli accorgimenti necessari affinché nei locali scolastici non si introducano terzi (persone o animali, come nella specie è accaduto) che possano arrecare danno agli alunni, allora non si vede come si possa inquadrare la fattispecie nell'ambito della responsabilità «del chiunque o del passante». In verità, si tratta della violazione di uno specifico obbligo assunto con la conclusione del contratto.

La vera difficoltà sta nell'individuare le ipotesi concrete in cui a carico dell'istituto scolastico possa ritenersi sussistere una responsabilità da fatto illecito. Le ipotesi di lesione derivante dalla violazione del dovere di vigilanza sulla sicurezza degli alunni, come detto, sono incluse negli obblighi contrattuali assunti all'atto dell'iscrizione. Pertanto, residuerebbero le

¹ È questo il principio enunciato da Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro It.*, 2002, I, 2635. V. anche, tra le altre, Cass., Sez. III, 29 aprile 2006, n. 10030, in *De Jure*, nonché Id., Sez. III, 3 marzo 2010, n. 5067, *ivi*.

² Così, in precedenza, Cass., Sez. III, 11 novembre 2003, n. 16947, in *Foro It.*, 2004, I, 426, citata peraltro dalla pronuncia che si annota.

³ Per le differenze di disciplina tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e i conseguenti risvolti applicativi, v. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 670 e segg., nonché ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *La responsabilità civile* a cura di Alpa-Bessone, Torino, 1987, I, 291 e segg.

ipotesi in cui l'allievo cagioni danni a un terzo⁴, come tali estranee a quella oggetto della pronuncia in commento.

A ragionare diversamente, si finirebbe per sminuire la portata della teoria del contatto sociale, elaborata dagli interpreti proprio al fine di poter estendere l'applicabilità della disciplina in materia di contratti (*in primis*, il riparto dell'onere probatorio) in talune ipotesi in cui tra le parti non è intercorso un vero e proprio negozio, ma in virtù del "contatto" tra le medesime sarebbe ingiusto equiparare l'altro contraente a un semplice passante, il cui unico obbligo sarebbe quello di non recare danno ad altri⁵. In quest'ottica, può conseguire un evidente alleggerimento dell'onere probatorio in capo al danneggiato. Egli, infatti, dovrà dimostrare semplicemente che il danno si è verificato durante l'orario scolastico e allegare l'inadempimento, mentre in capo al danneggiante graverà la prova di non aver potuto impedire il fatto, ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Piuttosto si sarebbe dovuto considerare quanto recentemente affermato dalle ormai note Sezioni unite⁶, e cioè che il danno non patrimoniale è risarcibile anche all'interno della responsabilità contrattuale, se si tratta della violazione di diritti inviolabili della persona (come nel caso che ci occupa). In seguito a tale violazione, infatti, sorge in capo al danneggiante l'obbligo di risarcire il danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.

Invero, «se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni». In altre parole, dal contratto sorge altresì l'obbligo di non ledere la persona dell'altro contraente⁷.

Le Sezioni unite, peraltro, richiamavano altresì l'ipotesi del contratto di protezione che si instaura tra l'allievo e l'istituto scolastico e affermavano, per l'appunto, che tra gli interessi non patrimoniali che si inten-

do perseguire con detto contratto figura proprio quello all'integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale, anche da autolesione. Con l'ulteriore effetto che il risarcimento sarà regolato esclusivamente e semplicemente dalle norme dettate in materia di responsabilità contrattuale.

In altre parole, «sotto l'ombrello protettivo del contratto trovano adeguata tutela giuridica fattispecie nelle quali il danno non può dirsi derivare da una casuale o non desiderata collisione di soggetti terzi e il superamento dei confini della responsabilità aquiliana è comunque giustificato dalla presenza dell'affidamento del terzo in un particolare *status* professionale. In questi casi, infatti si avrebbe una vera e propria responsabilità di natura contrattuale nei confronti del terzo danneggiato attesa la configurabilità di un rapporto obbligatorio, seppur imperniato non già su un obbligo di prestazione (di cui i doveri di protezione sarebbero accessori), bensì limitato al solo profilo della protezione o della sicurezza del terzo»⁸.

Così ragionando, troverebbero certo soluzione le problematiche scaturenti da alcune situazioni di confine nelle quali lo stesso fatto dannoso potrebbe essere, *prima facie*, qualificato e come illecito extracontrattuale e come inadempimento di un'obbligazione contrattuale, situazioni in cui, appunto, la giurisprudenza e la dottrina hanno parlato di concorso o cumulo delle azioni⁹.

Invero, le regole di responsabilità contrattuale rivestirebbero carattere di specialità rispetto alle regole della responsabilità aquiliana. Dunque bisognerebbe dare prevalenza all'autonomia privata che ha scelto di attribuire a un determinato interesse una tutela particolare¹⁰.

È pur vero che, almeno fino a oggi, il precedente giudiziario, per quanto autorevole, non può essere considerato vincolante e che i giudici, ove lo ritengano, possono discostarsene¹¹.

Il ragionamento finora seguito peccherebbe di incompletezza laddove non ci si interrogasse sulla reale

⁴ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit. Dalla motivazione di queste Sezioni unite, invero, «si evince che l'amministrazione scolastica risponde a titolo contrattuale esclusivamente nell'ipotesi di autolesione dell'allievo mentre in tutti gli altri casi in cui un allievo rechi danno ad altro allievo o ad un terzo, tale responsabilità avrebbe natura extracontrattuale, con la conseguente applicazione dell'art. 2048 c.c.»: così, letteralmente, MENINI, *I confusi limiti della responsabilità dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante nel caso di danni provocati da un alunno a se stesso o ad altro alunno*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2007, 363.

⁵ In giurisprudenza, il tema del contatto sociale è stato affrontato principalmente da Cass., Sez. un., 22 gennaio 1999, n. 589, in *De Jure*; sul punto, particolare rilievo assume anche Id., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *ivi*. Così, il medico dipendente dell'azienda sanitaria, pur non avendo stipulato un vero e proprio contratto con il paziente, risponderà ugualmente a titolo di responsabilità contrattuale, in virtù del "contatto" intercorso tra i due soggetti, tale da escludere che la prestazione del medico sia equiparabile a quella del *quisque de populo*.

⁶ Si allude alla nota sentenza emessa nel 2008 in tema di danno non patrimoniale: Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *De Jure*.

⁷ Si rinvia, peraltro, al testo integrale della sentenza. Cfr., sul punto, POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità*

della categoria dei danni non patrimoniali, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 76.

⁸ PASTORE, *Responsabilità da contatto sociale dell'insegnante: cui prodest?*, in *Danno e Resp.*, 2011, 392. Sul contratto con effetti protettivi a favore di terzo, CASTRONOVO, voce "Obblighi di protezione", in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

⁹ Cfr. VISINTINI, voce "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1988, 1; Id., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077. Tra le ipotesi in cui la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sembra sfumare vi è quella del trasporto di persone, laddove l'azione può fondarsi, a seconda dei casi, sull'art. 1681 ovvero sull'art. 2054 c.c. Sul tema ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il diritto dei trasporti, banco di prova di una adeguata evoluzione del regime del concorso*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 253; cfr. inoltre ROSSELLO, *op. cit.*, 306. Negli stessi termini LEPRE, *Responsabilità aquiliana e contrattuale: un unico modello giurisprudenziale di responsabilità?*, in *Giur. di Merito*, 2007, 3063.

¹⁰ ROSSELLO, *op. cit.*, 322, il quale sottolinea l'incompatibilità tra i due diversi regimi di responsabilità.

¹¹ V. però l'art. 118 disp. att. c.p.c., laddove dispone che il giudice, nel motivare la sentenza, deve far riferimento altresì a precedenti conformi. Forse un passo in avanti del legislatore, il

portata della pronuncia in commento e sui risvolti applicativi dell'accoglimento dell'opinione contraria a quella sin qui esposta.

L'alternatività tra i due tipi di azione viene accordata proprio allorché la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale risulti problematica, in occasione di illeciti commessi in vista della conclusione di un contratto o di comportamenti scorretti che incidono nella fase di esecuzione di un rapporto obbligatorio¹². È naturale, infatti, che per potersi parlare di alternatività occorre che danneggiante e danneggiato coincidano rispettivamente con il debitore e il creditore dell'obbligazione e che il danno sia conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione¹³.

Al riguardo, parte della dottrina si preoccupa di distinguere il concetto di cumulo da quello di concorso, spesso e volentieri indicati in maniera promiscua¹⁴. Invero, se con cumulo si intende la possibilità da parte del danneggiato di assommare i vantaggi dell'una e dell'altra azione e quindi di ottenere due volte il risarcimento per lo stesso fatto lesivo, esso di certo non può trovare riconoscimento nel nostro ordinamento¹⁵. Se invece si identifica il cumulo con la possibilità, per il danneggiato, di scegliere, in via alternativa, l'una o l'altra azione, la distinzione tra cumulo e concorso si risolve in quella tra concorso di azioni e concorso di norme¹⁶. In altri termini, si ha concorso quando è ammessa l'esperibilità, in via alternativa, dell'una o dell'altra azione, ovvero cumulo di azioni, laddove sia possibile cumulare i vantaggi dell'una e dell'altra azione nell'ambito del medesimo procedimento¹⁷.

Nel caso che ci occupa, si è trattato di un inadempimento contrattuale cui è conseguita la lesione di diritti assoluti della persona: sicché, al più, si potrebbe parlare di cumulo e non di possibilità di scelta tra le due azioni. Senonché la Cassazione, con la pronuncia in commento, quando afferma che il titolo della responsabilità del Ministero dell'istruzione può essere duplice ed essere fatto valere contemporaneamente, sembra dimenticare la necessità, di tipo garantistico, di evitare duplicazioni risarcitorie. Nella mente dei giudici, l'alunno non solo può scegliere l'una o l'altra via, ma

può anche decidere di seguirle entrambe e in contemporanea, senza (pare) la necessità di distinguere le ipotesi in cui l'evento dannoso scaturisca dall'inadempimento degli obblighi contrattuali assunti da quelle, come detto, in cui il danno sia subito altresì da un soggetto che sia estraneo al rapporto.

La dottrina favorevole all'ammissibilità del concorso evidenzia il carattere inderogabile delle norme di responsabilità aquiliana, ma soprattutto, si afferma, non vi sarebbe una ragione ben precisa per la quale un rimedio dovrebbe escludere l'altro¹⁸.

In realtà, occorre precisare che, quando unico è il fatto produttivo del danno, il concorso non può essere ammesso: se il fatto illecito si riferisce alle obbligazioni nascenti dallo speciale rapporto che si è fra le parti costituito in seguito all'accordo, non può parlarsi che di colpa contrattuale, anche quando si tratti di obblighi che per avventura sarebbero potuti sussistere in assenza di detto rapporto. La presenza di quest'ultimo si va semplicemente a sovrapporre al rapporto generale esistente fra tutti gli uomini, e imprime agli obblighi volontariamente assunti un carattere di specialità¹⁹. Così, nel caso che ci interessa, se si parte dal presupposto che tra l'allievo e la scuola intercorre un rapporto di tipo negoziale, che sorge a seguito dell'atto di iscrizione, si ha come conseguenza che il danneggiato dovrebbe esercitare esclusivamente l'azione di responsabilità contrattuale, nella quale, come detto, si versa l'azione di responsabilità extracontrattuale. Risulta, così, contraddittoria la soluzione della pronuncia in commento la quale, dopo aver posto l'accento sull'alternatività tra le due azioni, si concentra in special modo sulla portata degli obblighi contrattuali assunti dall'amministrazione scolastica con l'iscrizione dell'allievo, concludendo nel senso che il regime probatorio applicabile è quello di cui all'art. 1218 c.c.

Inoltre, non si vede come il danneggiato possa, in ipotesi, ritenere più vantaggiosa la disciplina in tema di responsabilità aquiliana, posto che i termini di prescrizione sono dimezzati e l'onere della prova è certamente più gravoso per il danneggiato²⁰. Se l'interesse meritevole di tutela si colloca nell'ambito esclusivo del rap-

quale ha così espressamente attribuito importanza all'opera di interpretazione dei nostri giudici.

¹² La tesi, tuttavia, può ritenersi superata, in quanto ormai pacificamente si ritiene che gli obblighi di buona fede e correttezza devono essere osservati in ogni fase del contratto e cioè anche nell'espletamento delle trattative: sicché, anche in questa ipotesi, si può parlare di responsabilità contrattuale. Cfr. Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *De Jure*. Al riguardo, si parla di fragili basi della regola del cumulo: così VISINTINI, *op. loc. cit.*; cfr., poi, MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989, *passim*. V., inoltre, ROSSELLO, *op. cit.*, 307. Sulla crisi della distinzione tradizionale tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale v., inoltre, CASAMASSIMA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, Torino, 2005, 275, in *Il diritto civile nella giurisprudenza* a cura di Cendon.

¹³ Resta fuori, pertanto, l'ipotesi in cui in capo al medesimo debitore sussista una responsabilità contrattuale nei confronti del creditore e di una responsabilità extracontrattuale nei confronti di terzi estranei al rapporto. Si pensi all'ipotesi in cui un soggetto stipuli un contratto di trasporto con un altro soggetto e nel contempo decida di trasportare un terzo soggetto solo a titolo di cortesia. In tale evenienza, laddove da un medesimo

fatto scaturiscano danni per entrambi i trasportati, non si potrà certo dire che il contraente risponda solo a titolo di responsabilità contrattuale.

¹⁴ ROSSELLO, *op. cit.*, 316.

¹⁵ L'esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie è, d'altronde, alla base della motivazione delle note Sezioni unite del 2008 già menzionate.

¹⁶ ROSSELLO, *op. cit.*, 316.

¹⁷ MONATERI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: cenni essenziali*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile. Aspetti processuali ed applicativi*, Torino, 2005, 299 e seg., in *Il diritto civile nella giurisprudenza* a cura di Cendon.

¹⁸ SCOGNAMIGLIO, *op. loc. cit.* In realtà si tratta di un argomento debole, francamente poco idoneo a risolvere la questione.

¹⁹ Cfr. la giurisprudenza menzionata da ROSSELLO, *op. cit.*, 331.

²⁰ Più precisamente, e per dovere di completezza, esistono casi, diverso da quello in esame, in cui, pur nella consapevolezza del più complesso onere probatorio proprio dell'azione extracontrattuale (relativo alla dimostrazione del dolo o della colpa del soggetto agente), l'esperienza concreta ha evidenziato l'utilità della stessa ogniqualvolta quella contrattuale risulta prescrit-

porto contrattuale, davvero non si vede la necessità di attribuire al danneggiato una possibilità di scelta tra due tipi di azioni, posto che tramite l'esperimento dell'azione contrattuale il medesimo può trovare il pieno soddisfacimento delle proprie pretese.

In quest'ottica, ha ragione quella dottrina che afferma che «per quanto riguarda l'obbligo di protezione che la scuola assume nei confronti dell'allievo, non vi è ragione di ritenere che il danneggiato possa preferire l'azione di tipo extracontrattuale, piuttosto che contrattuale, al fine di non subire, ai sensi dell'art. 1225 c.c., una limitazione del risarcimento da conseguire in ragione della prevedibilità del danno: non fosse altro perché la scuola, essendo tenuta a tutelare l'incolumità degli allievi che le vengono affidati, ha motivo di prevedere che, in caso di suo inadempimento, i danni al minore potrebbero essere anche, in casi particolarmente sfortunati, di gravissima entità»²¹.

È l'espansione delle ipotesi di responsabilità contrattuale costituiscono certamente un segno dell'evoluzione dei tempi: «mentre, da una parte, la responsabilità extracontrattuale conquista lidi che sino a pochi anni fa le erano preclusi (un esempio su tutti: l'area degli interessi legittimi), dall'altra, il regime giuridico della responsabilità contrattuale tende, via via, a guadagnare terreno in ambiti tradizionalmente coperti dalla disciplina dell'illecito aquiliano»²².

Diverso è il caso in cui un terzo estraneo al rapporto negoziale intercorrente tra due diversi soggetti si insinui con una condotta illecita nel medesimo rapporto e arrechi un danno a una delle parti del rapporto al quale egli è estraneo: si pensi allo storno di dipendenti di un altro imprenditore. Ma questa ipotesi non è paragonabile a quella in esame, giacché alcun legame contrattuale esiste tra danneggiante e danneggiato. Il contratto c'è, ma il danno non discende dagli obblighi assunti dalle parti con la stipula del medesimo.

È pur vero, d'altra parte, che nel caso di scelta dell'azione per responsabilità aquiliana troverebbe applicazione non sempre la disciplina generale di cui all'art. 2043 c.c., bensì, nel caso di fatto illecito dell'allievo, quella speciale dell'art. 2048 c.c. che, come noto, è tradizionalmente inquadrata tra le ipotesi di responsabilità semi-oggettiva, poiché pone in capo al danneggiante una prova liberatoria che può ritenersi, per certi versi, diabolica²³.

ta, oppure non esercitabile in maniera soddisfacente per la sussistenza di limiti legali nel risarcimento o di un particolare regime esonerativo. Infatti, diversamente rispetto alla regola generale, nel campo dei trasporti il termine di estinzione dei diritti nascenti dal contratto è più breve. Sicché, estinto il diritto al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, può non esserlo quello nascente dall'atto illecito, assistito da un termine prescrizione ben più lungo. Così, letteralmente, ANTONINI, *op. loc. cit.*

Per una disamina delle differenze principali intercorrenti tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale v. altresì MONATERI, *op. ult. cit.*, 302.

²¹ DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro. It.*, 2002, 2636, nota a Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346. La sensazione, dunque, è, secondo l'A., che il ricorso giudiziale all'art. 2048, per illeciti patiti da minori (anche a causa di altri minori sotto-

Inoltre, se si accoglie la tesi favorevole al concorso, venuta meno una delle due azioni per qualunque ragione, rimane ferma l'altra azione la quale, anche se fondata sui medesimi presupposti di fatto, è soggetta al suo proprio termine prescrizione²⁴.

È probabile che la Cassazione, con la pronuncia in commento, nel richiamare le norme in tema di responsabilità extracontrattuale, abbia avuto in mente le ipotesi in cui a subire un danno sia un soggetto terzo, estraneo al rapporto tra allievo e istituto scolastico. In verità, subito dopo la stessa si è concentrata sul rapporto di tipo negoziale che intercorre ormai pacificamente tra scuola e studente.

Diversamente opinando, non si capirebbe la ragione di concludere la parte motiva ponendo un marcato accento sulla portata degli obblighi contrattuali esistenti in capo all'amministrazione scolastica e sui conseguenti risvolti applicativi in tema di riparto dell'onere probatorio²⁵.

Forse, allora, la pronuncia non si discosta molto dal percorso argomentativo fin qui seguito, e che segue il sillogismo in base al quale se c'è il contratto la responsabilità è, seppur entro certi limiti, contrattuale e, dunque, la disciplina applicabile è quella di cui agli artt. 1218 e segg. c.c.

ELEONORA PETRONE

PETITIO HEREDITATIS

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 9 febbraio 2011, n. 3181 — TRIOLA *Presidente* — GIUSTI *Relatore* — GOLIA *P.M.* (conf.) — M.S. (avv. Lania) - M.M.C. ed altro (avv. Sponga).

Successione legittima e testamentaria — Azione di petizione di eredità — Beni compresi nell'asse ereditario al momento dell'apertura della successione — Beni trasferiti dal *de cuius* prima della morte — Esclusione — Fondamento (C.c. art. 533).

L'azione di petizione di eredità non può essere esperita nei confronti del coerede per far ricadere in successione beni che il de cuius gli abbia attribuito in vita (1).

posti alla vigilanza degli stessi adulti) durante il periodo di loro affidamento a enti culturali, sportivi o sociali, diminuirà notevolmente.

²² DI CIOMMO, *op. loc. cit.* Cfr. anche LEPRE, *op. loc. cit.*

²³ Invero, i precettori e i maestri si liberano da responsabilità laddove provino di non aver potuto impedire il fatto; in altri termini, la prova consiste nella dimostrazione del fortuito. Per un'analisi approfondita della fattispecie di cui all'art. 2048, v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, 195 e segg.

²⁴ GALGANO, *op. cit.*, 298, nota 3.

²⁵ Invero, la sentenza conclude nel senso che nelle controverse per il risarcimento del danno da lesioni provocate dall'aggressione di un cane incustodito, nei locali e pertinenze della scuola, l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre l'amministrazione ha l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile, essendo stati predisposti gli accorgimenti idonei a impedire l'accesso a terzi.



V. già *Giur. It.*, 2012, 2, 300, con nota di CIMMARUSTI.



(1) Al fine di meglio comprendere il *dictum* riportato nella massima, è necessario un breve riepilogo della questione.

Tizio, deceduto, aveva nominato erede ed esecutore testamentario il nipote Caio, al quale in vita aveva conferito l'incarico di procedere al prelievo di somme di denaro dal proprio conto corrente, allo scopo di poterne disporre — per suo conto — in favore di Caia e Filana.

Tizia e Sempronia, rispettivamente moglie e figlia di Tizio, convenivano in giudizio Caio, Caia e Filana reclamando all'eredità le suddette somme. Il giudice di prime cure rigettava per inammissibilità la domanda attorea. Successivamente, proposta impugnazione avverso tale pronuncia, la Corte d'appello respingeva il gravame per insussistenza del presupposto dell'azione ereditaria, difettando la contestazione della qualità di eredi delle appellanti e in quanto la domanda di restituzione era stata proposta sulla base dell'affermazione che i beni fossero stati posseduti senza titolo da coloro nei cui confronti venivano rivendicati, mentre dagli atti risultava che i beni erano stati trasferiti con il consenso del *de cuius* a terzi. La Corte territoriale rilevava infine che l'azione di eredità non poteva essere esperita nei confronti di Caio, non essendo questi il destinatario ultimo delle somme di cui si chiedeva la restituzione.

Proposto ricorso per cassazione, i giudici di legittimità, accogliendo le censure mosse dai resistenti, rigettavano definitivamente il ricorso e affermavano che l'erede, con l'*hereditatis petitio*, può reclamare solo i beni nei quali è succeduto *mortis causa* al defunto e non quelli acquisiti in forza di un titolo preesistente.

La caratteristica universalità della *petitio hereditatis*, infatti, nella duplice accezione di azione esperibile *erga omnes* e avente a oggetto una *universitas iuris*¹, incontra un limite invalicabile, evidenziato dalla massima in commento, nella appartenenza dei beni contestati all'asse ereditario.

L'analisi della natura giuridica e della funzione pratica dell'istituto evidenzia che l'azione ereditaria è uno

strumento diretto al riconoscimento² da un lato della qualità di erede dell'attore, dall'altro dell'appartenenza allo stesso dell'*universum ius defuncti*, cui consegue, in caso di condanna, l'obbligo di restituzione dei beni ereditari posseduti dal convenuto a titolo di erede o senza titolo alcuno.

Secondo la concezione classica, il fine restitutorio configurerebbe un semplice riflesso³, una conseguenza necessaria⁴ del riconoscimento della qualità di erede. Sotto questo profilo, la dottrina moderna⁵ ha messo in luce quello che è forse il punto di maggiore debolezza di tale ricostruzione dogmatica, ovvero il momento recuperatorio del bene ereditario, visto come risultato solo indiretto di una sequenza che si articola in via primaria nell'accertamento della qualità di erede.

L'esistenza di una controversia sul titolo ereditario, infatti, non è di per sé sufficiente a giustificare l'azione, essendo l'interesse dell'erede principalmente diretto al ripristino del *factum possessionis* rispetto ai beni che ha ricevuto dal defunto.

In tal senso, la giurisprudenza ha sistematicamente affermato che «l'azione di petizione ereditaria, prevista dall'art. 533 c.c. ha natura prevalentemente recuperatoria, essendo il riconoscimento della qualità di erede, cui essa tende, strumentalmente diretto all'ottenimento dei beni ereditari»⁶, e, poiché resta fermo l'onere di dimostrare l'appartenenza del bene all'asse ereditario al momento dell'apertura della successione, occorre stabilire cosa si intenda per «bene ereditario» ai sensi dell'art. 533 c.c., al fine di poter escludere, nell'ottica della sentenza che si annota, ciò che ereditario non è.

Secondo l'opinione tradizionale⁷, il requisito della ereditarietà compete a tutte le entità suscettibili di possesso, ancorché costituenti oggetto di un diritto diverso dalla proprietà, ovvero di un diritto reale parziario o di un diritto personale di godimento o di garanzia, attributivo dello *ius possidendi* o *detinendi*⁸.

Così circoscritto l'ambito oggettivo della tutela al vaglio, il passaggio immediatamente successivo risiede nell'impossessamento⁹ di tali beni da parte di terzi in occasione dell'apertura della successione o, più esattamente, come prevede la norma, il possesso dei mede-

¹ CIRILLO, in *Trattato breve delle successioni e donazioni* a cura di Rescigno, Milano, 2010, 488, precisa che la *petitio* ha natura di *actio de universitate* in quanto è esperibile *erga omnes*, è strumento diretto a eliminare l'incertezza circa l'appartenenza dell'*universum ius* e oggetto del giudizio è l'*universitas iuris* e non i singoli beni.

² ASTUNI, in *Comm. C.C.* a cura di Gabrielli, *Delle successioni*, a cura di Cuffaro, Delfini, Torino, 2010, I, Artt. 456-564, 459 e segg., qualifica l'*hereditatis petitio* come azione speciale e nuova, non preesistente nel patrimonio del defunto, accordata all'erede allo scopo di difendere la sua qualità e il diritto al possesso dei beni ereditari.

³ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1967, 452, ravvisa la specificità della *petitio* nella tutela di una «condizione giuridica personale» o di uno *status* (la qualità di erede), riducendo la restituzione dei beni ereditari posseduti dal convenuto a una semplice finalità secondaria o accessoria. Si tratterebbe pertanto di azione di mero accertamento della qualità di erede e solo eventualmente di condanna alla restituzione dei beni.

⁴ GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Comm. C.C.*, Torino, 1959, 239.

⁵ ASTUNI, *op. cit.*, 461, nega che si tratti di azione diretta in via esclusiva al mero accertamento della qualità di erede.

⁶ Cass., 20 ottobre 1984, n. 5304, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, 10. Nello stesso senso Cass., 26 maggio 1998, n. 5225, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 1137 e Id., 2 agosto 2001, n. 10557, *ivi*, 2001, 1525.

⁷ BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, 4^a ed., 107; COPPOLA, *Commento all'art. 533 c.c.*, in *Cod. ipertestuale delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini, Confortini, Torino, 2007, 336; SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, Milano, 1957, 182; CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1961, 243; CONTI, *La petizione di eredità*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, *Successioni*, II, Torino, 1982, 271 e segg.; CECCHERINI, voce «Petizione di eredità (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 627 e segg.; PALAZZO, *Commento all'art. 533 c.c.*, in *Comm. C.C.* a cura di Cendon, Torino, 1991, I, 108; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 9^a ed., a cura di Ferrucci, Ferrentino, I, Milano, 2009, 361 e segg.

⁸ È stato osservato che, sul piano dell'onere della prova, ciò comporta che sia sufficiente dimostrare, oltre alla qualità di erede, l'appartenenza del bene al compendio ereditario senza che vi sia bisogno di indagare la specifica situazione giuridica in cui il *de cuius* si trovava rispetto al bene; in tal senso cfr. CIRILLO, *op. loc. cit.*

⁹ L'impossessamento deve essere avvenuto dopo l'apertura

simi da parte del convenuto a titolo di erede o senza titolo alcuno. Occorre allora domandarsi cosa accada nell'ipotesi in cui il convenuto possieda a titolo *diverso* da quello ereditario, per esempio per aver acquistato il bene dal defunto, come nel caso di specie, oppure da un terzo, e inoltre se anche in tal caso l'erede possa avvalersi della *petitio hereditatis*¹⁰.

Preliminarmente, si deve sottolineare che l'ampiezza del concetto di acquisto a causa di morte è tale da ricomprendere ogni tipo di acquisto traslativo o traslativo-costitutivo, sia esso stabilito dalla volontà del defunto o dalla legge, purché dipenda dal patrimonio del defunto¹¹. Ai fini della qualifica ereditaria, deve cioè instaurarsi un rapporto di necessaria derivazione del bene dall'asse, in forza del quale può ritenersi che la sua trasmissione a favore dell'erede abbia la sua causa nella morte dell'originario titolare. Tale qualifica, per contro, deve negarsi rispetto a quei beni che appartenevano in vita al *de cuius* e si trovino nella disponibilità dell'erede dopo la sua morte, ma per esservi transitati in forza di altro titolo.

Il successore universale infatti subentra al *de cuius* in tutti i rapporti patrimoniali trasmissibili, attivi e passivi. La successione fa capo a un acquisto derivativo, perché la posizione del successore *deriva* appunto da quella dell'autore, spetta al successore se e in quanto spettava al suo dante causa¹².

Pertanto, rispetto a quei beni usciti dal patrimonio dell'ereditando anteriormente alla sua morte, ancorché attribuiti in forza di un valido atto dispositivo a colui che sarà successivamente designato erede, non potrà più parlarsi di trasmissione, perché il trasferimento non coincide con l'estinzione dell'autore, bensì di alienazione e precisamente di successione *inter vivos*, la quale non può che essere a titolo particolare¹³.

Così, nel caso di specie, le somme di denaro fuoriuscite dal patrimonio del *de cuius* prima della sua morte non possono essere oggetto di petizione ereditaria, in quanto "beni ereditari" non sono.

Tali beni saranno eventualmente "recuperabili" *lato sensu* alla massa ereditaria, quali liberalità indirette, sussistendo i presupposti per la riunione fittizia e la collazione, ai fini del computo della quota di legittima e della tutela dei condividenti, stante il rapporto intercorrente tra il *de cuius* e l'erede legittimario. Ma la *vis attractiva* alla massa ereditaria che gli istituti al vaglio esercitano rispetto a tali beni ha natura, funzione ed effetti completamente diversi rispetto alla *petitio*, con la quale nulla condivide sotto il profilo strutturale.

TUTELA RISARCITORIA DELLO STRANIERO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 11 gennaio 2011, n. 450 — PREDEN *Presidente* — SEGRETO *Relatore* —

della successione, in tal senso SCHLESINGER, *op. cit.*, 66 e GROSSO-BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di Vassalli, Torino, 1977, XII, 399.

¹⁰ Secondo FERRI, *Successioni in generale*, Artt. 456-511, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1981, 207, in caso di acquisto dal defunto l'azione ereditaria si converte in azione contrattuale, mentre in caso di acquisto dal terzo l'erede dovrebbe agire in rivendica; secondo GROSSO-BURDESE,

SGROI *P.M.* (conf.) — Llaftiu (avv.ti Chibbaro, Tufariello) - Italiana Assicurazioni s.p.a. ed altro.

Cassa con rinvio App. Napoli, 20 luglio 2009.

Stranieri — Sinistro stradale — Danno alla persona — Risarcibilità — Condizione di reciprocità — Accertamento — Esclusione — Azione diretta contro l'assicuratore — Sussistenza (C.c. disp. prel. art. 16; L. 24 dicembre 1969, n. 990, art. 18; D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 144).

Lo straniero (anche extracomunitario) che, a causa di un sinistro stradale, abbia subito una lesione dei diritti inviolabili alla salute e all'integrità psicofisica e/o ai rapporti parentali-familiari, può chiedere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti, indipendentemente dalla condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi e senza alcuna disparità di trattamento rispetto al cittadino italiano, anche con l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del Fondo di garanzia per le vittime della strada (1).



Per il testo della sentenza v. *Giur. It.*, 2011, 10, 2023, con nota di PUOTI.



(1) La condizione di reciprocità nel danno alla persona

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. La condizione di reciprocità. — 3. Il risarcimento del danno. — 4. Osservazioni critiche.

1. Il fatto.

Con la sentenza che si annota la III Sezione della Corte di cassazione ha dato risposta alla domanda di tutela avanzata da una cittadina albanese, residente in Albania, che, premesso di aver perso il figlio (anch'esso cittadino albanese) in un incidente stradale avvenuto in Italia, agiva nei confronti del conducente del veicolo responsabile e della compagnia di assicurazioni che lo garantiva per la responsabilità civile in virtù della legge n. 990/1969 (ora D.Lgs. n. 209/2005), per vedere riconosciuto il suo diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale subito.

La ricorrente aveva adito il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere che, sposando la tesi difensiva della convenuta Compagnia di assicurazioni, secondo la quale ostava all'accoglimento della domanda la mancanza della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, rigettava la domanda.

La Corte di appello di Napoli confermava la sentenza del giudice di prime cure, ritenendo che nella fattispecie operasse la condizione di reciprocità, che detta condizione andasse provata dall'appellante e che nel caso di specie tale prova non fosse stata raggiunta.

Pertanto, la sentenza della Corte partenopea veniva impugnata in Cassazione che, con la sentenza in com-

op. cit., 398 e segg., invece, per paralizzare l'azione di petizione il convenuto deve necessariamente provare l'acquisto a titolo particolare, che funge da fattispecie impeditiva o eliminativa del diritto alla restituzione da parte dell'erede.

¹¹ CAPOZZI, *op. cit.*, 20.

¹² SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 91.

¹³ CAPOZZI, *op. cit.*, 13.

mento, accoglieva la domanda avanzata dalla cittadina albanese rendendo una decisione — sicuramente condivisibile — in cui si affrontano questioni di sicura rilevanza che, condensati nel principio di diritto enunciato, meritano di essere approfonditi.

2. La condizione di reciprocità.

La prima questione che la III Sezione della suprema Corte si trova ad affrontare e risolvere è quella relativa all'applicazione al caso di specie dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile¹, il quale subordina il godimento dei diritti civili da parte degli stranieri alla condizione di reciprocità.

Riportando fedelmente le parole di un'autorevole giurista che oltre vent'anni or sono ha commentato una sentenza in cui le Sezioni unite escludevano che operasse, in danno di una cittadina etiope, la condizione di reciprocità in materia di diritto alla retribuzione proporzionata al lavoro svolto ed adeguata ai bisogni personali e della sua famiglia, si può dire che «la sentenza [...] merita di essere segnalata per la semplicità del ragionamento e l'assennatezza della soluzione: è un invito a non inventare problemi inutili e, di quelli reali, a controllare i contenuti concreti»².

Infatti, la motivazione della sentenza resa dalla III Sezione della suprema Corte si apprezza per la puntuale ricostruzione delle origini e della *ratio* della disposizione di cui all'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, rilevando che l'art. 3 del codice civile del 1865, di matrice liberale e sensibile ai principi della solidarietà fra i popoli, non prevedeva siffatto ostacolo nell'esercizio dei diritti civili a carico dello straniero ed era informato al principio di parità con i cittadini nella titolarità dei diritti civili.

Alla base di tale scelta, germogliata nell'*humus* delle idee risorgimentali, e in palese contrasto con quanto previsto nel *Code Napoléon* del 1804, vi fu certamente l'influenza del pensiero di Pasquale Stanislao Mancini e l'auspicio che gli altri Stati sarebbero stati indotti a fare altrettanto.

La storia ha dimostrato che quell'idea non riuscì a diffondersi in Europa e, nel mutato clima socio-politico del primo dopoguerra, con il conseguente aumento dei flussi migratori all'interno dell'Europa e oltre oceano, e del ventennio fascista, influenzato dalla mutata

considerazione dello straniero — del diverso — che ne seguì, anche l'Italia operò un giro di vite nelle politiche migratorie con una serie di leggi speciali³. L'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale, dunque, altro non fece che inserirsi in quel solco già tracciato dalla normativa speciale nei più disparati settori della vita e dell'economia e generalizzare il principio della reciprocità come condizione di riconoscimento dei diritti civili allo straniero.

Con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, in un clima del tutto nuovo, è sorta la necessità di dover coordinare l'art. 16 delle preleggi con il mutato quadro costituzionale.

Invero, in passato, dottrina e giurisprudenza hanno affrontato, con soluzioni non sempre coerenti, la questione dell'effettiva portata e dell'ambito di applicazione della condizione di reciprocità⁴.

In dottrina si registra una posizione estrema — invero rimasta minoritaria — che prospetta l'illegittimità costituzionale l'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile per contrasto con l'art. 10 Cost., nella parte in cui fa obbligo al legislatore ordinario di disciplinare la condizione dello straniero in conformità alle norme ed ai trattati internazionali, sul presupposto che nell'ordinamento internazionale non esisterebbe una norma che ponga in termini generali la condizione di reciprocità⁵.

La tesi, per come fu prospettata allora — sebbene costituisca un encomiabile tentativo di eliminare dall'ordinamento una norma che, come si dirà in seguito, comporta in alcuni casi delle ingiustificate discriminazioni — non può essere condivisa poiché incorre nell'evidente errore metodologico di considerare vietato quello che non è espressamente previsto nell'ordinamento internazionale o non regolato in un trattato internazionale; invero, la compatibilità della condizione di reciprocità con l'art. 10 Cost. discende proprio dalla semplice considerazione che l'ordinamento internazionale non la vieti e/o un trattato internazionale non la regoli⁶.

Maggiormente seguita, invece, è la tendenza ad una interpretazione che tende a restringerne l'ambito di operatività, sia attraverso una verifica della condizione di reciprocità a maglie larghe attraverso la verifica della sussistenza della «reciprocità di fatto»⁷; sia, sotto il profilo oggettivo, attraverso un'interpretazione costi-

¹ La tematica della condizione di reciprocità è stata oggetto di un approfondito studio monografico da parte di CALÒ, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994.

² RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, 6, 787 in cui si commenta Cass., Sez. un., 4 marzo 1988, n. 2256.

³ Per una sintesi, GIARDINA, *Commento all'art. 16 Disposizioni sulla legge in generale*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1978.

⁴ Per un'interessante applicazione della condizione di reciprocità all'esercizio del diritto di surroga assicuratoria fatta valere da una Compagnia assicuratrice straniera nei confronti di una società italiana, v. Trib. Bergamo, Sez. Grumello del Monte, 26 novembre 2002, in *Giur. It.*, 2003, 2076, nota di SAVARESE, che conclude per l'abrogazione implicita dell'art. 16 delle preleggi e alla quale si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

⁵ Tra gli altri, COLOMBINI, *Stranieri e condizione di reciprocità*, in *Arch. Civ.*, 2003, I, 5, 469, secondo cui «se la condizione dello straniero per la nostra Costituzione è quindi regolata dalla legge — che deve però essere conforme ai trattati internazionali

— viene da domandarsi se l'inciso dell'art. 16 delle preleggi sia in linea o meno con il dettato costituzionale. Se non c'è norma di diritto internazionale — e questo è certo — che metta come base a queste situazioni la condizione di reciprocità, se non esiste un trattato fra due Stati che regoli, a condizione di reciprocità pari ed effettiva, il godimento di determinati diritti, non può essere certo la nostra legge e imporre unilateralmente tale reciprocità».

⁶ RESCIGNO, *op. cit.*

⁷ In relazione alla qualità della restrizione operata dalla condizione di reciprocità sul godimento dei diritti civili da parte dello straniero, in dottrina si distingue tra: 1) reciprocità diplomatica, quando la parificazione tra cittadino e straniero ricorre soltanto per effetto di un trattato internazionale e limitatamente alle materie ivi contemplate; 2) reciprocità legislativa, quando la parificazione tra cittadino e straniero ricorre soltanto in seguito a positiva verifica che nello stato straniero esistono disposizioni dal contenuto identico a quelle nazionali; 3) reciprocità di fatto o sostanziale, quando l'equiparazione tra cittadino e straniero ricorre in seguito alla positiva verifica che l'ordinamento stra-

tuzionalmente orientata dell'art. 16 delle preleggi che esclude dalla condizione di reciprocità il godimento, da parte dello straniero, dei diritti civili che rientrano nel novero dei diritti inviolabili costituzionalmente garantiti, in ossequio all'art. 2 Cost.⁸; sia, sotto il profilo soggettivo, attraverso l'equiparazione al cittadino nel godimento dei diritti civili operata da talune norme nazionali e internazionali⁹.

La sentenza che si annota, in primo luogo ribadisce la sufficienza della "reciprocità di fatto" mentre, quanto alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 286/1998 — T.U. immigrazione — correttamente ne esclude l'applicazione *ratione temporis*, poiché il sinistro era avvenuto nel 1996, e *ratione personae*, poiché la ricorrente risiedeva in Albania. Infine, richiamando la precedente giurisprudenza di legittimità, affronta la questione della portata applicativa della condizione di reciprocità con riferimento all'art. 2 Cost., per giungere alla conclusione che l'ambito di operatività dell'art. 16 è delimitato dall'art. 2 Cost. che, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, non distingue tra cittadini e stranieri così che la relativa tutela apprestata dall'ordinamento va assicurata, senza alcuna disparità di trattamento, a tutte le persone indipendentemente dalla cittadinanza.

3. Il risarcimento del danno.

Dopo aver affrontato, anche storicamente, la questione relativa alla condizione di reciprocità, la supre-

ma Corte ha affrontato anche il problema specifico del risarcimento del danno spettante alla madre — cittadina albanese ivi residente — per la perdita del figlio in un incidente stradale avvenuto in Italia, nonché della possibilità per quest'ultima di agire direttamente nei confronti della compagnia di assicurazione del veicolo responsabile. La stessa Corte rileva l'esistenza di contrasti esistenti soprattutto nella giurisprudenza di merito e, dunque, perviene alla decisione resa attraverso una rigorosa argomentazione delle soluzioni abbracciate.

Il fulcro del ragionamento svolto dai giudici della III Sezione della Cassazione poggia sull'esclusione della condizione di reciprocità nel caso in cui sia leso un diritto fondamentale costituzionalmente garantito. Ciò posto, allo straniero leso in un diritto fondamentale, e per ciò stesso inviolabile, devono essere risarciti i danni sia patrimoniali sia non patrimoniali conseguenti alla lesione del diritto stesso in quanto «è il bene leso che caratterizza la diretta copertura costituzionale della tutela, mentre il danno conseguenza (patrimoniale e non patrimoniale) individua solo la perdita (o il pregiudizio) in concreto verificatosi e risarcibile»¹⁰.

Tale principio assume massima rilevanza nell'incerto contesto della giurisprudenza formata in precedenza sul tema¹¹, l'influenzata non poco dalla coeva interpretazione dell'art. 2059 c.c.¹²

Preme rilevare, piuttosto, che la sentenza che si annota fa corretta applicazione dei più recenti approdi

niero, in base alla legislazione e alla prassi vigenti, previene allo stesso risultato finale cui perviene quello nazionale. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che la condizione di reciprocità deve ritenersi soddisfatta quando sussista una reciprocità anche soltanto di fatto. In proposito, in dottrina, GIARDINA, *op. cit.*; mentre in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 10 febbraio 1993, n. 1681, in *Foro It.*, 1993, I, 3067, con nota di CALÒ, cui aderiscono Trib. Genova, 21 dicembre 1997, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Process.*, 1997, 172; Id. Monza, 8 maggio 1998, in *Danno e Resp.*, 1998, 927.

⁸ Per tutte, Cass., Sez. III, 19 maggio 2009, n. 10504, in *Dir. ed Eco. Assicurazione*, 2010, 2, 375, con nota di DE STROBEL. Tra le pronunce di merito, Trib. Roma, 13 giugno 2005, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, 5, 938; Trib. Monza, 8 maggio 1998, cit. In dottrina, in passato, con mirabile lungimiranza, si è osservato che «al fine di delimitare l'area di applicabilità dell'art. 16 delle preleggi, il novero delle libertà e delle condizioni garantite senza riguardo alla nazionalità dei soggetti, va anche, e considerevolmente, oltre le norme costituzionali contrassegnate dai termini «tutti» e «nessuno» o dal riferimento, anche formale, ad ogni persona», RESCIGNO, *op. cit.*; Sulla stessa posizione si attesta GAZZI, *Risarcimento del danno dello straniero, condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 delle preleggi e Fondo di garanzia vittime della strada*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1998, 1113.

⁹ È indubbio che la legislazione ordinaria e l'adesione dell'Italia a trattati internazionali hanno limitato sensibilmente l'applicazione dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile sotto il profilo soggettivo. Infatti, l'art. 2, D.Lgs. n. 286/1998 — T.U. immigrazione — prevede che allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dal diritto internazionale generale. Inoltre, il cittadino che soggiorni in territorio italiano e sia titolare di carta di soggiorno o di un permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro subordinato, di lavoro autonomo e familiari gode dei diritti civili che la legge riconosce al cittadino italiano senza che vi sia necessità di verificare l'esistenza della condizione di reciprocità. Inoltre, in virtù degli impegni internazionali assunti dall'Italia, si prescinde dalla verifica della condizione di reciprocità: per l'apolide rego-

larmente residente in Italia da almeno tre anni (secondo quanto previsto dall'art. 18 della Convenzione relativa allo *status* di apolide, adottata a New York il 28 settembre 1954 e resa esecutiva in Italia con L. 1° febbraio 1962, n. 306); per il rifugiato regolarmente residente in Italia da almeno tre anni (in virtù dell'art. 7, comma 2, della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo *status* di rifugiato e resa esecutiva in Italia con L. 24 luglio 1954, n. 722); per i «cittadini comunitari» in ossequio al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità e di libera circolazione, dei cittadini di uno stato membro, all'interno dell'Unione europea; per i cittadini degli Stati membri dell'Efta in virtù degli artt. 31, 33, 34 dell'Accordo sullo spazio economico europeo, sottoscritto (ad Oporto il 2 maggio 1992 e ratificato dall'Italia con L. 2 luglio 1993, n. 300, in *Gazz. Uff.*, 18 giugno 1993, n. 191) dagli Stati membri dell'Unione europea, nonché dall'Islanda, dal Liechtestein e dalla Norvegia.

¹⁰ Così testualmente in sentenza.

¹¹ Nella giurisprudenza, soprattutto di merito, si registra infatti una non uniforme interpretazione circa i danni risarcibili: secondo Trib. Roma, 27 settembre 2001, in *Giurisprudenza romana*, 2002, 76, «la condizione di reciprocità di cui all'art. 16 disp. prel. c.c. non è operante allorché il cittadino straniero chieda, dinanzi al giudice italiano, il risarcimento del danno da lesione di diritti fondamentali, come quello alla salute, nonché il danno morale e quello patrimoniale derivanti da una lesione della salute»; mentre, per Trib. Bergamo, 14 maggio 2008, in *Foro It.*, 2008, I, 2032; in *Danno e Resp.*, 2009, I, 77, «l'ultimo rilievo attiene ai danni patrimoniali conseguenti alla lesione dei diritti inviolabili *ex art.* 2, 29 e 32 Cost: il danno per spese di *funere* (danno conseguenza della lesione *ex art.* 32 Cost.) e il danno per perdita di contribuzione economica che il figlio inviava ai genitori e avrebbe continuato ad inviare (danno conseguenza della lesione *ex art.* 29 Cost.). Si ritiene che queste tipologie di danni siano soggette alla prova — non fornita come detto — della condizione di reciprocità. Si tratta invero di danni che non sono identificabili quali espressione diretta della lesione del diritto inviolabile, risarcibili cioè sulla base del mero disposto costituzionale. Al contrario, la loro risarcibilità presuppone l'applicazione di una norma di diritto interno quale l'art. 1223 c.c.».

¹² Per un *excursus* sintetico ed esaustivo sugli orientamenti di

della giurisprudenza di legittimità in tema di danni non patrimoniali, ritenuti risarcibili, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Coerentemente, richiamando la precedente giurisprudenza sul punto, la suprema Corte individua nella definitiva perdita del rapporto parentale, la lesione di un diritto inviolabile della persona la cui tutela è individuabile negli artt. 2, 29 e 30 Cost.

Gli artt. 2 e 29 Cost., invero, sono posti a presidio di interessi essenziali della persona, relativi alla sfera degli affetti e della reciproca solidarietà endo-familiare, che pre-esistono allo Stato¹³; interessi che esigono tutela al massimo livello e che risultano irrimediabilmente violati in caso di uccisione di un congiunto. Non può dubitarsi, infatti, che la morte, *ex abrupto*, di un parente stretto alteri irrimediabilmente l'equilibrio e l'armonia — anche economica se il parente defunto forniva un apporto reddituale — dell'intero nucleo familiare, privando le persone superstiti di tutti quei legami affettivi, psicologici — ed eventualmente anche economici — che sono una componente fondamentale del modo di essere e di realizzarsi di una persona anche nei rapporti esterni. Ne consegue che l'ordinamento non può non riconoscere a chiunque, anche allo straniero a prescindere dalla condizione di reciprocità, la relativa tutela in caso di lesione; tutela che, come ribadito nella sentenza che si annota, non può limitarsi al riconoscimento dei soli danni non patrimoniali, ma deve estendersi anche ai danni patrimoniali; sempre che, gli uni e gli altri, siano adeguatamente allegati e provati in giudizio.

Infine si pone la questione della possibilità, per la ricorrente straniera, di spiegare azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazioni del veicolo responsabile¹⁴.

Secondo il ragionamento della Corte di cassazione, poiché l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo indipendentemente dalla cittadinanza e dalla residenza del titolare¹⁵, essendo — ovviamente — solo necessario che la lesione di tali diritti sia avvenuta nel territorio dello Stato, l'azione diretta nei confronti della compagnia che assicura il veicolo responsabile sarà riconosciuta allo straniero in osse-

quio al principio di uguaglianza — formale e sostanziale — sancito dall'art. 3 Cost.

Sul punto la sentenza che si annota, richiamando alcune conformi pronunce della Corte costituzionale, mostra di aderire a quella posizione secondo la quale la corretta interpretazione dell'art. 3 Cost. impone di superare il dato letterale della disposizione, che fa espresso riferimento ai soli cittadini, per riconoscere l'uguaglianza davanti alla legge anche agli stranieri quando si tratta di assicurare la tutela di diritti inviolabili¹⁶, sempre che un trattamento differenziato non sia giustificato sulla base del criterio di ragionevolezza.

La suprema Corte, inoltre, partendo dal presupposto che la condizione di reciprocità non trova applicazione quando lo straniero invochi la tutela di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, perviene all'ammissibilità dell'azione diretta da parte dello straniero percorrendo una diversa via tutta civilistica che muove dalla considerazione dell'interesse del danneggiante, che ha stipulato il contratto per restare indenne da eventuali domande di risarcimento da chiunque vante, cittadini italiani, comunitari ed extracomunitari. Non ammettere l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore da parte del danneggiato straniero che invochi la tutela di diritti inviolabili, pertanto, da un lato comporterebbe un irragionevole trattamento limitativo della tutela effettiva del diritto da parte del titolare straniero e, dall'altro, vedrebbe scoperto il danneggiante che ha stipulato un contratto perché l'assicurazione risarcisca direttamente i danneggiati.

4. Osservazioni critiche.

La sentenza in commento si apprezza per l'ampiezza della motivazione resa e per la linearità delle soluzioni adottate nel tentativo di mettere ordine nelle principali questioni dibattute in giurisprudenza attorno al tema della condizione di reciprocità.

Invero, con riferimento alle controversie aventi ad oggetto la domanda di risarcimento dei danni, per la lesione di diritti fondamentali, conseguenti a sinistri stradali, come nel caso specifico deciso dalla suprema Corte, probabilmente sarebbe sufficiente far riferimento non tanto alla giurisprudenza formatasi in pre-

dottrina e giurisprudenza in materia di danno non patrimoniale antecedente a Cass., Sez. un., n. 26972/2008, v. CARINGELLA-GAROFOLI-ROVAGNOLI, *Giurisprudenza civile* 2006, Milano, 2007.

¹³ V. CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. Famiglia*, 2007, 2, 902, il quale osserva che il verbo "riconoscere" significativamente ricorre nel testo costituzionale con analogo significato solo negli artt. 2, 5 e 29 con l'intento di rimarcare l'esistenza di situazioni, rapporti e realtà primarie che precedono la Repubblica, intesa come l'insieme delle articolazioni istituzionali in cui si esprime la comunità politica, e ne costituiscono una sorta di presupposto pre-politico.

¹⁴ Tra le pronunce di merito che hanno affrontato la questione, Trib. Bergamo, 14 maggio 2008, cit. La sentenza si segnala perché a domandare tutela erano i genitori — anche in quel caso cittadini albanesi ivi residenti — di un minore deceduto in seguito ad un sinistro stradale e il Tribunale legittima l'azione diretta nei confronti della Compagnia di assicurazioni sul presupposto dell'inviolabilità del diritto leso e sulla funzione dell'assicurazione obbligatoria quale strumento con cui lo Stato ha adempiuto ai suoi doveri inderogabili di solidarietà *ex art. 2 Cost.*

¹⁵ La sentenza richiama, tra le altre, una decisione della Corte costituzionale che, giudicando legittimo il trattamento differen-

ziato tra cittadino e straniero in materia di custodia preventiva, afferma che «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali», Corte cost., 23 novembre 1967, n. 120, in *www.cortecostituzionale.it*. Nella dottrina che si è occupata di trattamento dello straniero, la questione dell'estensione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. oltre il riferimento letterale ai soli cittadini è diffusamente trattata. Tra gli altri, v. TUCCI-DI MURO, *Diritti fondamentali, principio di uguaglianza e riforma della normativa in materia di immigrazione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2003, 179.

¹⁶ Il riferimento è a Cass., Sez. III, 30 ottobre 2008, n. 26063, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Process.*, 2009, 661, che, nel confermare la sentenza gravata, ha ritenuto inadempiente il promissario acquirente, tunisino, di un immobile, dopo che non si era giunti alla stipula del definitivo, poiché il notaio incaricato aveva informato i contraenti che il Servizio per il contenzioso diplomatico presso il Ministero degli affari esteri gli aveva comunicato che tra l'Italia e la Tunisia non sussisteva la condizione di reciprocità; e ciò perché il promissario acquirente tunisino non era riuscito a dimostrare la mancanza di reciprocità tra la Tunisia e l'Italia.

cedenza, quanto alla circolare emanata nel 2000 dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private¹⁷ che invita, con l'autorevolezza che gli è propria, le imprese di assicurazioni ad evitare discriminazioni in danno di cittadini extracomunitari mediante il richiamo improprio alla condizione di reciprocità.

Riportando il discorso all'analisi della decisione resa dalla III Sezione, la sentenza pecca per eccesso poiché, come detto, la suprema Corte ha dovuto decidere sulla domanda di risarcimento avanzata da una cittadina albanese ivi residente per i danni, conseguenti alla lesione del legame parentale, subiti a seguito del decesso del figlio, investito da un auto mentre viaggiava su una bicicletta; leggendo la sentenza non pare emergere che vi fosse richiesta di risarcimento dei danni — patrimoniali — conseguenti alla lesione del patrimonio della vittima e/o dell'attrice.

Quindi la suprema Corte ha riconosciuto il diritto dell'istante al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti in conseguenza della lesione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti escludendo che nel caso operasse la condizione di reciprocità.

La motivazione avrebbe potuto arrestarsi a questo punto. La pronuncia che si annota, invece, è andata oltre affermando che «non potrà invece essere fatto valere, in assenza della condizione di reciprocità, il danno da perdita o danneggiamento di cose (generalmente il veicolo) subito dallo straniero extracomunitario» poiché ad essere leso sarebbe il diritto di proprietà che non costituirebbe — a dire della suprema Corte — un diritto inviolabile della persona umana.

È evidente che questa parte della motivazione non ha affatto l'autorità di un precedente ma costituisce soltanto un *obiter dictum* discutibile.

Sul punto, invero, sia consentito dissentire sulla scorta di alcune considerazioni relative all'errato presupposto circa la tutela che riceverebbe la proprietà nel nostro ordinamento e agli effetti, sul piano dei valori, che una simile affermazione porta con sé.

Se è vero, infatti, che tradizionalmente il diritto di proprietà non viene comunemente annoverato tra i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, è pur vero che il Trattato di Lisbona ha introdotto importanti modifiche all'art. 6 del Trattato Unione europea relativamente alla tutela dei diritti fondamentali con la

“comunitarizzazione” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), che all'art. 17 riconosce il diritto di ogni persona di godere dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli di disporre e di lasciarli in eredità senza possibilità che una persona possa essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse ed in cambio di una giusta indennità pagata in tempo utile.

Poiché la Carta di Nizza si riferisce ad “ogni persona”, dunque indipendentemente dalla cittadinanza, è evidente che l'art. 16 delle preleggi, nella misura in cui comprimesse il diritto di proprietà dello straniero sarebbe in contrasto con il diritto comunitario e dovrebbe, per ciò stesso, essere disapplicato dal giudice nazionale.

Inoltre, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo — resa esecutiva in Italia con L. 4 agosto 1955, n. 848 — stabilisce all'art. 14 il principio generale di non discriminazione, comprendendo in esso — fra gli altri — il divieto della distinzione basata sulla nazionalità delle persone; e ancora, il primo protocollo addizionale, siglato a Parigi il 20 marzo 1952, all'art. 1, comma 1, garantisce il diritto di proprietà al pari dei diritti e delle libertà fondamentali, con l'unico limite della pubblica utilità¹⁸. Ciò implica che, in tutti i casi di regolamentazione del diritto di disporre e godere da parte dei privati dei propri beni, nessuna discriminazione sarà possibile fra cittadini e stranieri¹⁹ e il richiamo alla condizione di reciprocità in tali ipotesi sarebbe in contrasto con l'impegno internazionale assunto dall'Italia.

Pertanto, poiché, come pure ha affermato la III Sezione nella sentenza in commento, il risarcimento del danno è la tutela minima che l'ordinamento offre per riparare alla lesione del diritto subita dal suo titolare; ne consegue logicamente che allo straniero che subisca una lesione al suo diritto di proprietà nel territorio dello Stato deve riconoscersi il diritto di vedere risarcito il danno conseguente, essendo il risarcimento del danno nient'altro che un aspetto della titolarità del diritto leso e, perciò stesso, non sottoposto alla condizione di reciprocità²⁰ a meno di non incorrere in una violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Infatti, in seguito alle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349/2007²¹ il parametro costituzionale in esame comporta l'obbligo del legislatore ordinario

¹⁷ Circ. n. 407/D del 12 aprile 2000, in *www.isvap.it*. In giurisprudenza ha riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni conseguenti alla lesione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti anche allo straniero irregolare Trib. Trieste, 28 maggio 2009, in *Nuova Giur. Comm.*, 2009, II, 1144, con nota di CENTONZE.

¹⁸ Per un utile approfondimento sul tema, MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 2, 379.

¹⁹ Per CAMPEIS-DE PAULI, «si ritiene peraltro che siano comunque inviolabili (quindi sfuggano alla reciprocità) anche i diritti civili come tali riconosciuti dalle Convenzioni internazionali di cui il nostro Paese è parte: così per il diritto di proprietà, non direttamente tutelato come inviolabile in sede costituzionale, attesa la riserva di legge, ma garantito come diritto e libertà fondamentale limitabile solo per pubblica utilità, dall'art. 1, comma 1, del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 4.11.1950, l. 4.8.1955, n. 848.», nella nota a Cass., Sez. I, 15 giugno 2000, n. 8171, in *Nuova Giur.*

Comm., 2001, I, 191. Sulla stessa posizione si attesta anche GIARDINA, *op. cit.*

²⁰ Sulla stessa posizione, CALÒ, secondo cui «il *neminem laedere* è un principio insuscettibile di essere subordinato alla reciprocità, sia perché lo si assume in qualche modo quale norma di applicazione necessaria oppure sulla considerazione che una diversa interpretazione porterebbe ad asserire la liceità di qualsiasi danno cagionato allo straniero», nella nota di commento a Cass., Sez. III, 10 febbraio 1993, n. 1681, cit. Lo stesso autore, recentemente afferma che «l'art. 16 Prel. riguarda l'acquisizione di diritti, mentre i principi che sono alla base del principio *neminem laedere* riguardano non l'acquisizione di alcunché bensì la perdita di un diritto. Tanto basterebbe per sottrarre la responsabilità aquiliana al principio di reciprocità», in CALÒ, *Il diritto internazionale privato e dell'unione europea nella prassi notarile, consolare e forense*, Milano, 2010, 115.

²¹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e Id., 24 ottobre 2007, n. 349, entrambe in *Gazz. Uff.* 31 ottobre 2007, a cui hanno fatto seguito, per la parte che qui interessa, Id., 24 luglio 2009, *ivi*, 29

di rispettare le norme della Cedu, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con esse, e dunque con gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, comma 1, Cost., viola per ciò stesso tale parametro costituzionale²².

Sotto questo profilo si potrebbe prospettare, dunque, l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 delle preleggi, nella parte in cui non consenta a chiunque, a prescindere dalla cittadinanza e dalla residenza, di agire in giudizio per vedere risarcito il danno subito in Italia in conseguenza della lesione del diritto di proprietà, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.

Inoltre, spostando il ragionamento su un diverso piano, non sembra superfluo rimarcare che anche al di fuori dell'area dei diritti fondamentali e/o inviolabili, in ossequio al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., è necessario che le differenziazioni normative disposte con legge non siano arbitrarie e irragionevoli; dunque il canone della ragionevolezza rappresenta il parametro imprescindibile sulla base del quale interpretare l'art. 16 delle preleggi per decidere se lo straniero potrà far valere il danno da perdita o danneggiamento di cose a prescindere dalla condizione di reciprocità.

Così impostato il problema, poiché quello della cittadinanza non pare essere un criterio ragionevole per selezionare i danni risarcibili o per giustificare un differente trattamento tra italiani e stranieri, né tanto meno un differente trattamento tra stranieri di diverse nazionalità (comunitaria o extra-comunitaria) e condizione (rifugiati, irregolari ecc.), nel residuale ambito di applicazione soggettivo dell'art. 16 delle preleggi²³, la soluzione non potrà che essere nel senso di riconoscere il risarcimento del danno in ogni caso allo straniero.

Sotto questo profilo, considerando, altresì, l'irragionevolezza sopravvenuta della norma — che forse aveva un senso in epoche passate, in cui i nostri concittadini emigravano in gran massa, e si proponeva di migliorarne la condizione nei Paesi stranieri — e l'incongruità rispetto al fine — poiché non possono farsi gravare sullo straniero le conseguenze del deteriore trattamento che il suo Paese eventualmente riserbi al nostro concittadino — si potrebbe (ri)proporre²⁴, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 delle preleggi anche in riferimento all'art. 3, comma 1, Cost.²⁵, oltre che, come detto, all'art. 117, comma 1, Cost.

Sul diverso piano dei valori, invece, dare credito all'affermazione della suprema Corte significa accettare

che nel nostro ordinamento possa essere colpevolmente distrutta, rubata o anche solo danneggiata la proprietà di uno straniero e il fatto restare impunito solo perché non risulta verificata la condizione di reciprocità.

È indubbio che l'elencazione dei diritti fondamentali non è prevista in alcun testo normativo in termini restrittivi²⁶ e che l'interpretazione e l'applicazione della norma giuridica nel caso concreto sottende un giudizio di valore che il giudice è chiamato ad esprimere facendosi, il più possibile, fedele interprete della coscienza della collettività, dunque sia consentito fare proprie le testuali parole che è dato leggere in una sentenza del Tribunale di Catania che — anche in quel caso incidentalmente — riconosce allo straniero anche il risarcimento dei danni alle cose così motivando: «A fronte del frequente richiamo che in tante occasioni viene fatto — molto spesso a sproposito —, in questo tempo nel quale i rapporti fra italiani e stranieri sono sempre più frequenti, al principio di reciprocità, può essere opportuno sottolineare che i diritti che la Costituzione riconosce — e non attribuisce — a chiunque sono diritti in questo senso assoluti, non negoziati né negoziabili.

Dunque, essi non possono essere messi in discussione dall'interesse — che spesso viene indicato come nobile fondamento della reciprocità — a condizionare i governi di paesi stranieri verso politiche più aperte, più egualitarie, più giuste.

Alla stregua del dettato costituzionale, il Popolo italiano in nome del quale vengono pronunziate le sentenze riconosce quei diritti non per convenienza o per opportunismo, né per sinallagma, ma per propria convinzione profonda, perché crede quel riconoscimento oggettivamente e incondizionatamente giusto e doveroso e lo considera elemento distintivo della propria anima e della propria identità.

E qualora dovesse prendere atto che altri popoli non abbiano raggiunto il sufficiente grado di maturità e civiltà da riconoscere pure essi quei diritti fondamentali delle persone, se ne dorrà, ma non muterà le proprie convinzioni, le proprie regole di condotta, i propri giudizi, facendosi correo della arretratezza e inciviltà che criticasse in quegli altri, ma riconoscerà il diritto alla vita, alla salute, alla dignità personale, all'integrità fisica e morale non soltanto ai popoli amici, soci, alleati, ma a ogni uomo incondizionatamente e a ogni uomo in quanto tale e non in quanto facente parte di questo o

luglio 2009, n. 239; Id., 26 novembre 2009, n. 311, *ivi*, 2 dicembre 2009 e Id., 4 dicembre 2009, n. 317, *ivi*, 9 dicembre 2009, e tutte in www.cortecostituzionale.it. In particolare, nella sentenza n. 311 citata si legge che «l'art. 117, primo comma, Cost., ed in particolare l'espressione "obblighi internazionali" in esso contenuta, si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost. Così interpretato, l'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi. La conseguenza è che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della Cedu, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.».

²² Così, TUCCI, *Il nuovo pluralismo delle fonti, ruolo delle Corti e diritto privato*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, 2, 101.

²³ V. nota 9.

²⁴ Della condizione di reciprocità, la Corte costituzionale si è interessata in una risalente pronuncia relativa al divieto di iscrizione all'albo professionale dell'ordine dei giornalisti per gli stranieri che fossero cittadini di uno Stato che non praticasse in proposito il trattamento di reciprocità. Corte cost., 23 marzo 1968, n. 11, in www.cortecostituzionale.it.

²⁵ Con riferimento al controllo di ragionevolezza che compie la Consulta nel vaglio delle norme con riferimento al principio di uguaglianza, CELOTTO, *Art. 3, co. I*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Roma, 2006.

²⁶ Secondo CALÒ, «l'elencazione i diritti fondamentali, a prescindere dalla formula prescelta, si trova nelle coscienze di ciascuno e di tutti i membri di una collettività e non in un testo normativo», nella nota di commento a Cass., Sez. III, 10 febbraio 1993, n. 1681, cit.

quel gruppo politico, etnico, sociale, economico, religioso, ecc.»²⁷.

Nell'auspicio, dunque, che quella parte della motivazione della sentenza che si annota non riceva il consenso della futura giurisprudenza, si avverte l'opportunità di un intervento legislativo che regoli in modo diverso il godimento dei diritti civili degli stranieri, superando il *discrimen* della cittadinanza; nel frattempo, all'interprete è rimesso l'arduo compito di evitare che sotto l'egida del principio di reciprocità si operino delle ingiustificate discriminazioni in danno degli stranieri extracomunitari e allora la condizione di reciprocità «finisce col testimoniare l'antica miseria del diritto e la pena del giurista che cerca di riscattarla»²⁸.

DOMENICO COLUCCI

LESIONE DI INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 23 febbraio 2010, n. 4326 — VARRONE *Presidente* — VIVALDI *Relatore* — IANNELLI *P.M.* (diff.) — Publionda s.r.l. (avv.ti Manzi, Laruffa) - Comune di Milano (avv.ti Surano, Fraschini, Rizzo).

Responsabilità civile — Pubblica amministrazione — Illegittimo esercizio della funzione pubblica — Danno ingiusto — Lesione di un interesse giuridicamente rilevante — Interessi pretensivi e interessi oppositivi — Configurabilità — Rilevanza ai fini della tecnica dell'accertamento dell'esistenza del danno — Fattispecie (C.c. art. 2043).

In tema di risarcimento del danno prodotto dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica la tecnica di accertamento della lesione varia a seconda della natura dell'interesse legittimo, nel senso che, se l'interesse è oppositivo, occorre accertare che l'illegittima attività dell'amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio; mentre, se l'interesse è pretensivo, concretandosi la sua lesione nel diniego o nella ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo, occorre valutare a mezzo di un giudizio prognostico la fondatezza o meno della richiesta di parte, onde stabilire se la medesima fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole (1).



Per il testo della sentenza v. *Giur. It.*, 2011, 2, 319.



(1) La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi illegittimi prima e dopo il codice del processo amministrativo

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il risarcimento dell'interesse legittimo. — 2.1. La sentenza n. 500/1999 delle Se-

zioni unite. — 2.2. La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione. — 2.2.1. La responsabilità da contatto amministrativo qualificato. — 2.2.4. La soluzione del codice del processo amministrativo.

1. Introduzione.

Il 16 settembre 2010 è entrato in vigore il nuovo codice del processo amministrativo. Il neonato codice è stata l'occasione, per il legislatore, di porre la parola fine al lungo dibattito sull'elemento fondamentale in tema di risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi, ovvero sia la natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione. E, come vedremo, si è optato per il modello della responsabilità aquiliana. Tenendo a mente, sin da subito, che dopo l'art. 7 L. 21 luglio 2000, n. 205, il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo appartiene alla giurisdizione amministrativa.

2. Il risarcimento dell'interesse legittimo.

2.1. La sentenza n. 500/1999 delle Sezioni unite.

Per lungo tempo, la giurisprudenza ha negato la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo.

Fino alla oramai arcinota sentenza delle Sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500¹. In questa sentenza, la massima espressione della suprema Corte ha operato un *revirement* rispetto alla interpretazione, fino ad allora pacifica, dell'art. 2043 c.c. Centrale, spiegano le Sezioni unite, nella disposizione dettata all'art. 2043 c.c., è il danno, ed è ad esso, e non come avvenuto fino a quel momento alla condotta, che deve essere riferita l'ingiustizia. L'area della risarcibilità, si legge, è definita da una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato *non iure*, da ravvisarsi nel danno inferito in difetto di una causa di giustificazione (*non iure*), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento. Ne consegue, aggiungono i giudici di Piazza Cavour, che la norma sulla responsabilità aquiliana è una norma primaria, volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, «è ingiusto il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo». Ma quali siano gli interessi rilevanti per l'ordinamento giuridico non è possibile stabilirlo a priori, in quanto «caratteristica del fatto illecito delinco dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità». È il giudice, dunque, che deve procedere ad una comparazione degli interessi in conflitto, al fine di stabilire se il sacrificio dell'interesse del soggetto che si afferma danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse del soggetto

²⁷ Trib. Catania, 13 giugno 2005, in *Foro It.*, 2005, 2573.

²⁸ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 144, che raccoglie alcuni saggi pubblicati dall'autore attorno alla metà degli anni Sessanta del secolo scorso.

¹ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I, 2, 2487.

preteso danneggiante, in ragione della sua prevalenza. Comparazione e valutazione che il giudice deve effettuare alla stregua del diritto positivo. La suprema Corte aderisce ad una concezione sostanzialistica dell'interesse legittimo. Esso non rileva, infatti, come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile la lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare al conseguimento di un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può determinare danno. «Ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione»². Vale a dire, l'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato, ad ottenere oppure a conservare un bene della vita, viene a confronto con il potere amministrativo e cioè con il potere della pubblica amministrazione di incrementare (con provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dell'istante) o di sacrificare (con provvedimenti ablatori) la sfera giuridica del privato stesso. E potrà «pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della pubblica amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento»³. [...] Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio, conseguente all'illegittimo esercizio del potere. Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente». In quest'ultimo caso, cioè, il giudice deve prima stabilire se, in base alla normativa di settore, l'istanza del privato sia fondata o meno, perché solo se fondata, o meglio, destinata ad essere accolta secondo un criterio di normalità, egli è titolare di una situazione giuridicamente protetta. Dunque, «la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo»⁴.

Le Sezioni unite, in definitiva, negano la coincidenza tra illegittimità del provvedimento e illiceità del comportamento della pubblica amministrazione. E ciò fanno non solo sotto il profilo dell'elemento oggettivo, ma anche di quello soggettivo. Ai fini dell'accertamento della colpa non è più utilizzabile dal giudice ordinario il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo. Egli, difatti, dovrà svolgere una più penetrante indagine, «estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato [...] che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole dell'imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità»⁵. Si tratta di una illegittimità aggravata⁶ dall'inosservanza dei principi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione.

2.2. *La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione.*

Le Sezioni unite, dunque, hanno ricompreso la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi legittimi nel sistema della responsabilità aquiliana previsto dall'art. 2043 c.c. Norma generale, che sanziona, con un obbligo risarcitorio, la violazione del principio del *neminem ledere*. Ma tale inquadramento non è assolutamente pacifico né in dottrina né in giurisprudenza.

2.2.1. *La responsabilità da contatto amministrativo qualificato.*

Una parte della dottrina⁷, ha fondato la propria critica alla scelta operata dalle Sezioni unite, ponendo al centro della propria ricostruzione teorica, il rapporto che si genera tra privato e pubblica amministrazione, quando il primo si rivolge, entra in contatto, con la seconda. Un rapporto, un contatto, che oggi è disciplinato, in ogni sua parte, dalla legge sul procedimento amministrativo, la n. 241/1990. Pertanto, la pubblica amministrazione non si trova, e non potrà mai trovarsi, rispetto al privato leso nel suo interesse legittimo, nella posizione del "passante" o del "chiunque", che costituisce il presupposto fondamentale perché si abbia la forma giuridica della responsabilità extracontrattuale. E il rapporto, il contatto, che si instaura tra privato e pubblica amministrazione è un rapporto giuridico. È

² Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I, 2, 2487.

³ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

⁴ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

⁵ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit. Come rilevato in dottrina (CARANTA, *op. cit.*, 155), la Cassazione, per quanto riguarda l'elemento soggettivo, non fa altro che utilizzare la sua giurisprudenza formatasi sulla responsabilità per attività od omissioni di carattere materiale della pubblica amministrazione nonché quella formatasi per alcune attività giuridiche della pubblica amministrazione, in particolare di vigilanza o controllo, svolte dall'amministrazione su determinati settori dell'eco-

nomia privata, come, ad esempio, la raccolta del pubblico risparmio.

⁶ CORSARO-IANNOTTA, *La sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giust. Civ.*, 1999, 517.

⁷ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, 177 e seg.; PROTTO, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urbanistica e Appalti*, 9, 2000, Milano, 1005 e seg.; VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 270 e seg.

stato sottolineato che questo rapporto, questo contatto, rispetto a quello che si instaura tra le parti di una trattativa contrattuale, è assai più ricco di contenuti, essendo l'amministrazione tenuta non solo a comportarsi secondo buona fede ma anche a conformarsi ai principi di economicità, di efficacia, di pubblicità e di non aggravamento⁸. Più precisamente, si tratta di un rapporto che rientra tra quelli definiti «rapporto senza obbligo primario di prestazione»⁹. Sono fattispecie poste al confine tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale. Se rispetto all'obbligazione, nella sua configurazione ordinaria, esse sono prive dell'elemento fondante del rapporto obbligatorio, ossia la prestazione, dall'altro «la forma giuridica del torto extracontrattuale appare insufficiente in quanto annega in una troppo generica responsabilità del passante o responsabilità del chiunque, caratterizzata dal mettere in relazione soggetti fino a quel momento estranei, il danno cagionato da un soggetto a un altro, laddove uno specifico obbligo di attenzione sembra esistere già»¹⁰. In queste fattispecie, cioè, gli obblighi non sono al servizio di un obbligo di prestazione, che non esiste, ma ciò nonostante essi danno vita a un rapporto, di contenuto ridotto rispetto a quello dell'obbligazione ordinaria, a metà strada tra l'assenza di un precedente rapporto, che caratterizza la responsabilità extracontrattuale, e il rapporto obbligatorio pieno, che in genere precede la responsabilità contrattuale¹¹. E questi obblighi sono obblighi di protezione della sfera giuridica della controparte, la cui fonte deve essere rinvenuta nell'art. 1173 c.c., il quale stabilisce il carattere aperto delle fonti delle obbligazioni, rinviando ad «ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». E siccome si tratta di obblighi, la violazione di essi dà vita ad una responsabilità contrattuale, analogamente all'inadempimento della prestazione¹². Secondo questo insegnamento, quindi, il rapporto giuridico che si instaura tra privato e pubblica amministrazione, nel corso del procedimento, genera obblighi e l'inadempimento di questi obblighi da parte della pubblica amministrazione configura un autonomo titolo dell'obbligazione risarcitoria¹³. E la fonte della responsabilità per l'inadempimento di questo rapporto, deve essere individuata «nell'affidamento obiettivo ingenerato in una parte dal comportamento dell'altra e che fa sì che l'obbligo imposto dalla legge ad un soggetto si precisi in relazione al soggetto che a seguito dell'inadempimento subisce la perdita economica». Contrariamente, quindi, a quanto sostenuto dalle Sezioni unite, l'obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione prescinde totalmente dalla lesione del rapporto giuridico tra pubblica amministrazione e privato, in riferimento all'utilità finale cui aspira quest'ultimo.

Anche una parte della giurisprudenza ha fatto proprio questo orientamento. Per primo il Consiglio di Stato. Anche se ai soli fini della prova della colpa, il Consiglio di Stato, Sezione IV, vi si richiama nella sentenza n. 3169/2001¹⁴. Con l'avvio del procedimento amministrativo, si legge, tra la pubblica amministrazione e il privato si verifica un significativo «contatto». Ciò determina che il vincolo procedimentale e i doveri posti in capo al soggetto pubblico siano più forti. Esso è tenuto a garantire al privato la piena partecipazione al procedimento. In caso contrario, «il contatto procedimentale ben può facilitare il giudizio sull'esistenza della colpa, specie sul piano probatorio [...] l'onere del privato di provare la colpa è soddisfatto se si dimostra che l'amministrazione ha provveduto a seguito di un procedimento che ha visto la presenza del privato stesso, secondo una regola che evoca quella sul riparto dell'onere probatorio in tema di responsabilità contrattuale». Pure nella sentenza n. 4239/2001¹⁵, la Sezione V del Consiglio di Stato non recepisce totalmente la tesi della natura contrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi legittimi, ma afferma, in ogni caso, un regime dell'onere della prova, in ordine all'elemento dell'imputabilità del fatto dannoso, secondo criteri corrispondenti a quelli dell'art. 1218 c.c. La stessa Sezione, poi, torna ad utilizzare questi concetti nella sentenza n. 3796/2002¹⁶. Tra le ipotesi, in cui appare giusto ricomprendere nella responsabilità per inadempimento contrattuale la responsabilità per ingiusta lesione degli interessi legittimi, si dice, vi è quella in cui la pubblica amministrazione, «ove non avesse adottato un illegittimo provvedimento di aggiudicazione, [...] non avrebbe potuto esimersi dall'attribuire il *bonum* al soggetto richiedente, secondo uno schema logico assimilabile all'adempimento». Ma è con la sentenza n. 204 del 20 gennaio 2003¹⁷ che Consiglio di Stato, VI Sezione, abbraccia totalmente la tesi della responsabilità da contatto amministrativo qualificato. «Allorché il privato sia titolare di un interesse legittimo di natura pretensiva, il contatto che si stabilisce fra lui e l'amministrazione dà vita ad una relazione giuridica di tipo relativo, nel cui ambito il diritto al risarcimento del danno ingiusto, derivante dall'adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia *sui generis*, non riducibile al modello aquiliano dell'art. 2043 del codice civile, in quanto, al contrario, caratterizzata da alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e di quella per inadempimento delle obbligazioni».

Anche la Cassazione, decidendo la medesima controversia oggetto della Sentenza n. 500/1999, ha accolto questo orientamento¹⁸. La suprema Corte parte dal rilievo che il modello della responsabilità aquiliana,

⁸ SCOCA, *Per una amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 3, 4061.

⁹ CASTRONOVO, *op. cit.*, 177 e seg.

¹⁰ CASTRONOVO, *op. cit.*, 177 e seg. In *Enc. Giur. Treccani*, voce «Obblighi di protezione», XXIV, Roma, 1990, 1 e seg.

¹¹ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 181.

¹² CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 180 e seg.

¹³ PROTTO, *op. cit.*, 1006.

¹⁴ Cons. di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵ Cons. di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Negli stessi termini si esprime Cons. di Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Giust. Civ.*, 2006, 3, 705; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 novembre 2007, n. 10852, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶ Cons. di Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁷ Cons. di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸ Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro It.*, 2003, I, 78.

appare il più congeniale ad una pubblica amministrazione autoritativamente caratterizzata. Al contrario, sotto la spinta di sempre maggiori interessi economici, bisognosi di un ordinamento efficiente e competitivo, l'apparato burocratico ha subito una trasformazione in senso aziendalistico. Ne è prova, dice il supremo Consesso, la legge n. 241/1990, con la quale i principi di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, e insieme di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, sono diventati criteri giuridici positivi. Sin dall'avvio del procedimento amministrativo, il privato non è più destinatario passivo dell'azione amministrativa, ma concorre con la pubblica amministrazione, nei limiti previsti dall'ordinamento giuridico, alla definizione dell'interesse pubblico. Il privato diventa il beneficiario di obblighi di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione, ai quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che divengono l'essenza stessa dell'interesse legittimo¹⁹. In questo quadro, l'interesse legittimo diviene pretesa, del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, al rispetto delle norme che disciplinano il procedimento amministrativo. Mentre il bene della vita, investito dai fatti procedurali, resta ai margini della vicenda giuridica. La lesione dell'interesse legittimo costituisce, in realtà, inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, e integra una responsabilità contrattuale. Gli obblighi procedurali posti dall'ordinamento giuridico a carico della pubblica amministrazione diventano vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede *ex artt.* 1174 e 1175 c.c. E la loro violazione dà luogo ad una responsabilità da inadempimento *ex art.* 1218 c.c.

Una prima voce critica a questo insegnamento è giunta da Consiglio di Stato, VI Sezione, sentenza n. 1945/2003²⁰. Questo Collegio opera un distinguo. Se il cittadino limita la sua domanda risarcitoria al danno derivante dall'inadempimento, da parte della pubblica amministrazione, degli obblighi di imparzialità, di correttezza e buona amministrazione, il giudice potrà, in via equitativa, attribuirgli un risarcimento di carattere forfettario²¹. All'opposto, se il cittadino chiede il risarcimento del pregiudizio connesso all'illegittima preclusione, da parte della pubblica amministrazione, del bene della vita anelato, il giudizio sulla spettanza diventa ineludibile e il suo esito positivo condiziona il risarcimento del danno. Questa soluzione è stata propugnata da altra giurisprudenza amministrativa²². Tutto dipende, quindi, dalla domanda risarcitoria proposta dal privato. Il giudice ammini-

strativo potrà applicare il regime della responsabilità da contatto procedimentale o aquiliana a seconda che il privato si limiti a chiedere il danno da illegittimità procedimentale o l'intero pregiudizio patito a causa della perdita del bene. Soluzione, tuttavia, stroncata dall'Adunanza plenaria, la quale, con la sentenza n. 7 del 15 settembre 2005²³, ha escluso il risarcimento degli interessi legittimi meramente procedurali, che prescindono dalla lesione dell'interesse legittimo al bene della vita.

2.2.4. *La soluzione del codice del processo amministrativo.*

Tutto il dibattito sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi legittimi, è di fondamentale importanza. Le conseguenze derivanti dalla soluzione adottata non sono di poco momento. Ad esempio, in caso di responsabilità extracontrattuale, la prescrizione del diritto al risarcimento del danno è di cinque anni. Mentre, nella responsabilità contrattuale, la prescrizione del diritto al risarcimento del danno è pari a 10 anni.

Ebbene, con il codice del processo amministrativo, introdotto, come detto, dal D.Lgs. n. 104/2010, il legislatore ha optato per il modello della responsabilità aquiliana. Ciò si evince²⁴ dalla formulazione letterale dell'art. 30, comma 2 del codice del processo amministrativo, molto simile a quella dell'art. 2043 c.c. E, in particolare, dal richiamo al danno ingiusto e dall'espresso rinvio al risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c. Ad ulteriore conforto di questa interpretazione, in materia di risarcimento del danno da ritardo amministrativo (art. 2 *bis* legge n. 241/1990; art. 30, comma 4 e art. 131, comma 1, lett. a), del codice del processo amministrativo), la legge richiede espressamente dolo o colpa, quali requisiti soggettivi dell'illecito, e l'ingiustizia del danno. Al pari di quanto affermato dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza n. 500/1999²⁵, quindi, gli elementi della responsabilità risarcitoria da lesione degli interessi legittimi sono individuabili, alla stregua delle indicazioni dell'art. 2043 c.c., in: 1) la sussistenza di un evento dannoso; 2) l'ingiustizia del danno in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento; 3) il nesso causale, di guisa che l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva od omissiva) della pubblica amministrazione; 4) l'imputabilità del danno al danneggiante secondo il criterio del dolo o della colpa della pubblica amministrazione. E tale conclusione²⁶, non è revocata dal comma 3 dell'art. 30 del codice del processo amministrativo, il quale stabilisce

¹⁹ CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2007, 172.

²⁰ Cons. di Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²¹ CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., 175

²² Cons. di Stato (ord.), Sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2005, 800; T.A.R. Lazio, Latina, 24 aprile 2007, n. 291, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 9, 2805. In dottrina, BACOSI, *Dall'interesse legittimo al diritto condizionato*, Torino, 2003, 139 e seg., ha sostenuto che in caso di lesione dell'interesse legittimo, si verifica un cumulo delle responsabilità. Ovverosia, sorge in capo alla pubblica amministrazione sia una responsabilità contrattuale *ex art.* 1173 e 1218 c.c., sia una responsabilità aquiliana *ex art.* 2043 c.c..

²³ Cons. di Stato, Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, 6^a ed., Milano, 2011, I, 439 e seg.

²⁵ V. *supra* paragrafo 2.1. Altre sentenze, come anche quella in commento, che si esprimono negli stessi termini sono: Cass., 27 maggio 2009, n. 12282, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 5; Id., 15 marzo 2007, n. 6005, *ivi*, 2007, 3; Id., 29 marzo 2004, n. 6199, *ivi*, 2004, 3.

²⁶ CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, cit., 439 e seg.

un termine decadenziale di 120 giorni per l'esperimento della domanda di risarcimento²⁷. La suprema Corte²⁸, infatti, ha ricordato come sia «nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione».

Le conseguenze che derivano da tale scelta sono, come anticipato, fondamentali. Anzitutto, l'elemento soggettivo. La natura aquiliana della responsabilità da lesione di interessi legittimi, comporta che la lesione derivante da atto illegittimo sia determinata da dolo o colpa. Il dolo è da imputarsi all'organo persona fisica che ha agito in nome e per conto dell'amministrazione. Quanto alla colpa, la giurisprudenza ha affermato la necessità della colpa solo in caso di violazioni gravi, in virtù di quanto affermato a livello comunitario dalla Corte di giustizia, oppure ha sostenuto che l'illegittimità del provvedimento costituisce indizio grave, preciso e concordante della colpa della pubblica amministrazione²⁹.

Ancora. L'allegazione e la quantificazione del danno sofferto. Sia dal punto di vista della sua effettiva sussistenza (inteso quali conseguenze dannose dell'attività illegittima della pubblica amministrazione: c.d. "danno conseguenza") sia dal punto di vista del suo effettivo ammontare. Punto di partenza è l'art. 1223 c.c., il quale prevede che il pregiudizio risarcibile è composto dal danno emergente e dal lucro cessante. Il privato-danneggiato, cioè, deve provare di aver patito una effettiva diminuzione del suo patrimonio a causa della inutile partecipazione al procedimento. E deve provare la perdita di una utilità economica connessa all'adozione del provvedimento illegittimo. Quest'ultimo elemento non è facilmente dimostrabile. Ma il privato-danneggiato potrà fare ricorso a criteri presuntivi di determinazione del *quantum*³⁰.

La quantificazione del danno, ulteriormente, passa attraverso l'art. 1225 c.c., che stabilisce l'estensione del risarcimento anche al danno imprevedibile solo qualora sia integrato un comportamento doloso³¹.

Il codice del processo amministrativo, poi, pur non evocando esplicitamente la norma dettata all'art. 1227, comma 2, c.c., all'art. 30, comma 3, prevede come limite alla liquidazione del danno da lesione dell'inte-

resse legittimo, quello dell'irrisarcibilità dei danni evitabili con l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento giuridico. Il legislatore del codice, rileva l'Adunanza plenaria³², ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica della mancata impugnazione processuale del provvedimento dannoso ma anche dell'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (c.d. "invito all'autotutela"), come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione. «Operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del "più probabilmente che non": Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass., Sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045), recide, in tutto o in parte, il nesso causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antiggiuridica alle conseguenze dannose risarcibili».

Norma di chiusura è l'art. 1226 c.c., il quale stabilisce la liquidazione equitativa del danno da parte del giudice. Norma, si sostiene³³, quasi necessaria, nelle ipotesi in cui siano difficilmente apprezzabili le effettive implicazioni economiche della violazione accertata. Ovverosia, soprattutto per la definizione del valore economico degli interessi legittimi pretensivi o procedurali lesi dall'atto illegittimo. E il legislatore del codice del processo amministrativo, conscio delle difficoltà di quantificazione del danno da lesione dell'interesse legittimo, ha previsto all'art. 34, 4° comma una definizione consensuale del *quantum*.

In ultimo, altra conseguenza della scelta operata dal legislatore, del codice del processo amministrativo, a

²⁷ L'art. 30 del codice del processo amministrativo al comma 1 prevede: «L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma». Relativamente alla prima ipotesi, il comma 5 dell'art. 30 stabilisce: «Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza». Mentre, per l'azione di condanna al risarcimento del danno proposta in via autonoma, il comma 3 statuisce che il termine di decadenza di centoventi giorni decorre «dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo». Il Cons. di Stato, Ad. plen., 30 marzo 2011, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it* ha rilevato che «la norma, da leggere in combinazione con il disposto del comma 4 dell'art. 7 — il cui inciso finale prevede la possibilità che le domande risarcitorie aventi ad oggetto il danno da lesione di interessi legittimi e di altri diritti patrimoniali consequenziali siano introdotte in via autonoma — sancisce, dunque, l'autonomia sul versante processuale, della domanda di risarcimento rispetto al rimedio impugnatorio. Detta autonomia è conferma-

ta, per un verso, dall'art. 34, comma 2, secondo periodo, che considera il giudizio risarcitorio quale eccezione al generale divieto, per il giudice amministrativo, di conoscere della legittimità di atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento; e, per altro verso, dal comma 3 dello stesso art. 34, che consente l'accertamento dell'illegittimità a fini meramente risarcitori allorché la pronuncia costitutiva di annullamento non risulti più utile per il ricorrente».

²⁸ Cass., Sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659 (ord.), in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 1174.

²⁹ Tutti i riferimenti giurisprudenziali sono in CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, cit., 443.

³⁰ CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, cit., 444.

³¹ CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, cit., 444.

³² Cons. di Stato, Ad. plen., 30 marzo 2011, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³³ CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, cit., 444.

favore natura aquiliana della responsabilità da lesione degli interessi legittimi, è in materia probatoria. Come affermato dal Consiglio di Stato³⁴, la domanda di risarcimento dei danni da lesione degli interessi legittimi, soggiace al criterio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., «in base al quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, per cui grava sul danneggiato l'onere di provare, ai sensi del citato articolo, tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (danno, nesso causale e colpa)».

ARMANDO FIORILLO

LODO MONDADORI

APPELLO MILANO, 9 luglio 2011 — DE RUGGIERO *Presidente* — Soc. Fininvest (avv.ti Frignani, Saletti, Lepri, Vaccarella) - Soc. CIR - Compagnie industriali riunite (avv.ti Roppo, Rubini).

Responsabilità civile — Danno ingiusto — Sentenza relativa all'impugnazione di un arbitrato rituale di equità — Corruzione di un componente del Collegio giudicante — Nesso di causa — Perdita della chance di una sentenza favorevole — Fattispecie (C.c. artt. 1123, 2043).

L'emissione di una sentenza che accoglie l'impugnazione di un lodo rituale di equità, ingiusta in quanto frutto della corruzione di uno dei componenti del Collegio (nella specie, giudice relatore), va considerata "tamquam non esset" e comunque determina, per la parte soccombente, danni patrimoniali e non patrimoniali risarcibili, da non qualificare in termini di mera perdita di chance, intesa come opportunità di ottenere una decisione favorevole in presenza di una pluralità di opzioni motivazionali (riconoscimento della liceità di patti di sindacato; scindibilità degli stessi rispetto alla complessiva pattuizione cui essi accedevano; limiti alla stessa possibilità di riforma, da parte della Corte d'appello, di un lodo in equità) supportanti il riconoscimento dell'incensurabilità del giudizio arbitrale. (Nella specie, è stato concesso alla parte soccombente il diritto al risarcimento del danno in via integrale ritenendo, in applicazione del criterio del "più probabile che non", che un Collegio incorrotto avrebbe certamente confermato il lodo, con conseguente riforma della sentenza di primo grado la quale aveva invece ritenuto che le probabilità di conferma del lodo fossero dell'ottanta per cento) (1).

 *Omissis.* — I fatti di causa e le allegazioni di Cir. Le vicende giudiziarie dedotte in causa originano dalla domanda di risarcimento svolta in primo grado da CIR spa per danni asseritamente cagionati dalla corruzione in atti giudiziari del consigliere Vittorio Metta della Corte di Appello di Roma, che scrisse la sentenza 14-24.1.1991; ciò accadeva in relazione alla vicenda relativa al controllo del grup-

po editoriale Mondadori, risalente ai primi anni '90 ed intercorsa fra l'attrice e Fininvest spa, meglio conosciuta come "guerra di Segrate". — *Omissis.*

Il secondo motivo di appello di Fininvest, ripreso in memoria conclusionale alle pagine 10 e seguenti, è complesso e necessita di analisi dettagliata.

L'appellante sosteneva che CIR avrebbe dovuto dimostrare che: 1) essa aveva una rilevante possibilità di ottenere una sentenza di conferma del lodo, 2) la sentenza della Corte d'appello di Roma era ingiusta, mentre giusto era il lodo Pratis e che 3) tale sentenza era frutto della corruzione. Perché fosse fondata la pretesa di CIR doveva ricorrere la prova di ognuna delle tre allegazioni.

Tali assunti, però, non erano veri e, comunque, non erano dimostrati: ciò spezzava il nesso eziologico — come evidenziato dall'appellante nel primo motivo di appello trattato al capitolo seguente — che doveva ricorrere per poter coltivare l'ipotesi risarcitoria ex art 2043 C.C. — *Omissis.*

A fronte della complessità dei motivi esposti da Fininvest, appare logicamente opportuno invertirne l'ordine e procedere in primo luogo all'analisi dell'ultima parte della seconda doglianza, laddove Fininvest riteneva, al fine di dimostrare l'insussistenza di un nesso causale e quindi di sconfessare gli argomenti a fondamento della sua responsabilità, che la sentenza della Corte d'appello di Roma non fosse conseguenza della corruzione (nda: in quanto Metta non era corrotto e, in ogni caso, gli altri due componenti del Collegio erano giunti a quelle medesime conclusioni).

Questa Corte non può che ribadire quanto sopra detto in ordine alla corruzione di Metta. Resta, invece, da verificare la valenza causale di tale fatto, tenuto conto della collegialità della decisione. In sostanza, come si vedrà, ritiene questa Corte che una sentenza "normale", non condizionata dalla presenza di un componente corrotto che aveva alterato tutto l'iter decisionale, certamente non sarebbe giunta alle conclusioni alle quali pervenne la Corte d'appello di Roma; ciò che stabilisce il nesso fra corruzione e contenuto della pronuncia. — *Omissis.*

In questa sede civile si può dunque fin d'ora affermare che la sentenza della Corte d'appello di Roma è "tamquam non esset": già per la sola presenza nel Collegio del giudice corrotto, a prescindere dal merito della decisione e dal convincimento degli altri componenti del Collegio.

Questo principio, come enucleato dalla sentenza appena citata, è di per se stesso sufficiente a smentire l'essenza della censura di Fininvest, nella parte in cui svolgeva una sorta di "prova di resistenza", affermando che, comunque, gli altri componenti del Collegio erano giunti alle stesse conclusioni del corrotto Metta.

Ma quand'anche, invece, si ritenesse necessario, in tema di nesso di causalità, valutare in concreto l'incidenza dell'intervento di Metta sul tenore finale della decisione della Corte, non si potrebbe prescindere dalle dichiarazioni rese dagli altri due componenti del Collegio in sede penale, oltretutto, in qualche modo, obbligate ed evidentemente elusive, stante il rischio di affermare circostanze contra se. — *Omissis.*

Ribadisce allora questa Corte che nel caso di specie le modalità ed i limiti della discussione interna al Collegio inducono a ritenere integrata anche la prova così come richiesta dalla appena citata sentenza della Cassazione penale a Sezioni unite [n. 22327 del 30.10.2002, ric. Carnevale, secondo cui "mentre nei giudizi monocratici è necessariamente inevitabile riferire la deliberazione esclusivamente al giudizio dell'unico magistrato deliberante, in quelli collegiali, invece, la decisione è un atto unitario, alla formazione del quale concorrono i singoli componenti del Collegio, in base allo stesso titolo e agli stessi doveri: sia essa sentenza, ordinanza o decreto, non rappresenta la somma di distinte volontà e convincimenti, ma la loro sintesi — operata secondo la regola maggioritaria — la quale rende la decisione impersonale e perciò imputabile al

³⁴ Cons. di Stato, Sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Negli stessi termini Id., Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14, *ivi*.

Collegio nel suo insieme”, per cui “*allorché, in punto di contestazione accusatoria, si sostenga che una determinata decisione collegiale, anziché il prodotto di una autonoma scelta collettiva, imputabile all’organo collegiale nel suo complesso, rappresenti invece il risultato, raggiunto attraverso l’alterazione del regolare procedimento formativo della volontà collegiale, addebitabile ad un singolo soggetto, occorre fornire prova rigorosa di una condotta, da parte di quest’ultimo, se non di vera e propria coartazione e prevaricazione, almeno di concreto condizionamento esercitato sulla volontà dei componenti del Collegio o di qualcuno di essi, che si siano perciò orientati ad operare proprio in funzione di quell’illecito intervento*” — n.d.r.): si ripete, infatti, che le sfuggenti dichiarazioni del consigliere Paolini e lo studio solo teorico e monotematico da parte del presidente Valente evidenziano la dinamica decisionale di un Collegio che ha visto la presenza decisiva del giudice relatore corrotto, il quale ha in concreto condizionato le determinazioni degli altri due componenti. La natura solo formalmente collegiale della sentenza della Corte d’appello di Roma non interrompe quindi — trattandosi nella specie di collegialità abnorme e sostanzialmente fittizia — il nesso di causalità materiale tra la corruzione di Metta ed il contenuto della decisione. — *Omissis*.

Ma la sentenza della Corte di Roma è ingiusta anche nel merito, poiché una sentenza giusta avrebbe inevitabilmente respinto l’impugnazione e confermato il lodo.

Per verificare questa conclusione — nella logica della citata Cass. Pen. (“in ogni caso spetterà al giudice civile... di valutare se la decisione sia comunque conforme a giustizia, nel merito”) — non si può che partire dall’analisi specifica della situazione concreta di fronte alla quale si sarebbe trovato un relatore non corrotto (ovvero “Metta non corrotto”, nel lessico di CIR), affiancato da componenti del Collegio sinergicamente partecipi all’*iter* decisionale di una sentenza “normale”.

In altri termini, rimossa sul piano logico-giuridico la sentenza Metta, occorre, immedesimandosi nella situazione giuridico processuale concretamente azionata dalle parti, chiedersi non tanto o non solo quali fossero gli eventuali errori della motivazione della sentenza della Corte d’appello di Roma, quanto, propriamente, quale sarebbe stata la sentenza che giudici terzi, mediamente preparati della Corte di Roma, preposti “*ratione materiae*” alla decisione in quel momento storico, normativo e giurisprudenziale, avrebbero emesso nel caso di specie secondo il canone di “normalità”, cioè escludendo le ipotesi astratte e quelle eccezionali (quali gli errori giudiziari, la distrazione o la particolare ignoranza dei giudicanti...), fatti che in rerum natura possono anche darsi, ma che per l’appunto (fortunatamente) non sono “normali”. È evidente, peraltro, che una ricostruzione della sentenza “giusta” porti per converso a riscontrare gli errori e le forzature della sentenza “Metta”. — *Omissis*.

Svolta la necessaria ricostruzione in fatto, è ora possibile trarne le debite conseguenze in tema di nesso di causalità.

Come si ricorderà, il primo motivo delle doglianze di Fininvest, che si collega a quanto sino a qui trattato, consisteva nella erroneità della sentenza del Tribunale per violazione e falsa applicazione degli articoli 2043, 1223 e 2056 CC, nella parte in cui riconosceva il danno subito da CIR come danno da perdita di “chance”.

Per converso l’appellante incidentale CIR, nel secondo dei suoi motivi di appello — il cui esame è logicamente prioritario — si doleva della reiezione della propria domanda principale relativa al riconoscimento di un nesso immediato e diretto fra la corruzione di Metta e l’annullamento del lodo; a detta di CIR, il Tribunale aveva errato nella applicazione delle norme sul nesso di causalità, dovendosi affermare l’esistenza di un nesso immediato, diretto e non interrotto fra la corruzione di Metta e l’annullamento del lodo. — *Omissis*.

Ciò precisato, CIR evidenziava che la corruzione di Metta era stata consumata affinché egli propiziasse una sentenza di annullamento del lodo Pratis; ne risultava che il danno sofferto da CIR era conseguenza immediata e diretta della corruzione: se la sentenza non fosse stata frutto della corruzione, essa sarebbe stata favorevole a CIR, che si sarebbe seduta al tavolo delle trattative finali in una condi-

zione di forza e non nella condizione di debolezza nella quale si era trovata.

Il Tribunale, invece, aveva disatteso tale progressione logico-giuridica, affermando erroneamente che “nessuno può dire in assoluto quale sarebbe stata la decisione che un Collegio nella sua totalità incorrotto, avrebbe emesso: ... una sentenza ingiusta avrebbe potuto essere emessa anche da un Collegio nella sua interezza non corrotto” (sentenza appellata, pagg. 125-126). Il Tribunale, dunque, a detta di CIR, aveva malamente concluso: “proprio per questo, appare più aderente alla realtà del caso in esame determinare concettualmente il danno subito da CIR come danno da perdita di “chance”: vale a dire, posto che nessuno sa come avrebbe deciso una Corte incorrotta, certamente è vero che la corruzione del giudice Metta privò la CIR della “chance” di ottenere da quella Corte una decisione favorevole” (sentenza appellata, pag. 126).

Sussisteva, dunque, anche a detta di CIR, pur in prospettiva diversa rispetto a quella indicata da Fininvest, un errore del Tribunale nell’applicazione delle norme sul nesso di causalità; l’astratta possibilità della emissione di una sentenza ingiusta non valeva ad escludere il nesso eziologico. Infatti, la corretta applicazione del canone “più probabile che non” (indicato da Cass. 16.10. 2007 n. 2119) rendeva ampiamente provata l’esistenza di un nesso di causalità immediato, diretto e non interrotto fra la corruzione di Metta e l’annullamento del lodo Pratis. In sostanza, si chiedeva retoricamente CIR: era più probabile che un giudice incorrotto avrebbe emesso una sentenza giusta oppure una sentenza ingiusta? La prima ipotesi era di gran lunga la più probabile e ciò giustificava l’affermazione di un rapporto diretto ed immediato fra corruzione, sentenza ingiusta e danno subito da CIR. La corruzione di Metta, in definitiva, aveva privato CIR non tanto della “chance” di una sentenza favorevole, ma della sentenza favorevole “*tout court*”.

Quando poi il Tribunale aveva affermato che anche un giudice incorrotto avrebbe potuto emettere una sentenza ingiusta, si riferiva, errando, ad un giudice astrattamente ipotizzato, mentre il punto di riferimento doveva essere Metta, in quel contesto specifico, nel caso in cui non fosse stato corrotto: in tale ipotesi era molto più probabile che la sentenza sarebbe stata giusta (piuttosto che non), proprio perché Metta era un giudice preparato.

La censura è fondata.

Ragionando di nesso eziologico e di valutazione della prova, evidenzia la Corte che, come insegna tra le altre Cass. 10285/2009, “la scelta da porre a base della decisione di natura civile va compiuta applicando il criterio della probabilità prevalente. Bisogna, in sede di decisione sul fatto, scegliere l’ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili. Trattasi, quindi, di una scelta comparativa e relativa all’interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso, perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all’una o all’altra ipotesi”.

Sul punto non si può, dunque, prescindere dal considerare con Cass. sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, che il giudizio di causalità non è mai un giudizio in termini di certezze assolute, bensì è sempre e in ogni caso un giudizio probabilistico, peraltro suscettibile di diverse gradazioni in relazione ai vari contesti applicativi; in campo penale, quello che richiede il grado di probabilità più alto, il criterio di giudizio sulla causalità si identifica con quello dell’alta “credibilità razionale” (“oltre ogni ragionevole dubbio”); nell’ipotesi di responsabilità civile il criterio si attesta su un grado di probabilità minore giustificato dal tipo di interesse protetto (e tenuto conto della sua evoluzione storica), e cioè “sul versante della probabilità relativa, caratterizzata... dall’accedere a una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale” e suscettibile di “assumere molteplici forme espressive” quali ad esempio “serie e apprezzabili possibilità” o “ragionevole probabilità”, il che può riassumersi dicendo che, in definitiva, “la causalità civile... obbedisce alla logica del “più probabile che non”; sempre in campo civile sussiste un ulteriore e più basso livello di probabilità, dato dalla

semplice possibilità, che è sufficiente a giustificare la figura della “chance” (sul tema si confrontino, tra le altre, Cass. 00/632 e Cass. 05/7997).

Infatti, come testualmente ritenuto in motivazione nella citata Cass. 21619/07, e ciò si dice evidenziando che la sentenza si riferisce ad una fattispecie diversa (di natura sanitaria), “non è illegittimo immaginare, allora, una “scala discendente”, così strutturata: 1) in una diversa dimensione di analisi sovrastrutturale del (medesimo) fatto, la causalità civile “ordinaria”, attestata sul versante della probabilità relativa (o “variabile”), caratterizzata, specie in ipotesi di reato commissivo, dall’accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, secondo modalità semantiche che... possono assumere molteplici forme espressive (“serie ed apprezzabili possibilità”, “ragionevole probabilità” ecc.), senza che questo debba, peraltro, vincolare il giudice ad una formula peritale, senza che egli perda la sua funzione di operare una selezione di scelte giuridicamente opportune in un dato momento storico: senza trasformare il processo civile (e la verifica processuale in ordine all’esistenza del nesso di causa) in una questione di verifica (solo) scientifica demandabile tout court al consulente tecnico: la causalità civile, in definitiva, obbedisce alla logica del “più probabile che non”; 2) in una diversa dimensione, sempre nell’orbita del sottosistema civilistico, la causalità da perdita di “chance”, attestata tout court sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato (terapeutico), da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, intesa tale aspettativa (la guarigione da parte del paziente) come “bene”, come diritto attuale, autonomo (e diverso rispetto a quello alla salute). Quasi certezza (ovvero alto grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità sono, dunque, in conclusione, le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all’indagine sul nesso causale nei vari rami dell’ordinamento...”. In definitiva, il supremo Collegio lascia intendere che il canone “più probabile che non”, valevole in sé per ogni ipotesi di responsabilità civile, non serve a dirimere la questione circa la natura del danno, in quanto detto parametro rileva sia per il danno diretto e immediato che per quello da perdita di “chance”, che sono due tipi diversi di danno risarcibile.

Alla luce di tali principi, che la giurisprudenza di legittimità citata riferisce ad una ipotesi in fatto diversa, ma che sono analogicamente rapportabili anche alla presente fattispecie, si deve allora riconoscere, con l’appellante incidentale, che la corruzione di Metta ha privato CIR non tanto della “chance” di una sentenza favorevole, ma, senz’altro, della sentenza favorevole, nel senso che, con “Metta non corrotto”, l’impugnazione del lodo sarebbe stata respinta.

E così è in effetti: da quanto si è fin qui motivato in fatto derivano — con certezza sufficiente ai fini civilistici — le affermazioni che: 1) la sentenza della Corte d’appello di Roma è stata frutto della corruzione, 2) la stessa è stata ingiusta e 3) CIR, senza la corruzione, avrebbe ottenuto una sentenza di conferma del lodo.

Dunque, un nesso immediato e diretto: la relazione causale tra la condotta del giudice corrotto, relatore ed apparente estensore, e la sentenza ingiusta è stata accertata in fatto secondo un normale criterio di causalità materiale, essendosi cioè ritenuto provato che la corruzione ha determinato in concreto un diverso esito di quel giudizio “collegiale”.

È evidente, d’altronde, l’errore del Tribunale nell’applicazione delle norme sul nesso di causalità: tra l’altro, il primo

giudice sovrapponeva impropriamente, come evidenziato anche da Fininvest, il piano del nesso eziologico con quello del tipo di danno risarcibile: il canone del “più probabile che non” giustifica entrambe le ipotesi di danno, sia esso immediato e diretto che per perdita di “chance”, non valendo esclusivamente per questa seconda ipotesi; l’astratta possibilità, ritenuta dal primo giudice, della emissione di una sentenza ingiusta anche da parte di giudici incorrotti — proprio in quanto ipotesi astratta, forse formulata sul presupposto che errare sia comunque umano — non vale ad escludere il nesso eziologico nella accezione giuridica sopra indicata. Come correttamente evidenziato da CIR, “se così fosse, nessun danno sarebbe più integralmente risarcibile come previsto dall’articolo 1223 C.C.”. Allorché, invece, il nesso causale risulti accertato — anche eventualmente in base al canone della probabilità qualificata — è evidente che tutti i danni, e non una percentuale di essi, debbano essere risarciti. — *Omissis*.

Conferma della perdita del parametro di riferimento del Tribunale è la considerazione non giuridica (ed in definitiva più che altro esistenziale) per cui “nessuno sa come avrebbe deciso una Corte incorrotta”. Il problema che il Tribunale si sarebbe dovuto porre era invece proprio quello: ricostruire (nella logica “controfattuale” del tutto consueta in larga parte delle controversie risarcitorie) come avrebbe deciso una Corte incorrotta o, meglio, proprio quella Corte nel caso in cui Metta non fosse stato corrotto; in altri termini, il giudice di prime cure avrebbe dovuto stabilire, come si è qui tentato di fare, se il lodo sarebbe stato confermato, alla luce delle regole e della giurisprudenza all’epoca vigenti e a disposizione di una “Corte normalmente preparata”. E, come si è visto, erano tanti e tali gli argomenti — di rito e di merito, di legge e di giurisprudenza, principali e subordinati, sistematici e letterali — che imponevano il rigetto dell’impugnazione, che si deve concludere che questo esito era, in concreto, certo. — *Omissis*.

(1) L’azione di responsabilità nel caso CIR-Fininvest: quali chances per la perdita di chances?

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le tappe di un cammino giurisprudenziale (in piena evoluzione). — 3. (*Segue*): Nesso di causa *vs.* perdita di chances nella regola decisionale adottata. — 4. Considerazioni conclusive (e provvisorie).

1. Introduzione.

La decisione che la Corte d’appello di Milano ha reso nel luglio 2011 nel caso CIR-Fininvest, in larga parte confermando la sentenza del giudice Mesiano dell’autunno 2009, è relativa ad un’azione di responsabilità extracontrattuale di straordinaria complessità, i cui snodi problematici sono almeno pari agli spunti di interesse¹.

Dando per nota la vicenda anche per via del suo risalto mediatico, l’iter decisionale seguito dai giudici di prime e seconde cure — con le differenze che si porranno in luce fra un attimo — può essere riassunto nel modo che segue²: ricondotta alla Fininvest la corruzione del giudice Metta (anche in forza dell’accerta-

¹ La decisione di prime cure è Trib. Milano, 3 ottobre 2009, la quale si legge in versione integrale in *Foro It.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, ed è commentata da CASTRONOVO, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa Dir. Priv.*, 2010, 33; FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. Impr.*, 2009, 1169; GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio «garantista» sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*, in *Dir. Fam.*, 2009,

1886; SANTORO, *Due casi di danno da perdita di chance: per sentenza ingiusta e per tardiva consegna di un telegramma*, in *Danno e Resp.*, 2010, 76; SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del Collegio*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 611; TESCARO, *Danni da perdita di chance e danni non patrimoniali nella controversia CIR-Fininvest*, in *Resp. Civ.*, 2010, 258.

² Per maggiori dettagli v. gli altri contributi citati nel presente lavoro.

mento intervenuto in sede penale, ancorché senza poter dare diretta efficacia al relativo giudicato in sede civile³), viene stabilito che lo stesso aveva avuto un'influenza decisiva sul Collegio in cui era relatore e sulla decisione assunta dalla Corte d'appello di Roma nel gennaio 1991; cioè quella, come molti lettori ricorderanno, con cui era stato annullato il lodo Pratis del giugno 1990, favorevole a CIR e intervenuto a fronte della mancata esecuzione dell'accordo del dicembre 1988 in forza del quale la stessa avrebbe dovuto acquisire il controllo del gruppo Mondadori; di qui l'indebolimento della sua posizione negoziale nella trattativa (già in corso al momento della sentenza della Corte d'appello romana) volta alla spartizione del colosso editoriale e la conclusione della transazione dell'aprile 1991 a condizioni nettamente diverse da quelle che, altrimenti, le parti avrebbero concordato⁴.

La corposa sentenza in commento, che consta di ben 283 pagine nella versione originale, diverge però da quella di prime cure con riguardo a due aspetti non secondari. Il Tribunale, infatti, aveva ricostruito la fattispecie in termini di perdita di *chances*, ritenendo che CIR fosse stata privata della consistente possibilità di veder confermato il lodo Pratis, con tutto quanto ne era poi derivato: ancorché la sentenza venisse fatta discendere dalla condotta del relatore, non era del tutto certo — secondo il giudice di prime cure — che un Collegio non corrotto avrebbe adottato una diversa decisione, sicché le probabilità di conferma del lodo andavano stimate nella misura dell'80%.

La Corte d'appello invece, fa leva sull'equazione corruzione = sentenza ingiusta = danno risarcibile, statuendo che era la domanda risarcitoria principale e non quella subordinata da perdita di *chances* a dover essere accolta: una volta accertato il legame fra la corruzione del giudice e la citata sentenza, questa era “*tamquam non esset*” e, comunque, in assenza del condizionamento di Metta una Corte “normale” mai avrebbe reso quella decisione; pertanto, non era dato di considerare la possibilità, definita “esistenziale”, che il Collegio addivenisse alla medesima determinazione e si doveva affermare (secondo il canone del “più probabile che non”, sul quale più oltre si tornerà) che “un giudice incorrotto avrebbe emesso una sentenza giu-

sta”, con il conseguente “rapporto diretto ed immediato fra corruzione, sentenza ingiusta e danno subito da CIR”⁵.

In secondo luogo, mentre il Tribunale aveva condannato Fininvest ad un risarcimento di quasi 750 milioni di Euro — con successiva sospensione della sentenza su accordo delle parti e dietro il rilascio di una fidejussione a prima richiesta fornita da varie banche —, la Corte d'appello quantifica i danni in somma di poco superiore ai 540 milioni di Euro, optando per una differente metodologia di computo, correggendo un errore di calcolo e contenendo gli effetti della liquidazione equitativa operata dal giudice di prime cure (senza però procedere, ovviamente, alla riduzione derivante dall'applicazione del richiamato 80%).

Tuttavia, ancorché si tratti di questioni non trattate dai brani della decisione selezionati e sopra riportati, a mo' di (seppur incompleta) panoramica vale la pena di ricordare che, per giungere alla statuizione di condanna, la pronuncia ha intanto dovuto ammettere che l'azione risarcitoria valga non solo a *by-passare* il problema della mancata proposizione della revocazione contro la sentenza Metta (nel frattempo passata in giudicato), ma anche la validità e l'efficacia di un accordo transattivo non impugnato e ritenuto (almeno dalla sentenza di prime cure) non impugnabile: come dire che il risultato non conseguibile dall'attore attraverso l'azione di annullamento del contratto (il cui accoglimento avrebbe peraltro provocato una messe di problemi in ragione del pluriennale consolidamento degli assetti societari) e alla rimozione del titolo (la cui inidoneità a precludere l'azione risarcitoria è tutta da discutere⁶), glielo si può concedere per via extracontrattuale, con una singolare costruzione del rapporto — da indagare in altra sede — fra regole di invalidità e regole di responsabilità (senza contare il possibile vaglio della domanda di CIR alla luce degli orientamenti formati in tema di responsabilità pre-contrattuale⁷).

Inoltre, la riconduzione della corruzione a Fininvest attraverso l'immedesimazione organica e comunque *ex art. 2049 c.c.* perché il suo legale rappresentante “non poteva non sapere”, nonché — sempre in forza di detta norma — per l'opera del “mandatario generale” Cesa-

³ Per la ricostruzione degli antecedenti penali dell'odierna azione si veda la nota di PARDOLESI-PALMIERI a Trib. Milano, 3 ottobre 2009, in *Foro It.*, 2009, I, 3193. Giusto in punta di penna si può rammentare che, non essendo Fininvest entrata nel giudizio penale quale parte civile e non facendo stato nei suoi confronti le statuizioni civili rese nei confronti degli altri imputati (peraltro in termini di condanna generica), le pronunce intervenute in quella sede non potevano essere direttamente usate a fini risarcitori.

⁴ Senza poter dedicare spazio in questa sede ai delicati profili relativi al *quantum debeatur*, si può ricordare in una battuta che durante la trattativa “pre-sentenza Metta” CIR aveva chiesto 528 miliardi e Fininvest ne aveva (ad un certo punto) offerti 400, mentre la transazione aveva obbligato la prima (sostanzialmente a parità di cessioni azionarie) ad un versamento di 365 miliardi. In proposito, si vedano però le riflessioni svolte da NICITA, *La costruzione dello scenario controfattuale per la valutazione economica del danno nel caso CIR/Fininvest*, in *Danno e Resp.*, 2011, 1098, il quale si sofferma particolarmente sul problema della relazione causale tra l'annullamento del lodo Pratis e l'indebolimento della posizione negoziale di CIR alla luce delle difficoltà concernenti la “misurazione” del diverso potere con-

trattuale e del modo in cui esso sarebbe stato esercitato «in uno scenario controfattuale non viziato dal fatto illecito», nonché considerando che la proposta transattiva formulata da Fininvest nel 1990 pare indistintamente assunta come base per valutare sia la diminuzione di detto potere che il pregiudizio a ciò conseguente.

⁵ Pagina 185 dell'originale (alla cui numerazione si farà riferimento d'ora in avanti).

⁶ Sul punto, si vedano DI CIOMMO, *Transazione non impugnata e risarcimento dei danni per illecito incidente sulla formazione della volontà negoziale: brevi note sulla sentenza d'appello CIR/Fininvest*, nonché VASQUEZ, *La certezza del diritto e fatti nuovi nel contenzioso e nella transazione CIR-Fininvest*, entrambe in *Danno e Resp.*, 2011, 1083 e 1077, che si soffermano sia sul problema della validità della transazione (con conclusioni divergenti), sia sul rilievo del “fatto nuovo” (rispetto al perimetro dell'accordo) costituito dalla successiva conoscenza della corruzione del giudice Metta e della sua condanna in sede penale.

⁷ Su tale aspetto SIMONE, *Appunti in margine alle ricadute del Lodo Mondadori: atto II*, in *Danno e Resp.*, 2011, 1090, ove anche l'ipotesi che il più corretto rimedio azionabile fosse quello dell'ingiustificato arricchimento.

re Previti, solleva non pochi interrogativi, a partire da quelli concernenti l'intreccio delle presunzioni e la connessa "gestione" della prova in sede civile⁸.

Di contro, alla sentenza della Corte d'appello di Roma si possono certamente attribuire rilevanti forzature, nella logica della *res ipsa loquitur*: dalle più leggere concernenti la declaratoria di nullità del patto di sindacato — a quel tempo effettivamente opinabile — per via della violazione di norme di ordine pubblico, alle più pesanti in ordine alla "inintelligibilità" della motivazione del lodo Pratis in punto di scindibilità del patto stesso dalla restante parte dell'accordo del 1988, sì da poterne ribaltare totalmente il disposto nonostante le strette maglie concesse all'impugnazione dei lodi rituali di equità; e tuttavia pare vi sia ancora margine per riflettere su detta scindibilità⁹, nonché — soprattutto — sul fatto che la Corte d'appello doveva ritenersi certamente attrezzata a vagliare quel tipo di ricorsi e che una pronuncia in rito (*rectius* sull'inscindibilità del lodo e sull'inammissibilità della stessa impugnazione) sarebbe stata verosimilmente più "facile", sicché residuano non pochi dubbi (come meglio si vedrà nel terzo paragrafo) sull'incidenza causale della condotta di Metta.

Inoltre, all'accoglimento della pretesa risarcitoria di CIR si frappone la rinuncia al ricorso in cassazione — ancorché avvenuta in forza dell'accordo transattivo —, la quale obbliga per certi versi l'azione di responsabilità a passare fra Scilla e Cariddi: per rintuzzare l'osservazione a tenore della quale CIR si è volontariamente privata della possibilità di rimuovere la pronuncia incriminata, occorre far leva sulla non più tollerabile instabilità nel governo del gruppo e/o sulle pressioni del mondo politico; ma se altre sono state le ragioni che hanno obbligato l'attrice a mettere una pietra sopra alla vicenda, la transazione finisce per acquisire un diverso significato e il legame sussistente fra gli anelli della lunga catena eziologica rischia di indebolirsi ulteriormente, a prescindere che la si guardi in chiave di perdita di *chances* o alla luce dei principi in materia di interruzione del nesso causale¹⁰.

Peraltro, a fronte dell'impossibilità di approfondire qui tutti i profili appena indicati e quelli ulteriori nemmeno evocati, appare di particolare interesse il rapporto fra l'elemento oggettivo dell'illecito e la perdita di

chances, sul quale si ritornerà con specifico riferimento alle due sentenze in commento dopo averne tentato una prima collocazione all'interno dei tumultuosi orientamenti in materia.

2. *Le tappe di un cammino giurisprudenziale (in piena evoluzione).*

Come pure messo in luce in alcuni commenti, colpisce che a fronte di un identico accertamento in fatto la stessa controversia sia vagliata in primo grado alla luce della perdita di *chances* e in secondo grado alla stregua di quella che, secondo la sistematica più oltre richiamata, viene definita come "causalità civile ordinaria"¹¹. Infatti, ciò induce a chiedersi — già *prima facie* — se si tratti di differenze ontologiche o di mere tecniche di gestione del (medesimo) nesso eziologico, perché è unico il filo che lega i passaggi presi in considerazione, ma diverso il modo di "etichettarlo" in applicazione dell'art. 2043 c.c.

D'altronde, si è già accennato in altra sede che una prospettiva attraverso cui guardare alla (storia più recente della) perdita di *chances* è proprio quella di considerare come l'elaborazione in materia di nesso sia arrivata fino al caso *Franzese* e quali direzioni abbia poi preso, volendolo assumere tale pronuncia come spartiacque — almeno ideale — di un'evoluzione tutt'altro che coerente¹².

In proposito — nel rinviare a quanto già esposto per i passaggi meno recenti e volendo solo gettare le basi per la trattazione di quelli successivi¹³ —, un buon punto di partenza è costituito dalla considerazione per cui già la nota teoria della *condicio* rappresenta un'elaborazione di "seconda generazione" rispetto ai primi studi della dottrina (soprattutto tedesca), che ben presto si rende tuttavia conto dei rischi di eccessivo allargamento delle maglie della responsabilità ad essa conaturati¹⁴. E se sul versante penalistico questi dovrebbero essere in qualche modo ridimensionati dalla presenza dell'elemento soggettivo (per quanto il problema resti per i delitti aggravati dall'evento), lo stesso non vale in sede civile tutte le volte in cui ci si trova di fronte ad una fattispecie di responsabilità oggettiva. Del resto, anche a prescindere dai casi di *strict liability*, si rinvengono pure in sede civile decisioni che ricalcano da presso l'esempio (da manuale) del danneggiato che

⁸ Rispetto all'uso delle presunzioni da parte del Tribunale di Milano, particolarmente taglienti le critiche di GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta*, cit.

⁹ Sul problema di cui nel testo, LENER, *Note minime intorno alla clausola di inscindibilità*, in *Danno e Resp.*, 2011, 1104, il quale lo affronta anche in relazione al delicato rapporto fra la clausola di inscindibilità presente dell'accordo transattivo e la disciplina di cui all'art. 1419 c.c.

¹⁰ Le "grandi linee" della catena vengono così ricostruite da PALMIERI, *Corruzione del giudice, sentenza sfavorevole e indebolimento della posizione negoziale: dalla perdita di chance alla logica del "più probabile che non"*, in *Danno e Resp.*, 2011: (1) corruzione del giudice relatore (2) emanazione di una sentenza erronea contraria agli interessi di CIR (3) indebolimento della posizione negoziale di CIR (4) accordo transattivo stipulato a condizioni poco vantaggiose per CIR = lesione di un interesse giuridicamente rilevante (5) diminuzione patrimoniale subita da CIR.

¹¹ Sul punto sia consentito rinviare a TASSONE, *Perdita di chances e nesso causale nel caso Cir-Fininvest*, in *Danno e Resp.*,

2011, 1067. In argomento, sebbene in modo più sfumato, anche PALMIERI, *Corruzione del giudice*, cit.

¹² Il riferimento è ovviamente a Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, fra le tante in *Foro It.*, 2002, II, 601, con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*.

¹³ Sia consentito, al riguardo, il rinvio a TASSONE-NICOTRA, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale* (in nota a Trib. Palmi, 11 febbraio 2006), in *Danno e Resp.*, 2007, 325 segg., il cui percorso è stato ripreso e proseguito in Id., *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali* (in nota a Trib. Rovereto, 2 agosto 2008, Id. Modena, 25 agosto 2008, Id. Roma, 27 novembre 2008 e Cass., 18 settembre 2008, n. 23846), *ivi*, 2009, 538 segg., nonché aggiornato con Id., *Riflessioni minime in punto di ripartizione di responsabilità, perdita di chances e protezione della vittima* (in nota a Trib. Terni, 2 luglio 2010), Id., 2011, 435 segg.

¹⁴ Sempre efficace la panoramica offerta da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale — Parte generale*, Milano, 1994, 216 segg.

viene trasportato in ospedale per esser lì vittima di ulteriori danni¹⁵, come alcune di quelle rese in materia di contagio per emotrasfusione o relative al caso del malato affetto da depressione (a causa del sinistro) che decide di togliersi la vita a distanza di un anno e mezzo¹⁶.

Uno schema dominante suggerisce di utilizzare ancora la *condicio* come teorica di base, seppur con il corredo di vari temperamenti¹⁷: lo stesso, con non secondarie precisazioni di carattere processuale, è infatti espressamente enunciato nell'ambito delle dieci sentenze della suprema Corte a Sezioni unite dell'11 gennaio 2008, in specie nel segmento argomentativo della decisione n. 576 poi ripreso dalle pronunzie nn. 581, 582 e 584¹⁸, oltre che in una recentissima decisione della III Sezione del 9 giugno 2011, n. 12686¹⁹.

Tuttavia, la giurisprudenza degli ultimi decenni dimostra che la linea di continuità fra le più moderne elaborazioni e l'originaria impostazione è, almeno in parte, apparente: in tutti i casi in cui l'illecito dev'essere ascritto al responsabile su base fondamentalmente probabilistica — specialmente, ma non solo, nel settore della colpa omissiva — il procedimento di sottrazione mentale proprio della *condicio* mostra tutti i propri limiti e le maglie che apparivano prima troppo larghe possono diventare per la vittima una barriera invalicabile.

In questo scenario si inseriscono le decisioni che hanno portato al citato caso *Franzese* e, soprattutto, quelle successive dei giudici civili, foriere di un'elaborazione cui la pronuncia delle Sezioni unite penali ha impresso un'accelerazione assai significativa. Premesso che anche su tali aspetti ci si è in altra sede soffermati²⁰ e che non vi è qui lo spazio per discutere delle molteplici "interpretazioni" della decisione²¹, è certo che essa — ancorché relativa ad un caso di colpa medica — interessa immediatamente la ricostruzione del nesso sul piano generale²², perché la responsabilità penale dell'imputato viene ristretta proprio attraverso una limitazione del criterio di imputazione in parola, in contrasto con un orientamento sorto negli anni '80 e giunto all'apice nei primi anni '90²³.

In proposito, la sentenza non condivide l'approccio basato sulle sole stime cliniche (che fa leva sulla probabilità che a un dato tipo di omissione corrisponda un dato tipo di evento) e tenta di ridurre il ruolo attribuito ai coefficienti dedotti dalle leggi statistiche, affermando che il giudizio sul nesso causale va compiuto avendo riguardo alle prove disponibili nel caso concreto²⁴. E sia lo stimolo a prestare una maggiore attenzione alle specifiche circostanze che lo caratterizzano, sia l'opera di razionalizzazione che si tenta di svolgere in una materia tanto complessa (per decenni trascurata sul versante civilistico, ove con Cass., 18 aprile 2005, n. 7997

¹⁵ Nel senso che la teoria della *condicio* «conduce a conseguenze assurde anche dove il diritto richiede per la responsabilità il concorso del dolo o della colpa», come nel caso «della persona che, dopo essere stata ferita, sia pure con intenzione omicida, rimanga vittima di un incidente fortuito verificatosi nel nosocomio in cui è stata ricoverata», ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 218.

¹⁶ Per il primo caso, si veda Trib. Perugia, 8 giugno 1991, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1993, 636, mentre per il secondo, Cass., Sez. lav., 23 febbraio 2000, n. 2037, in *Danno e Resp.*, 2000, 1203. Per un ampio e articolato commento alla giurisprudenza in materia, PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, *passim*.

¹⁷ Fra i temperamenti di cui nel testo, quelli della causalità adeguata, dell'*id quod plerumque accidit* — per chi non lo riconduce alla prima —, della causalità umana o dell'efficienza causale. Per ampie rassegne sulle numerose teorie in materia, CAPECCHI, *Il nesso di causalità — Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, 128 segg. e, più di recente, NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, 33 segg.

¹⁸ Le decisioni nn. 577, 578, 581, 582 e 584 — che si leggono, fra le altre, in *Foro It.*, 2008, I, 453, con nota di PALMIERI — contengono al riguardo un *pattern* motivazionale identico a quello spiegato dalla n. 576 (come pure risulta dalla "mappa" offerta nella nota appena citata, alla quale si rinvia).

¹⁹ Secondo la decisione di cui nel testo, infatti, «il nesso causale è regolato dai principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché della cosiddetta causalità adeguata, sulla base della quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo a quegli eventi che non appaiono — ad una valutazione "ex ante" — del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei diversi valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre ogni ragionevole dubbio"».

²⁰ TASSONE-NICOTRA, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale*, cit.

²¹ È noto che in forza della pronuncia di cui nel testo la

sussistenza del nesso causale non può essere affermata solo considerando il «coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica» e che questa, invece, va verificata alla luce delle «circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile», in modo che «all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"». Ancorché la decisione sia annotata da un grande numero di commentatori, appare doverosa — in aggiunta alla già richiamata nota di Di Giovine — la menzione degli studi del compianto Prof. Federico STELLA, fra i quali si segnala *Giustizia e modernità — La protezione dell'innocente e la difesa delle vittime*, Milano, 2004, le cui conclusioni vengono in parte sintetizzate in *Id.*, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 1159 segg.

²² Per uno studio che mette in relazione gli insegnamenti del caso *Franzese* con la casistica penale in materia di malattie da amianto, cloruro di vinile ed altre sostanze nocive, BLAIOTTA, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass. Pen.*, 2006, 797 segg., mentre per l'affermazione secondo cui le regole dettate dalle Sezioni unite dovrebbero trovare applicazione agli illeciti commissivi, MASERA, *Il modello causale delle Sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 493 segg.

²³ Per i necessari riferimenti, si veda di nuovo TASSONE-NICOTRA, *Autonomia e diversità di modelli*, cit.

²⁴ Con la statuizione di cui nel testo vengono in linea teorica respinti sia l'orientamento basato sulla individuazione delle "serie ed apprezzabili possibilità di successo", sia quello — più recente — che richiedeva un grado di probabilità prossimo alla certezza, con la precisazione che secondo alcuni commentatori gli orientamenti erano in realtà tre, posto che quello enunciato dalle Sezioni unite penali si rinveniva anche in alcune decisioni precedenti. Per una ricognizione delle diverse interpretazioni che la dottrina penalistica ha dato alla decisione di cui si tratta, DI LANDRO, *L'accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezioni unite, un confronto fra la dottrina penalistica e quella medico-legale*, in *Indice pen.*, 2005, 101 segg.

si è ad esempio invocata una “logica aristotelica” a dir poco sibillina²⁵), sono da salutare con favore; così come è sicuramente apprezzabile il tentativo di reificare (sebbene in termini non così espliciti) la distinzione fra causalità generale e causalità individuale²⁶; la quale porta necessariamente ad evocare le suggestioni di chiara matrice nordamericana secondo cui la statuizione risarcitoria può essere pronunciata in base ad un giudizio di “preponderanza dell’evidenza” e senza bisogno che la responsabilità risulti “oltre ogni ragionevole dubbio”²⁷, consentendo altresì che i più stringenti criteri adottati in sede penale abbiano come contrappeso un minor rigore sul piano civile.

Venendo allora alla perdita di *chance*, interessa particolarmente che il distacco dall’insegnamento *Franzese* non sia inizialmente avvenuto mercé una contrapposizione frontale²⁸, forse anche sulla scia di una tradizionale tendenza dei giudici civili a seguire gli orientamenti enunciati in sede penale²⁹: con la decisione del 4 marzo 2004, n. 4400, infatti la via seguita passa proprio attraverso il richiamo alla figura testé menzionata³⁰ e, del resto, in linea con l’orientamento poi respinto dalle Sezioni unite penali la Cassazione aveva da tempo riconosciuto in sede civile la possibilità di accertare il nesso in chiave probabilistica³¹, mentre non sarebbero mancate a breve pronunce tese a smentire l’applicabilità dell’insegnamento *Franzese* all’illecito aquiliano³², con statuizioni sempre più incisive³³.

Fra tali decisioni è da segnalare la già citata Cass., 7997/2005, la quale — dopo la presa di coscienza che il nesso solleva un «problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura [...] destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione “storica”, o, se si vuole, di politica del diritto» — propone un duplice livello di analisi, statuendo che «la valutazione del nesso di causalità giuridica [...] si compie secondo criteri; a) di probabilità scientifica, se esaustivi, b) di logica aristotelica, se appare non praticabile o insufficiente il ricorso a leggi scientifiche di copertura». E l’analisi costituisce la base per la più nota decisione del 16 ottobre 2007, n. 21619 — cui fa espresso riferimento anche la sentenza in commento —, la quale pone (fra gli altri) il non secondario problema di capire come una causalità civile ordinaria, accertata su base probabilistica, possa convivere con una causalità da perdita di *chances* pure essa accertata su base probabilistica; anzi, secondo la decisione della Corte d’appello di Milano (ma, come si vedrà, questa non è affatto l’unica interpretazione possibile del “decalogo” offerto dalla suprema Corte), da valutare secondo il medesimo canone del “più probabile che non”; e da mettere poi in relazione ad una situazione protetta (dai più espressamente ricondotta nell’alveo del danno emergente) che pure trova definizione con l’ausilio delle percentuali (di addivenire un risultato più favorevole o meno dannoso secondo il canone della “mera possibilità”, stando sempre a Cass., n. 21619/2007)³⁴.

²⁵ In *Corr. Giur.*, 2006, 257 segg., con nota di ROLFI, *Il nesso di causalità nell’illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*, il quale spiega il riferimento di cui nel testo alla luce del rilievo che altra parte della motivazione attribuisce alle massime d’esperienza. Ben più nette le critiche di STELLA, *A proposito di talune sentenze civili*, cit.

²⁶ La differenza fra causalità generale e individuale stimola a non basare l’accertamento solo sulle astratte probabilità di verificazione del danno, cioè su ciò che accade in un dato numero di casi, sì da constatare, nei limiti del possibile, ciò che è effettivamente successo nel caso concreto. Al riguardo, si vedano STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi: a confronto il pensiero di Wright e Mackie*, in *Id.*, *I saperi del giudice — La causalità ed il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 1 segg., nonché WRIGHT, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 Iowa L. Rev. 1001 (1988), e ancora BOSTON, *Toxic Apportionment: A Causation and Risk Contribution Model*, 25 *Envtl. L.* 549 (1995).

²⁷ Per l’affermazione di cui nel testo, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 1992, Milano, 158 segg. Sul punto altresì FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002, 39 segg.

²⁸ Del resto, la dottrina aveva avuto già modo di affermare che anche sotto lo specifico profilo del nesso di causalità l’illecito civile e penale dovevano viaggiare su binari separati, alla luce dei diversi fini che gli stessi perseguono e della diversa logica che li ispira, come emerge fra i tanti da V. ZENO-ZENCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1992, I, 362 segg.

²⁹ Solo a titolo di esempio, si vedano Cass., 6 luglio 2006, n. 15383, in *Foro It.*, 2006, I, 3358, Cass., Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, *ivi*, 2002, I, 3060, nonché la storica sentenza resa dalla suprema Corte nel caso *Meroni*, cioè Cass., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. It.*, I, 1, 680.

³⁰ La pronuncia — che si legge fra le altre in *Foro It.*, 2004, 1403 — afferma che, «in presenza di fattori di rischio legati alla gravità della patologia o alle precarie condizioni di salute del paziente», la diagnosi errata o inadeguata del soggetto esercente

la professione sanitaria «aggrava la possibilità che l’evento negativo si produca» e determina «in capo al paziente la perdita delle *chance* di conseguire un risultato utile», sicché è dato allo stesso di avanzare una domanda «diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato». Sebbene la sentenza esprima ampia approvazione per il *dictum* proveniente dalle Sezioni unite penali, nella trama motivazionale e nell’enunciazione della regola da applicare in sede di rinvio rimangono affermazioni con esso incompatibili. Fra esse, quelle inerenti l’espressa conferma dell’orientamento avvertato dalle Sezioni unite penali, la menzione della sentenza *Franzese* quale semplice «specificazione» di questo e, infine, un doppio riferimento alle probabilità di salvezza con cui la suprema Corte «sembra invitare [...] a valutare se “probabilmente” il paziente avrebbe avuto la “probabilità” di salvarsi», che appare ben lontano da un giudizio di “alta credibilità razionale”, come ad esempio ricorda ROSSETTI, *Allargati ancora i confini della responsabilità del medico. Ma è contrasto tra le Sezioni civili e penali della suprema Corte*, in *Dir. Giust.*, 2004, XIV, 35 segg.

³¹ Si vedano, anche al di fuori dell’area della colpa medica, Cass., 13 maggio 1982, n. 3013, in *Rep. Foro It.*, 1982, voce “Professioni intellettuali”, n. 45; *Id.*, 10 luglio 1987, n. 8290, in *Riv. It. Med. Legale*, 1989, 662; *Id.*, 16 novembre 1993, n. 11287, *Rep. Foro It.*, 1993, voce “Responsabilità civile”, n. 56; *Id.*, 6 febbraio 1998, n. 1286, in *Foro It.*, 1998, I, 1917; *Id.*, 21 gennaio 2000, n. 632, in *Giur. It.*, 2000, I, 1, 1817; *Id.*, 4 giugno 2001, n. 7507, in *Dir. Econ. Ass.*, 2001, 1166.

³² Si consultino anche Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Danno e Resp.*, 2006, 269 segg., *Id.*, 23 settembre 2004, n. 19133 in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1239, *Id.*, 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e Resp.*, 2005, 23 segg., nonché *Id.*, Sez. lav., 5 settembre 2006, n. 19047, in *Guida Dir.*, 2006, XXXVII, 71.

³³ Fra le prime decisioni che segnano la maggior distanza dall’orientamento di cui si discute, Cass., 19 maggio 2006, n. 11755, in *Danno e Resp.*, 2006, 1238 segg., con nota di Nocco, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia*.

³⁴ La decisione — fra le altre pubblicata in *Corr. Giur.*, 2008, 35, con nota di BONA, *Il decalogo della Cassazione a due “dimen-*

Peraltro, il divario fra accertamento civile e penale viene, almeno sul piano formale, ridimensionato con le citate pronunce dell'11 gennaio 2008, visto che si pone la questione in una dimensione per lo più processuale³⁵. Ma, come dimostrano proprio le due decisioni rese nel caso CIR-Fininvest, oltre che la recentissima Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, sulla quale fra un attimo si tornerà, la necessità di un coordinamento fra il criterio del “più probabile che non” e la teorica della perdita di *chances* non è affatto venuta meno e continua a schiudere le porte ad una miriade di problemi (o forse anche di opportunità, come si dirà in chiusura)³⁶.

D'altronde, si è in altra sede messo in luce che — a prescindere dal detto problema generale — la regola in concreto adottata da Cass., n. 21619/2007 sfiorava i territori dell'illecito senza danno (accertato) e che, dopo tale pronuncia, si è registrato almeno un ulteriore tassello con la sentenza del 19 maggio 2008, n. 23846: la quale ha finito per risarcire, sempre sotto l'etichetta della perdita di *chance*, voci per un verso da leggere in termini “certi” e, per l'altro, di pregiudizio del tutto volatile e di dubbia consistenza³⁷.

Infine, leggendo Cass., n. 4400/2004 in chiave di *apportionment of liability* fra condotta omissiva umana e concausa naturale (lo stato del paziente)³⁸, acquisiva

ancor maggiore rilevanza la successiva sentenza del 16 gennaio 2009, n. 975³⁹: questa, nell'enunciare il principio del “frazionamento della responsabilità” e nell'affrontare in apparenza il solo tema del concorso fra causa umana e naturale⁴⁰, in realtà apriva le porte all'accertamento proporzionale della responsabilità anche sul piano della causalità commissiva⁴¹ e consentiva di non limitare il giudizio contro-fattuale alle ipotesi di responsabilità omissiva⁴².

Tuttavia, la possibilità di esonerare il danneggiante dalla parte di pregiudizio eziologicamente riconducibile alle concause naturali è stata da pochissimo esclusa da Cass., n. 15991/2011, proprio riprendendo Cass., n. 21619/2007; salvo poi stabilire — sul piano operativo — che è dato al giudice del merito di tenere conto di esse (seppur con limiti che paiono più stringenti di quanto non consentisse la liquidazione “equitativa” propiziata da Cass., n. 975/2009) in sede di determinazione del *quantum*: cioè non sul piano della causalità materiale, bensì su quello della causalità giuridica, gettando così le basi per un ripensamento della teoria del doppio nesso formatasi sull'art. 1223 c.c. e disegnando una regola che ha un evidente rilievo anche per il caso di specie⁴³.

Peraltro, fermo restando il problema di coniugare la “causalità civile ordinaria” con quella “da perdita di

sioni di analisi” — afferma in sostanza che ai fini dell'accertamento del nesso causale possono essere individuati tre livelli: il primo è quello delineato dalla sentenza *Franzese*, che — mette conto aggiungere — se vale in sede penale sarà *a fortiori* utilizzabile in sede civile, ove ve ne siano i presupposti; il secondo è quello della «causalità civile “ordinaria”, che costituisce una dimensione d'analisi del nesso di causa distinta dalla “causalità da perdita di *chance*» e che «si attesta sul versante della probabilità relativa (o “variabile”) [...] caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale», in particolare individuato anche dalla «relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del “più probabile che non”»; il terzo, infine, è rappresentato dalla «causalità da perdita di *chance*, attestata sul versante della mera possibilità di conseguire un diverso risultato terapeutico, da intendersi non come mancato raggiungimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, dovendosi intendere l'aspettativa di guarigione da parte del paziente come “bene”, e cioè come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute».

³⁵ Invero, nell'*iter* motivazionale proposto dalle sentenze nn. 576, 581, 582 e 584 si legge che «i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. della “regolarità causale”, in assenza di altre norme dell'ordinamento ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza», con la precisazione che non può «costituire valida obiezione la pur esatta considerazione delle profonde differenze morfologiche e funzionali tra accertamento dell'illecito civile ed accertamento dell'illecito penale», si da concludere che «ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio” [...] mentre nel secondo vige la regola del “più probabile che non”». Sul punto e per una più approfondita lettura in ordine alla nozione di nesso causale accolta dalle decisioni di cui si tratta, SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*, in *Danno e Resp.*, 2008, 1011 segg.

³⁶ Per ulteriori rilievi critici e per la dottrina che ha toccato lo specifico aspetto problematico in questione, sia consentito il rinvio a TASSONE, *Diagnosi erronea*, cit.

³⁷ La sentenza — che si legge in *Danno e Resp.*, 2009, 155 segg. — si occupa del danno derivante dalla mancata rilevazione e cura di un processo morboso terminale, le cui conseguenze si valutano in termini di perdita di *chances*. È peraltro evidente che la ridotta qualità della vita e la maggior sofferenza connesse al ritardo nella diagnosi e nella somministrazione di farmaci, oltre che alla minore invasività che un tempestivo intervento chirurgico avrebbe avuto (perché da effettuare su masse tumorali più ridotte), derivano dalla condotta in modo certo. Viceversa, i pregiudizi relativi alla diminuita possibilità di “auto-determinarsi” una volta saputo del male e alla riduzione delle aspettative di vita rischiano di porsi fra l'incerto e l'imponderabile.

³⁸ Per tale lettura sia consentito il rinvio a TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile — Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, 237.

³⁹ La sentenza si legge fra le altre in *Danno e Resp.*, 2010, 372, con note di CAPECCHI, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla interpretazione dell'art. 2055 c.c.: si apre una nuova stagione nel rapporto tra nesso causale e risarcimento del danno?*, e di TASSONE, *Il frazionamento della responsabilità secondo la cassazione e in prospettiva di comparazione*.

⁴⁰ Ciò riprendendo un orientamento degli anni '70 poi tacitamente abbandonato, oltre che alcune sentenze di merito rimaste abbastanza ignorate. Al riguardo, sia consentito il rinvio a TASSONE, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*, in *Foro It.*, 2010, I, 994. Per ulteriore casistica, si veda la meticolosa rassegna di PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 164 segg.

⁴¹ Il rilievo è di CAPECCHI, *Il revirement della Corte di Cassazione*, cit.

⁴² Premesso che il tale complesso discorso non può essere sviluppato in questa sede, ci si può limitare a menzionare che secondo parte della dottrina la sede propria del giudizio contro-fattuale rimane quella della responsabilità per omissione, come ad esempio emerge dalla lettura di SIMONE, *Appunti in margine alle ricadute del Lodo Mondadori*, cit.

⁴³ In specie, ipotizzando di poter riportare alla “situazione del danneggiato” almeno alcune delle concause che avrebbero potuto incidere negativamente sull'esercizio del potere negoziale di CIR.

chance”, la decisione si inserisce all’interno dell’orientamento che dà ormai per acquisito il criterio del “più probabile che non”, se del caso denominato della “preponderanza dell’evidenza”, in linea con la sistematica proposta dalle decisioni dell’11 gennaio 2008 secondo cui la formula esprimerebbe in sostanza una diversità solo processuale della causalità civile e potrebbe compendiare al suo interno diverse ricostruzioni sostanziali⁴⁴; ma in poco più di un mese — segnatamente con le citate decisioni 12686/2011 e 15991/2011, cui aggiungere Cass., 14 giugno 2011, n. 12961 —, la stessa suprema Corte pare aver trattato dell’accertamento del nesso in termini non sempre e perfettamente coincidenti, almeno sul piano operativo e terminologico; per cui l’elaborazione in materia sembra sul piano generale tutt’altro che conclusa e — come dimostra il “piano particolare” rappresentato dal caso di specie — essa non è comunque scevra da problemi e contraddizioni di notevole spessore, cui occorre subito rivolgere l’attenzione.

3. (Segue): *Nesso di causa vs. perdita di chances nella regola decisionale adottata.*

Per affermare che la sentenza della Corte d’appello di Roma sia causalmente derivata dalla condotta del giudice Metta, le decisioni di primo e secondo grado devono affrontare la delicata questione dell’influenza del relatore sul resto del Collegio, il cui presidente e consigliere *a latere* pure avevano votato per l’accoglimento dell’impugnazione e, inoltre, cosa sarebbe accaduto in assenza della corruzione.

In proposito, come in parte anticipato, il Tribunale rinviene una perdita di *chances* dacché «nessuno può dire in assoluto quale sarebbe stata la decisione che un Collegio nella sua totalità incorrotto, avrebbe emesso» e «una sentenza ingiusta avrebbe potuto essere emessa anche da un Collegio nella sua totalità incorrotto»⁴⁵. La Corte d’appello, invece, ritiene che, accertato il legame fra la corruzione del relatore e la citata sentenza — secondo la regola del “più probabile che non”, peraltro condividendo sul punto la valutazione del giudice monocratico —, non si possa poi considerare l’eventualità di una diversa determinazione, perché «una sentenza “normale”, non condizionata dalla presenza di un componente corrotto che aveva alterato tutto l’iter decisionale, certamente non sarebbe giunta alle conclusioni alle quali pervenne la Corte d’appello di Roma»⁴⁶; a non volerla addirittura e ancor prima considerare “*tamquam non esset*” [...] già per la sola presenza nel Collegio del giudice corrotto” (senza che, come in alta sede osservato, appaia però condivisibile una “traslazione” sul piano dell’accertamento del nesso degli orientamenti formati in materia di revocazione e di corruzione che la decisione menziona⁴⁷).

A tal fine, la pronuncia ripercorre *in vitro* il giudizio che un ideale trio di magistrati avrebbe svolto — in ventitre lunghe pagine (sopra non riportate)⁴⁸ —, concludendo che «la corruzione di Metta ha privato CIR non tanto della “chance” di una sentenza favorevole, ma, senz’altro, della sentenza favorevole, nel senso che, con “Metta non corrotto”, l’impugnazione del lodo sarebbe stata respinta»⁴⁹, sì da indirizzare al giudice

⁴⁴ Nel rinviare a PALMIERI, *Corruzione del giudice*, cit., per ulteriori riferimenti, si può ricordare che dopo le pronunce delle Sezioni unite dell’11 gennaio 2008 la formula del “più probabile che non” è stata utilizzata da Cass., 13 giugno 2008, n. 15986, in *Giud. Pace*, 2009, 27, da Id., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Giur. It.*, 2009, 1126, da Id., 18 novembre 2008, n. 27337, *ibid.*, 850; da Id., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e Resp.*, 2009, 1167; da Id., 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, I, 1276; da Id., 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 1779; da Id., 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce “Professioni intellettuali”, n. 160; da Id., 8 luglio 2010, n. 16123, *ibid.*, voce “Responsabilità civile”, n. 271; da Id., 10 novembre 2010, n. 22837, *ibid.*, voce “Professioni intellettuali”, n. 174; nonché da Id., 13 dicembre 2010, n. 25116, *ibid.*, voce “Responsabilità civile”, n. 322.

⁴⁵ In specie, si vedano le pagine 125-126 della sentenza nella versione originale (cui si farà d’ora in avanti riferimento).

⁴⁶ Pagina 155.

⁴⁷ In proposito, la pronuncia richiama Cass. pen., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro It.*, 2003, II, la quale afferma i principi riportati nel testo della decisione, nonché Cass. pen., 16 maggio 2007, Rovelli, in *Cass. Pen.*, 2009, 170, con osservazioni di CARELLA PRADA, *Sul rapporto tra il reato di riciclaggio e la corruzione in atti giudiziari, “mediato” da una sentenza del giudice civile*, a tenore della quale «la presenza, all’interno di un organo giurisdizionale collegiale, di un componente privo del requisito dell’imparzialità, perché partecipe di un accordo corruttivo, inficia, nonostante l’estraneità degli altri componenti all’accordo corruttivo, la validità dell’intero iter decisionale, per sua natura dialettico e sinergico, e conseguentemente del provvedimento giudiziario emanato, poiché il giudice corrotto (così come il soggetto non-giudice per vizi di nomina), è del tutto privo di legittimazione (nella specie, la corruzione riguardava il giudice relatore ed estensore della motivazione)». Al riguardo, si è più estesamente osservato in TASSONE, *Nesso causale e perdita di chance*, cit., che qualsiasi decisione formata in modo analogo

a quella della Corte d’appello di Roma si candida naturalmente ad essere vagliata quale atto giuridico invalido e può costituire un rilevante indizio ai fini dell’accertamento della retrostante corruzione. Tuttavia, non pare che gli orientamenti sopra richiamati siano immediatamente applicabili quando occorre verificare la sussistenza dell’elemento eziologico, perché ciò vuol dire “estendere” all’intero Collegio gli effetti della corruzione o un dolo processualmente rilevante: fino a non lasciare spazio, ad esempio, per un concorso fra una condotta dolosa del soggetto corrotto e una condotta colposa degli altri due giudici apprezzabile *ex lege* n. 117/1988. Sul punto, si vedano anche le considerazioni di GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta*, cit., 1886 segg., il quale ritiene che la prima decisione sopra citata avrebbe in realtà dovuto orientare il Tribunale di Milano in senso inverso, perché la presunzione di collegialità viene superata solo dallo specifico accertamento del “concreto condizionamento”, nel caso deciso dalle Sezioni unite posto in essere da un giudice che *non* faceva parte del Collegio.

⁴⁸ Pagine 160-183. In via di estrema sintesi e con grandi semplificazioni: un lodo rituale di equità era censurabile ai sensi del vigente art. 829 c.p.c. solo per violazione di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, essendo però assai discusso se fossero tali quelle in forza delle quali si potevano ritenere vietati sindacati di voto — peraltro contenuti in puntuali limiti di tempo e oggetto — quali quelli previsti dalla convenzione del 1988 e, comunque, che nel caso di specie se ne riscontrasse la violazione; inoltre, risultava arduo affermare l’inscindibilità delle clausole del sindacato dal resto dell’accordo, sicché la loro nullità non si sarebbe potuta estendere ad esso; senza contare che tale profilo del lodo era censurabile solo per assoluta inintelligibilità della motivazione, con la grande difficoltà a ritenere che il Prof. Rescigno, il Prof. Irti e il giudice Pratis non fossero stati in grado di rendere comprensibile il proprio pensiero.

⁴⁹ Pagina 185 (corsivo aggiunto).

monocratico il rimprovero di non aver sostanzialmente svolto un accertamento in concreto⁵⁰.

In realtà, il Tribunale aveva tentato di verificare cos'era accaduto nel caso sottoposto al suo esame senza però riuscire a gestire totalmente i problemi di "incertezza causale" connessi agli altri decorsi ipotizzabili⁵¹, nonché — quale altra faccia della medaglia, secondo quella che appare la "vera" *ratio decidendi* — al «*probabile* condizionamento del Collegio»⁵², non essendo in verità così certa la derivazione della sentenza Metta dalla corruzione del consigliere relatore (come esplicitato in altra sede)⁵³.

E proprio nel momento in cui la Corte d'appello gli muove il suddetto addebito, ma al contempo cerca di stabilire «se il lodo sarebbe stato confermato, alla luce delle regole e della giurisprudenza all'epoca vigenti e a disposizione di una "Corte normalmente preparata"»,

sembra che proprio l'accertamento in concreto venga eluso; come peraltro conferma il fatto che la motivazione si deve rifugiare nella «natura solo formalmente collegiale della sentenza della Corte d'appello di Roma»⁵⁴, facendo leva sulle dichiarazioni rese dagli altri due giudici in sede penale⁵⁵ il cui rilievo nel giudizio *de quo* lascia però ampio margine di discussione⁵⁶.

Ovviamente, è proprio qui che il modello del "più probabile che non" svela tutto il proprio fascino, in ragione della possibilità di dotare la verità processuale di un forte crisma di "scientificità" e certezza grazie all'ideale attribuzione di un numero percentuale al peso di ciascun elemento istruttorio⁵⁷. Ma in tal modo emerge pure il suo carattere artificiale, anche perché la concretezza dell'accertamento rischia evidentemente di svaporare non poco quando si va a stabilire cosa un ipotetico Collegio avrebbe deciso⁵⁸.

⁵⁰ Cioè di non aver valutato «un diverso esito di quel giudizio "collegiale"», mentre «il problema che il Tribunale si sarebbe dovuto porre era [...] quello [di] ricostruire [...] come avrebbe deciso [...] proprio quella Corte nel caso in cui Metta non fosse stato corrotto» (pagine 188-189 — corsivi aggiunti).

⁵¹ Dacché la domanda di accertamento proposta dalla CIR in sede arbitrale era «conseguenziale ad una pluralità di opzioni concretamente possibili, mentre la Corte d'appello di Roma decide per la nullità della convenzione per intero, che era l'unica opzione sulla base della quale si potesse rigettare la domanda attorea».

⁵² Secondo le parole di cui alle pagine 82 segg. della sentenza del Tribunale (riportate con i corsivi aggiunti) «è notorio» che il giudice relatore può esercitare una notevole influenza sul Collegio per via della sua maggiore conoscenza del fascicolo in punto di fatto e di diritto, nonché della possibilità di orientare la discussione; nel procedimento penale era emerso che il presidente si era focalizzato sullo studio della «questione giuridica» — cioè «presumibilmente della validità dei patti di sindacato», su cui il Metta «presumibilmente orientò la discussione» — e non anche sui limiti attraverso i quali poteva essere censurato un lodo rituale di equità «che rappresentava il punto focale della causa» e sul quale «non sembra» che il giudice corrotto si soffermò (perché attraverso un inesistente vizio di motivazione si erano fatte passare, sostanzialmente, una delibazione *ex novo* del merito e la pronuncia rescissoria); il consigliere *a latere*, dal canto suo, si era limitato a «leggere gli atti regolamentari» di rito, confermando che il relatore era «da tutti giudicato molto preparato in diritto».

⁵³ Al riguardo, rinviando di nuovo a TASSONE, *Perdita di chances e nesso causale*, cit., non è dato di sapere cosa davvero sarebbe accaduto in assenza di detta fattispecie di reato; se gli altri due consiglieri siano stati «schiacciati» dalla personalità di Metta; se non abbiano letto le carte per mancanza di tempo (ad esempio a fronte della «pressione», magari non imputabile al solo relatore, transitata attraverso il timore di pregiudicare nelle more l'attività di un importantissimo gruppo imprenditoriale); se si siano fidati troppo; se il peso della responsabilità li abbia portati a lasciar fare; o se invece erano pienamente convinti della decisione che andavano ad adottare e poi della motivazione che l'avrebbe accompagnata, fino alla sua ultima parola.

⁵⁴ Pagina 189.

⁵⁵ Alle pagine 154 segg. della decisione di seconde cure viene riportata la dichiarazione del presidente Valente per cui «io mi pigliai... il compito di andare a verificare gli articoli di dottrina che erano stati pubblicati [...] sulla validità dei patti di sindacato azionario»; emerge poi che «Vittorio Metta espone la sua tesi circa l'invalidità del lodo [e] tutto considerato, il Collegio si convinse e pronunciò sul lodo come pronunciò»; concludendo che «le sfuggenti dichiarazioni del consigliere Paolini e lo studio solo teorico e monotematico da parte del presidente Valente evidenziano la dinamica decisionale di un Collegio che ha visto la presenza decisiva del giudice relatore corrotto». Di conse-

guenza, non viene accolta la «prova di resistenza» proposta da Fininvest e basata sul fatto che il teste Paolini aveva riferito che erano state esaminate «tutte le questioni giuridiche che l'appello poneva» e sul fatto che il teste Valente non solo lo aveva ribadito, ma aveva aggiunto che egli aveva voluto, come presidente del Collegio, che «fossero fissati tutti i punti particolari che il Collegio riteneva dovessero essere trasfusi nella motivazione della sentenza», dichiarando che aveva letto «attentamente la sentenza verificando che la motivazione corrispondesse agli appunti scritti in camera di consiglio».

⁵⁶ In specie, con riguardo alle deposizioni di cui alla nota che precede, viene da chiedersi fino a che punto si possano considerare attendibili — ai fini che interessano la complessa valutazione del nesso di causa nella diversa sede civile — le dichiarazioni degli altri due consiglieri, evidentemente preoccupati di sminuire il loro ruolo e le conseguenti responsabilità; e quale valore il giudice civile debba attribuire alle stesse nel quadro istruttorio che gli si para davanti: volendo sofisticare, prima la probabilità (per così dire da 0 a 100) che le medesime riflettano realmente e completamente la discussione sviluppatasi in camera di consiglio e poi (sempre per così dire da 0 a 100) il "peso" dell'elemento istruttorio così acquisito sul primo degli "anelli" volti a dimostrare l'esistenza del nesso.

⁵⁷ D'altronde e a prescindere dalle considerazioni di cui alla nota che precede, se si soppesa in astratto l'incidenza della "concausa Metta" sul primo anello della catena, si può pervenire alla conclusione che la sua corruzione — in quanto relativa a un consigliere su tre — ha privato CIR solo del 33% delle possibilità di addivenire ad una diversa sentenza; o al più al 50%, tenendo a mente che il Collegio decide a maggioranza e, quindi, che bastava incassare il voto favorevole di un altro suo membro (peraltro su tutte le "sotto-decisioni" relative agli argomenti che hanno consentito tanto il giudizio rescindente quanto quello rescissorio); e se a ciò si aggiunge la considerazione di tutti gli altri elementi istruttori (che valorizzano le imponderabili alchimie di una discussione legata all'interazione fra più volontà), non è arduo approdare alla *preponderance of the evidence*. È allora chiaro che, ancorché declinabile in più modi, la forza della regola sta nel carattere centrifugo che si attribuisce alla "verità processuale", la quale scende dagli empirei cieli della filosofia del diritto — è ovvio che sul piano generale non è dato al giudice (e se per questo nemmeno all'uomo) di conoscere fino in fondo tutte le cause degli eventi — su quello della singola domanda risarcitoria, al punto che persino il garantista principio "*in dubio pro reo*" può convivere in sede penale, oltre che civile, con una verifica svolta in via presuntiva (in proposito, è la stessa Corte milanese a richiamare Cass., 11 novembre 2008, n. 26972, fra le altre in *Danno e Resp.*, 2009, 19; cui si aggiunga Cass., 1° agosto 2007, n. 16993, in *Rep. Foro It.*, 2007, voce "Presunzione", n. 4.

⁵⁸ Rispetto all'adozione del criterio del "decisore ideale" si potrebbe in astratto ipotizzare che l'operazione sia volta solo ad

In sostanza, sembra che trovandosi di fronte al medesimo problema di “incertezza”, le due decisioni abbiano adottato un diverso modello decisionale rispetto al primo segmento della serie causale: mentre la Corte d’appello si arresta all’applicazione del citato criterio, il Tribunale pare “correggere” la derivazione causale della sentenza dalla corruzione tramite la perdita di *chances* (pur dopo averla anch’esso accertata secondo il canone del “più probabile che non”) proprio per tenere conto degli altri fattori che, comunque, lasciavano adito a non secondari dubbi⁵⁹.

Ebbene, a quanto consta è la prima volta che tale categoria per così dire “reagisce” sul nesso di causalità ordinario e ne tempera gli effetti attraverso un’ulteriore scomposizione del fatto, sì da apprezzare concause che sono tutt’altro che ignote (anche se munite di incidenza accertabile solo in via ipotetica) e — sul piano della politica del diritto — forse da non addebitare integralmente (nelle loro conseguenze) al convenuto.

D’altronde, è chiaro che, se la complessa serie di circostanze che porta dalla condotta al danno viene vivisezionata in più passaggi dotati di plausibile autonomia e ciascuno di essi viene poi deciso all’insegna del “più probabile che non”, alla fine può accadere che la fedeltà al modello di riferimento, almeno nella sua configurazione matematica, risulti tradita: se la condotta X e i susseguenti eventi A, B e C sono legati al danno D ciascuno da una probabilità di verifica maggiore dell’ipotesi avversa (quindi X è al 51% all’origine di A, che è al 51% all’origine di B e così via), in che misura quel pregiudizio è davvero ricollegato al comportamento del convenuto secondo la formula del 51%?

L’obiezione, ovviamente, è rintuzzata dall’osservazione per cui è la stessa scomposizione della catena nei singoli anelli ad essere artificiale, evocandosi così la gorliana idea per cui, in fondo, quella del nesso è sovente una questione solo “mentale”⁶⁰. E il dubbio che a livello operativo il Tribunale di Milano abbia in realtà impiegato il doppio passaggio nesso di causa-perdita di *chance* per valutare, in controtuce, l’incidenza della sola condotta di Metta (nella misura dell’80%) sull’*iter* che dalla corruzione portava alla riforma del lodo (senza operare poi ulteriori “sconti” nei passaggi successivi), apre la strada a considerazioni di carattere più generale, anche se necessariamente provvisorie.

4. Considerazioni conclusive (e provvisorie).

Di fronte ad un unico accertamento in fatto e ad un’identica individuazione degli anelli della catena si stagliano tre modelli (“più probabile che non” duro e puro, accertamento del nesso temperato dalla perdita di *chance*, considerazione della concausa a fronte di altri fattori di non secondaria incidenza eziologica) con almeno due soluzioni concrete (risarcimento integrale o proporzionale).

In tale scenario, si colloca l’obiezione della Corte d’appello secondo cui il Tribunale «sovrapponeva impropriamente, come evidenziato anche da Fininvest, il piano del nesso eziologico con quello del tipo di danno risarcibile»⁶¹. Ma la sovrapposizione, a ben vedere, è *in re ipsa*, perché almeno in questo caso la perdita di *chances* è una finzione. Comoda, necessaria, lodevole — perché animata dall’intento di sfuggire all’approccio *all-or-nothing* e di dare un senso alle varie incognite che segnano la ricostruzione del nesso —, ma pur sempre una finzione: è davvero distinguibile un danno “finale” derivante dalla mancata conferma del lodo Pratis e un distinto danno — reificato in autonoma situazione giuridica protetta — per via della possibilità che quel lodo fosse confermato?

Forse, se non si tratta del tutto o in tutti i casi di una finzione, si è perlomeno di fronte a una tecnica di gestione dei problemi propri dell’elemento eziologico. Ma allora occorre chiamare le cose con il proprio nome e accorgersi che, probabilmente, la sovrapposizione sta “a monte”, cioè nella citata decisione n. 21619/2007, ove si ipotizza che il nesso sia da accertare anche rispetto alla figura di cui si tratta (pur se non necessariamente nei medesimi termini della “causalità civile ordinaria”, bensì “sul versante della mera possibilità”).

È allora evidente — al netto delle considerazioni svolte e di quelle che si dovranno svolgere in altra occasione — che, quando la verifica del pregiudizio addebitabile al convenuto si sposta tutta sul versante del danno risarcibile, il nesso esiste sempre (o quasi) al 100%: se è la stessa *possibilità* che il lodo Pratis sia confermato a divenire oggetto di tutela, una volta affermata la derivazione causale della sentenza (che quel lodo ha riformato) dalla corruzione, è chiaro che la *chance* è stata eliminata con un grado di probabilità prossimo alla certezza (il che parrebbe valere, anche qui con riserva di ritornare sul punto, per molte delle

individuare il parametro di un giudizio “storico”. Tuttavia, è vero che non è precluso al giudice di ricostruire il diverso corso degli eventi anche in relazione ad una pronuncia che si sarebbe potuta rimuovere — come nella responsabilità dell’avvocato che lascia scadere i termini di impugnazione —, ma nel caso che qui ci occupa non si parla di un successivo e ipotetico giudizio mai svolto, bensì di cosa è accaduto in quello che ha effettivamente avuto luogo. In altre parole, è rispetto alla specifica camera di consiglio o, comunque, al singolo procedimento decisionale, che bisogna valutare le conseguenze della condotta di Metta.

⁵⁹ In effetti, fra l’affermare che la sentenza Metta è “più probabilmente che non” derivata dalla sua corruzione e il negare ogni incidenza della condotta degli altri consiglieri (se del caso da valorizzare sulla falsariga della logica “interruttiva” di cui all’art. 41 c.p.), quasi che gli stessi avessero il ruolo di “concause naturali” strutturalmente inerti, ne corre: come si è detto, il Collegio era pur sempre da ritenersi pienamente in grado di applicare le *technicalities* connesse all’impugnazione dei lodi e

una pronuncia di diverso contenuto sarebbe stata certamente più facile sul piano tecnico, se non anche foriera di minori responsabilità; a tacer d’altro — come si è anticipato —, perché una decisione nel senso della insindacabilità del lodo e/o dell’inammissibilità dell’impugnazione avrebbe lasciato aperta la via al vaglio della Cassazione sulla violazione di una regola processuale e delle connesse norme sostanziali, quali — ad esempio — quelle in punto di qualifica delle regole sui patti di sindacato come norme di ordine pubblico; in sostanza, rimane un dubbio sulla reale efficacia eziologica della condotta di Metta — non certo teorico o “esistenziale” —, considerando che gli altri due giudici non sollevarono obiezioni “a monte” del merito dell’impugnazione e che, quindi, una decisione di egual contenuto sarebbe pur sempre potuta intervenire.

⁶⁰ Il riferimento è a GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, I, 405 segg.

⁶¹ Pagina 188.

fattispecie decise all'insegna della perdita di *chances*); salvo poi scaricare i relativi problemi sulla consistenza del bene protetto tramite la fatidica soglia del 50%, spiegandosi forse così le prese di posizione critiche — se non pure alcune vere e proprie crisi di rigetto — che anche di recente hanno connotato importanti decisioni in ambiente di *Common Law*⁶²; e salvo poi doversi davvero ingegnare per scongiurare il rischio di concedere ristoro a qualsiasi “possibilità” che l'attore aveva di migliorare la propria posizione (come sa bene, ad esempio, la giurisprudenza amministrativa che si occupa del danno connesso all'illegittima aggiudicazione delle gare⁶³).

Peraltro, nel più recente arresto costituito da Cass., n. 15991/2011, si ipotizza che il più “probabile che non” venga inteso in termini relativi invece che assoluti e si nega cittadinanza alla «aberrante regola del 50 *plus unum*» in favore della «compiuta valutazione dell'evidenza del probabile»⁶⁴, con enunciazioni in linea con altre pronunce⁶⁵; così consentendosi per un verso di scendere (anche in forza del regime ordinario) al di sotto della fatidica soglia sopra indicata e, per l'altro, smentendo l'interpretazione di chi aveva ritenuto che la “causalità civile ordinaria” potesse propiziare l'operatività di un criterio più rigido di quanto a prima vista non sembrasse⁶⁶; il che però — giova sottolinearlo — avrebbe dato qualche possibilità in più all'impresa volta al suo coordinamento con la perdita di *chances*.

Ovviamente, con quanto si è detto non si può e non si vuole patrocinarne un'incondizionata e acritica applicazione del nesso causale in chiave proporzionale. Ma si deve anche considerare che uno sguardo dall'alto — anche oltre i confini nazionali — sulla perdita di *chance* induce a ritenere che essa abbia più “anime”: si è già detto che il richiamato insegnamento di Cass., n. 4400/2004 la candida quale modalità di attuazione per operare l'*apportionment of liability* fra la condotta umana e la concausa naturale, evidenziando una scelta di *policy* che — tra mille insidie — è dotata di indubbio

buon senso; l'uso fatto dalla giurisprudenza amministrativa, poc'anzi richiamato, sembra trasformarla in una sorta di “griglia di contenimento”, tramite le variegate regole presuntive che pongono il limite massimo del 10% del valore della gara, se del caso considerando l'eventuale “fermo” delle risorse produttive dell'impresa e il numero dei partecipanti all'agone; e come si è anticipato nel secondo paragrafo, un'accurata analisi del caso concreto deciso da Cass., n. 21619/2007, oltre che le riflessioni svolte su Cass., n. 23846/2008, possono consentire di individuare fattispecie di “illecito senza danno”⁶⁷.

D'altronde, i menzionati problemi ricostruttivi che la decisione pone in punto di tripartizione del nesso portano a chiedersi se un modo di conciliare la causalità “civile ordinaria” con quella da “perdita di *chances*” non consista nell'ipotizzare un doppio esame inerente il nesso e la situazione soggettiva, che li faccia divenire “interdipendenti” (nel senso che al decrescere della probabilità di successo il valore di ciascun punto percentuale potrebbe scendere in modo più che proporzionale; e, ancora, resta da capire se altra possibilità offerta dalla figura in parola non sia quella di valorizzare per altra via la citata distinzione fra causalità generale e causalità individuale, rapportando apertamente — ma con idonei correttivi — il ristoro del danno al dato statistico.

Di qui ad un passo si porrebbero le considerazioni volte a sottolineare che i problemi della *chance* sono “difficili” (sotto ogni cielo) perché, a ben vedere, essi sono i medesimi dell'illecito aquiliano nel suo complesso. Ma non essendovi lo spazio per esporle in questa sede, ci si accontenta di chiedersi se la dialettica fra le due decisioni milanesi in commento evidenzia un nuovo modo di usare la perdita di *chances* come tecnica di accertamento del nesso causale; e se, così facendo, essa apra nuove prospettive o ne metta ulteriormente in crisi le *chances* di sopravvivenza.

BRUNO TASSONE

⁶² Si vedano la *House of Lords in Hotson vs. Health Brkshire* del 1987 (2 All ER 909) e *Greg vs. Scott* del 2005 (4 All ER 812) per il Regno Unito, la Corte Suprema in *Laferrière vs. Lawson* del 1991 (1 SCR 541) per il Canada, la Suprema Corte del Kentucky in *Kemper v Gordon* del 2008 (272 SW 3d 146) per il relativo stato dell'Unione d'America, nonché la *High Court in Tabet vs. Gett* del 2010 (240 CLR 537) per l'Australia.

⁶³ In proposito la recente rassegna a cura di LO MORO, *Perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa*, in *Danno e Resp.*, 2011, 485.

⁶⁴ Da cui discende che «se, in tema di trasfusione di sangue infetto, le possibili cause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un'incidenza probabilistica pari al

3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata — o geneticamente trasmutata in risarcimento da *chance* perduta — dovendo viceversa il giudice [...] valutare la complessiva evidenza probatoria del caso concreto».

⁶⁵ Cass., 5 maggio 2009, n. 10285, fra le altre in *Danno e Resp.*, 2009, 959.

⁶⁶ Al riguardo, PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e Resp.*, 2008, 61.

⁶⁷ In effetti, se il subacqueo (risalito troppo rapidamente) di cui ci si occupava fosse stato portato subito in camera iperbarica invece che con un'imperdonabile ritardo, non è davvero dato di sapere (i CTU non lo dicono) quali maggiori possibilità avrebbe avuto di sfuggire alla paralisi.